



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 20/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 1 de junio de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD COLT TELECOM ESPAÑA, S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE FECHA 10 DE NOVIEMBRE DE 2005, POR LA QUE SE RESUELVE EL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN ENTRE DICHA ENTIDAD Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., SOBRE DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES RECLAMADAS POR LOS ABONADOS DE ESTE ÚLTIMO OPERADOR QUE EFECTÚAN LLAMADAS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL (RO 2005/438).

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Colt Telecom España, S.A. contra la Resolución de fecha 10 de noviembre de 2005, por la que se resuelve el conflicto de interconexión presentado por dicha entidad frente a Telefónica de España, S.A.U., sobre devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de este último operador que efectúan llamadas de tarificación adicional (RO 2005/438), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 13 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de de 2006, recaída en el expediente AJ 2005/1724.

HECHOS

PRIMERO.- Planteamiento del conflicto por la entidad Colt Telecom España, S.A.

Con fecha 18 de marzo de 2005 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito formulado por la entidad Colt Telecom España, S.A. (en adelante, COLT) planteando conflicto frente a Telefónica de España, S.A.U (en adelante, TESAU).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El conflicto planteado tiene su origen en la solicitud formulada por TESAU a COLT para que ésta le reintegrara las cantidades que la primera operadora había satisfecho a aquellos usuarios que solicitaron la devolución de los importes pagados correspondientes a determinadas llamadas realizadas a servicios de tarificación adicional.

Dicha solicitud fue formulada mediante carta de fecha 31 de enero de 2005, que fue anticipada por correo electrónico el día 26 de enero de 2005. El importe total de las cantidades sobre las que versa la reclamación de TESAU era de **[CONFIDENCIAL]**, si bien en su escrito de 23 de septiembre de 2005 la operadora aclaró que estas cantidades se corrigieron en una segunda comunicación al haberse detraído el IVA por duplicado sobre el importe neto de la llamada.

El volumen total de las llamadas era de alrededor de las **[CONFIDENCIAL]**.

La disconformidad de COLT con la petición formulada por TESAU llevó a la operadora a plantear el conflicto ante la Comisión, solicitando que se declarara:

- a) La inexistencia de la obligación de COLT de devolver cantidades reclamadas por los usuarios a TESAU, sobre llamadas realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio (en adelante, Orden PRE/2410/2004), por la que se modificaba la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, del Título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones (en adelante, Orden PRE/361/2002).
- b) La obligación de TESAU, como operador de acceso, de suministrar a COLT, operador de red inteligente, la información que la OIR establece para los supuestos de impagos definitivos, cuando se solicitara la devolución de cantidades reclamadas por los abonados sobre el servicio de tarificación adicional.

SEGUNDO.- Resolución del Consejo de fecha 10 de noviembre de 2005, por la que se ponía fin al conflicto.

Con fecha 10 de noviembre de 2005, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se ponía fin al conflicto de interconexión presentado por COLT frente a TESAU, sobre la devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de este último operador que efectúan llamadas de tarificación adicional.

En la Resolución del conflicto se acordó lo siguiente:

“ÚNICO.- COLT deberá hacer frente al pago a TESAU de la componente de valor añadido de las llamadas de tarificación adicional que son objeto del presente conflicto, previo desglose por TESAU de dicha componente”.

Por lo que respecta a la segunda pretensión de COLT (la de obligar a TESAU a suministrar al operador de red inteligente la información que la OIR establece para los supuestos de impagos definitivos), se acogió aquélla, señalándose en la Resolución que TESAU estaba obligada a entregar a COLT toda la información relativa a las gestiones realizadas en relación con los importes cuya devolución reclamaba.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- Recurso de reposición interpuesto por COLT contra la Resolución del Consejo de fecha 10 de noviembre de 2005.

Mediante escrito con fecha de entrada en el Registro de la Comisión el día 16 de diciembre de 2005, Don Antonio García Martínez presentaba, en nombre y representación de COLT, recurso potestativo de reposición contra la Resolución de fecha 10 de noviembre de 2005, que fundamenta en los siguientes motivos:

1º.- Se alega disconformidad con la interpretación realizada por la Comisión sobre el momento en que la normativa sobre servicios de tarificación adicional incorpora el derecho de los usuarios a la devolución de las cantidades abonadas en caso de disconformidad con la facturación efectuada.

Este desacuerdo se apoya en los siguientes argumentos:

- La inclusión del derecho de devolución en la Orden PRE/2410/2004, no supone, como sostiene la Resolución impugnada, una aclaración de lo ya contemplado en la Orden PRE/361/2002, sino que consiste en una novedad introducida por primera vez en aquélla. Ello explica que en la Exposición de Motivos se aluda a la *“necesidad de modificar dicha Orden, con el fin de evitar que puedan producirse situaciones que vulneren los derechos de los usuarios y quiebren la confianza de éstos en la correcta prestación y calidad de los servicios (...)”*.
- La Orden PRE/361/2002 debe interpretarse según su tenor literal, pues no reconocía el derecho a la devolución de las cantidades abonadas por los servicios de tarificación adicional en caso de desacuerdo con la facturación efectuada. Señala COLT que la Orden únicamente aludía al derecho del abonado a no pagar, siempre y cuando consignara el importe adeudado de forma fehaciente. De ahí que dicha opción supusiera una excepción a la regla general de obligación de pago, tal y como reconocía la Resolución impugnada al señalar que aquella Orden vino a recoger una excepción a la obligación de pago para las llamadas de tarificación adicional.
- La Resolución impugnada no toma en consideración el contexto normativo sobre los derechos de pago de los usuarios de telecomunicaciones existente en el momento de la aprobación de la Orden PRE/361/2002. El Reglamento del Servicio Universal¹ preveía la obligación de los abonados de hacer frente al pago de las facturas emitidas por el servicio telefónico fijo, aun cuando estuvieran disconformes con los conceptos facturados o con su importe.

Así pues, de acuerdo con la normativa vigente en aquel momento, que contemplaba la regla general de la obligación de pago, si el legislador hubiera querido realmente que se reconociera el derecho a la devolución de los importes correspondientes al servicio de tarificación adicional, así lo habría reconocido expresamente.

¹ Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se desarrolla el Título III de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal, a las demás obligaciones de servicio público y a las de carácter público en la prestación de los servicios y explotación de redes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- En el momento en el que resultaba de aplicación la Orden PRE 361/2002 no existía una obligación genérica del operador de desglosar en la factura los conceptos de tarificación adicional y menos aún de desglosar el servicio soporte y la componente de valor añadido de los servicios de tarificación adicional. Sería solamente cuando el abonado mostrara su desacuerdo con la factura emitida, cuando el operador estaba obligado a presentar una facturación en la que se detallaran los conceptos de tarificación adicional.

Teniendo en cuenta que conforme a la Orden PRE 361/2002, no existía obligación de desglose en el sentido anterior, según COLT, resulta incongruente admitir que dicha Orden establece una obligación genérica de devolución de la componente de valor añadido de los servicios de tarificación adicional.

- Frente a lo expuesto en la Resolución impugnada sobre la utilización de la domiciliación bancaria como medio de pago habitual que lleva a que se produzca en muchos casos un pago automático, señala COLT que la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ya reconocía el derecho de los usuarios a elegir el medio de pago.

Añade la operadora que el medio de pago consistente en la domiciliación bancaria sí permitía ejercitar al abonado el derecho a no pagar los importes si estaba en desacuerdo con la factura recibida. En este caso, la devolución del recibo no supondría en ningún caso la devolución de una cantidad previamente abonada por el usuario al operador, sino el ejercicio de un derecho a no pagar contemplado en la Orden PRE 361/2002.

En virtud de tales razonamientos, sostiene COLT que el reconocimiento por la Comisión del derecho de TESAU a reclamar al operador de red inteligente las cantidades previamente abonadas a los usuarios como consecuencia de las solicitudes de devolución formuladas por éstos con anterioridad a la entrada en vigor² de la Orden PRE/2410/2004, conlleva la aplicación retroactiva de la Orden, lo que supondría la vulneración del principio de irretroactividad de las normas jurídicas contemplado en el artículo 2.3 del Código Civil.

2º.- Sobre el tiempo transcurrido entre la realización de las llamadas objeto de devolución y su comunicación a COLT, sostiene la recurrente que si bien se reconocía en la Resolución impugnada que TESAU no había comunicado en el menor plazo de tiempo posible a COLT las solicitudes de devolución, remitía la resolución de este punto del conflicto a la decisión que se adoptara en la resolución del expediente de modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia (MTZ 2004/1724).

Alude COLT a la obligación contemplada en la OIR recientemente aprobada tras la Resolución de 23 de noviembre de 2005 consistente en que TESAU, una vez finalizadas las gestiones de cobro considerada incobrable la deuda por vía ordinaria, emita un fichero de comunicación de impagos definitivos, de modo que si

² De conformidad con la disposición final única, la Orden entró en vigor el día 22 de julio de 2004.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

no se incluyera un determinado impago en el mes m+1, iniciando su reclamación judicial o extrajudicial posteriormente, después no podría reclamarlas.

Dado que la propia Resolución impugnada remite la resolución de esta parte del conflicto a la solución dada en la Resolución de 23 de noviembre de 2005, COLT solicita que sea de aplicación el plazo expuesto anteriormente, de modo que respecto de las llamadas que son susceptibles de devolución en las que en su momento no se hubiera cumplido el plazo mínimo de comunicación, la Comisión determine la falta de legitimación de TESAU para reclamar a COLT la devolución de dichas llamadas. De lo contrario, se estaría causando un grave perjuicio a COLT, al obligarle a asumir unos pagos aunque TESAU no hubiera cumplido diligentemente con su mandato.

CUARTO.- Comunicaciones de inicio del procedimiento de recurso.

Con fecha 23 de diciembre de 2005, se dirigieron a COLT y a TESAU escritos en los que se les comunicaba la apertura del procedimiento iniciado como consecuencia del recurso interpuesto por COLT contra la Resolución de 10 de noviembre de 2005, otorgando, asimismo, a TESAU, en virtud de lo dispuesto en el artículo 112.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) un plazo de diez días para que formulara las alegaciones pertinentes en relación con el recurso de reposición interpuesto por COLT.

QUINTO.- Escrito de alegaciones de TESAU al recurso de reposición interpuesto por COLT.

Mediante escrito de fecha 17 de enero de 2006, presentado en el Registro de la Comisión el día 20 de enero de 2006, Don Pablo de Carvajal González, en nombre y representación de TESAU, presentaba las siguientes alegaciones al recurso de reposición interpuesto por COLT:

1º.- El recurso presentado por COLT reproduce las mismas alegaciones que las formuladas en el expediente del conflicto, al plantear de nuevo la interpretación que sobre el apartado octavo de la Orden PRE/361/2002 debía hacerse en su redacción originaria.

Según TESAU, la recurrente vuelve a partir de la concepción errónea de que el derecho de devolución se reconoce *ex novo* en la Orden PRE/2410/2004, siendo lo relevante, a efectos de determinar si realmente se reconocía o no tal derecho con anterioridad, que la Orden anterior (PRE/361/2002) ya reconocía el derecho del abonado a no pagar.

2º.- La interpretación efectuada por COLT no resulta conforme a Derecho, de acuerdo con los siguientes argumentos:

- La utilización del término “modificar” en la Orden PRE/2410/2004 no ha de suponer necesariamente la modificación o la inclusión de un derecho, pudiendo llevarse a cabo tan solo una modificación de los términos de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

norma, a efectos de que sea más clara y no pueda ofrecer dudas en su interpretación.

En particular, en lo que se refiere al apartado octavo de la Orden PRE/361/2002, el mismo ha sido modificado para aclarar lo que ya se contemplaba en la misma y no para introducir como novedad un derecho del usuario.

- Sobre la literalidad de los términos de la Orden PRE/361/2002 a la que alude COLT, y en base a la cual considera que la única opción alternativa a la del pago de los servicios de tarificación adicional sería, según COLT, el no pago de tales servicios siempre que se consignara tal cantidad, señala TESAU que, con independencia de que el abonado realice o no dicha consignación, tendría derecho en cualquier caso a no pagar esa parte, puesto que la única diferencia entre un impago sin consignación y otro con consignación, sería que en el primer supuesto existiría suspensión del servicio de tarificación adicional al abonado y en el segundo no, sin que en ambos pudiera suspenderse el servicio telefónico. En este sentido, según TESAU parece olvidar COLT lo dispuesto en el punto dos del apartado decimonoveno de la Orden PRE/361/2002 en su redacción original, que señala que *“La suspensión sólo afectará a los servicios respecto a cuyo pago se haya incurrido en mora. El impago del cargo por los servicios de tarificación adicional, acceso a Internet o de cualesquiera otros distintos del servicio telefónico disponible al público, sólo dará lugar a la suspensión de tales servicios”*.

Además, sobre la utilización por COLT de la regla de la literalidad para interpretar lo dispuesto en la Orden PRE/361/2002, considera TESAU que debe atenderse también al espíritu y finalidad de la norma, tal y como reconoce el artículo 3.1 del Código Civil al señalar que *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”*.

- Precisamente teniendo en cuenta el contexto normativo de la Orden PRE/361/2002 al que alude COLT en su recurso, puede observarse que no es cierto que la Orden posterior del año 2004 introdujera una excepción a la regla general de pago (cuyo incumplimiento daría lugar a la suspensión del servicio telefónico), puesto que ya el apartado decimonoveno de la Orden en su redacción inicial contemplaba determinados servicios cuyo impago no conllevaba la suspensión del servicio telefónico disponible al público, entre los cuales se mencionaba expresamente el servicio de tarificación adicional. Por tanto, ya la Orden del año 2002 establecía la obligación general de pago del servicio telefónico disponible al público, reservándose el usuario el derecho de no pagar la parte correspondiente a tarificación adicional.
- Se alega que la propia COLT reconoce en su recurso de reposición la falta de obligación en la versión inicial de la Orden PRE/361/2002 de desglosar la componente del servicio soporte respecto a la componente de tarificación



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adicional, interpretación también ésta mantenida por TESAU desde un primer momento. Ello explica que fuera la Orden posterior del año 2004 la que reconoció la consideración de la componente soporte como parte del servicio telefónico disponible al público.

Argumenta TESAU que sólo existía obligación de desglosar las facturas, en el caso en que, remitida la factura al abonado, éste mostrara su disconformidad con la misma. De ahí que el apartado octavo de la Orden señalara que, manifestada esta disconformidad por el abonado, *“la factura que el operador del servicio telefónico disponible al público presente al cobro al abonado, deberá desglosarse en conceptos independientes por cada uno de los servicios facturados”*. Si se reconocía que en caso de disconformidad sí habría obligación de desglosar y el abonado podía conocer los importes correspondientes a las llamadas de tarificación adicional, entonces el abonado estaría ejerciendo su derecho a no pagar, y podría exigir la devolución de lo pagado.

- La interpretación sobre la consideración de la devolución de un recibo por la entidad bancaria como un impago y no propiamente como una devolución, lleva, según TESAU, al absurdo de considerar que no tiene el mismo derecho el usuario que, una vez que se ha realizado el cargo en su cuenta, da orden al banco para que devuelva el recibo por no estar conforme con la facturación de las llamadas de tarificación adicional, y aquel otro que solicita la devolución a su operador de acceso (en cuyo caso, se consideraría que ha existido pago y que el reembolso sería una devolución). Ambos supuestos se encontrarían, según TESAU, incluidos en el derecho a no pagar que se contemplaba en la Orden PRE/361/2002.

Añade TESAU que dicha Orden no fijaba un plazo para el ejercicio del derecho a no pagar los servicios de tarificación adicional, mientras que los operadores y las entidades bancarias fijan un plazo máximo en el que puede devolverse un recibo, limitando una práctica bancaria la aplicación de una norma y el ejercicio de un derecho.

3º.- La OIR recientemente aprobada por la Comisión no puede ser de aplicación retroactiva a los importes que son objeto del conflicto.

Frente a lo expuesto por COLT sobre la aplicación del plazo previsto en la OIR aprobada tras la Resolución de 23 de noviembre de 2005, señala TESAU que la propia Resolución recurrida reconoce que no existía previsión en la OIR vigente en el momento del ejercicio del derecho a la devolución por los abonados, de un plazo para comunicar al operador de red inteligente las llamadas objeto de devolución. La operadora sostiene que la remisión a la modificación de la OIR en la Resolución impugnada debe entenderse en el sentido de que sería en dicho expediente en el que se daría una solución para los supuestos de devolución que tuvieran lugar a partir de la entrada en vigor de la nueva OIR, pero sin que en ningún caso pudiera ser de aplicación retroactiva. En caso contrario, se estaría creando una obligación para TESAU, exigiéndose su cumplimiento aun cuando la operadora desconocía su propia existencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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 (en adelante, LGTel), las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito presentado por COLT como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de esta Comisión de fecha 10 de noviembre de 2005, por la que se resuelve el conflicto de interconexión presentado por dicha entidad frente a TESAÚ, sobre devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de este último operador que efectúan llamadas de tarificación adicional.

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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

El escrito presentado por COLT, 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 inexistencia de aplicación retroactiva por la Resolución impugnada de la Orden PRE/2410/2004.

El principal motivo de impugnación del recurso de reposición interpuesto por COLT alude a la vulneración por la Resolución de 10 de noviembre de 2005 del principio de irretroactividad de las normas jurídicas contemplado en el artículo 2.3 del Código Civil.

En la Resolución mencionada se acordó obligar a COLT a hacer frente al pago a TESAU de la componente de valor añadido de las llamadas de tarificación adicional cuyo importe fue previamente devuelto a los abonados que así lo solicitaron.

Pero, según COLT, el derecho a la devolución de los importes correspondientes al servicio de tarificación adicional se incorporó como novedad en la Orden PRE 2410/2004, cuya entrada en vigor tuvo lugar el día 21 de julio de 2004, por lo que la devolución practicada por TESAU de las cantidades reclamadas por los abonados (y posteriormente solicitadas a COLT), correspondientes a llamadas realizadas con anterioridad a aquella fecha, tuvo lugar sin que existiera en la normativa reguladora de los servicios de tarificación adicional obligación alguna de devolver los importes facturados a aquellos abonados que, una vez efectuado el pago, así lo solicitaran.

Concretamente, el objeto del conflicto planteado por COLT tiene su origen en el escrito dirigido por TESAU, mediante carta de fecha 31 de enero de 2005 (anticipada por correo electrónico el día 26 de enero de 2005), en el que solicitaba a la ahora recurrente el reintegro de las cantidades devueltas a los abonados que, anteriormente, habían solicitado dicha devolución por estar disconformes con la facturación de los servicios de tarificación adicional.

Tras recibir el mencionado escrito, COLT planteó conflicto contra TESAU, alegando que en aquel momento no existía en la normativa derecho alguno de los abonados a solicitar la devolución de los importes correspondientes a las llamadas de tarificación adicional.

Reitera, por tanto, la operadora en su recurso la argumentación esgrimida durante el expediente de conflicto, si bien realiza una serie de observaciones para apoyar su postura que deben ser analizadas a efectos de aclarar tanto el contenido del referido derecho de devolución como el momento en el que tuvo lugar su incorporación en la normativa que regula los servicios de tarificación adicional.

Debe partirse de la obligatoriedad de TESAU de hacer frente al cobro de las facturas emitidas a los abonados y del posterior abono de las cantidades cobradas,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

previa detracción de la parte correspondiente al servicio de interconexión de acceso y a la facturación y gestión del cobro, al operador de red inteligente.

Es sabido que el anterior Reglamento de Interconexión³ fijaba en su artículo 9.2 la obligación de TESAU, en tanto operador dominante, de publicar una Oferta de Interconexión de Referencia (en adelante, OIR) dirigida a los operadores que quisieran interconectar su red con la suya. La aceptación de la OIR de TESAU implica la incorporación de los términos de dicha oferta a los Acuerdos Generales de Interconexión que regulasen las relaciones entre TESAU y los operadores interconectados.

Estas relaciones presentan principalmente una vertiente de carácter privado que se rige por el principio de autonomía de la voluntad de los contratantes, pero también ostentan una vertiente pública que legitima la intervención de la Comisión a instancia de parte o de oficio cuando esté justificado, para garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en la Ley. Tal intervención, de acuerdo con la doctrina emitida en múltiples resoluciones⁴ debe limitarse a los aspectos objeto de conflicto (principio de intervención mínima) y, por tanto, ser lo menos intrusiva posible y respetuosa con el principio de primacía de la negociación entre las partes.

La obligación de TESAU de disponer y hacer pública la OIR se mantuvo en virtud de lo dispuesto en las Disposiciones Transitorias Primeras de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, que aprobaba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, que señalan que *“Los mercados de referencia actualmente existentes, los operadores dominantes en dichos mercados y las obligaciones que tienen impuestas dichos operadores continuarán en vigor hasta que, de acuerdo con lo establecido en el título II, se fijen los nuevos mercados de referencia, los operadores con poder significativo en dichos mercados y sus obligaciones”*.

Asimismo, esta obligación se mantiene actualmente tras la reciente Resolución de fecha 2 de marzo de 2006, por la que se aprueba la definición de los mercados de terminación de llamadas en las redes públicas individuales de cada operador de telefonía fija.

La última OIR de TESAU se aprobó mediante Resolución de fecha 23 de noviembre de 2005, y se ha mantenido vigente por la Resolución citada de 2 de marzo de 2006. Sin embargo, en el momento en el que se produjeron las devoluciones objeto del conflicto entre TESAU y COLT la OIR vigente era la aprobada en fecha 10 de julio de 2003 (en adelante, OIR 2003).

Entre otros aspectos, la OIR contemplaba los modelos de interconexión que dicha operadora debía ofrecer para los servicios de Red Inteligente (incluidos los servicios de tarificación adicional), determinando los servicios a prestar por TESAU y el modo de llevar a cabo la consolidación de los pagos con los operadores interconectados.

³ Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración.

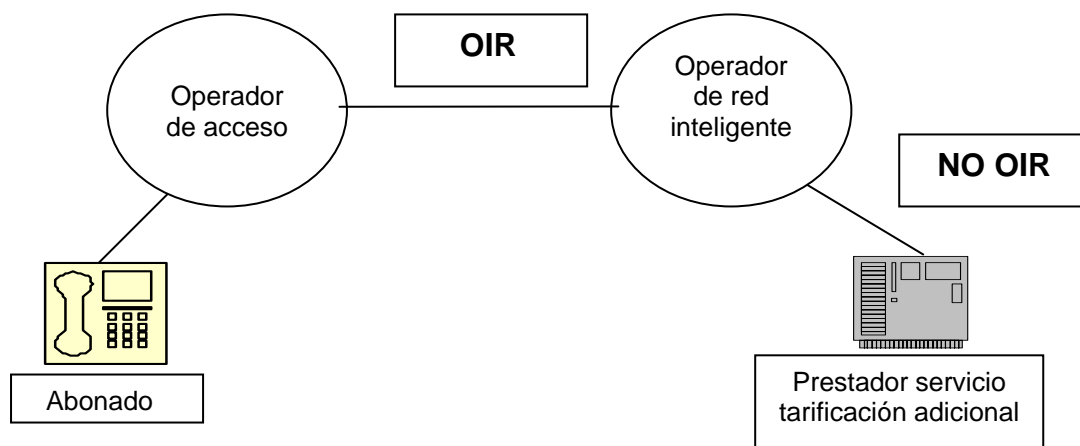
⁴ Entre otras, Resolución de 13 de septiembre de 2001, recaída en el conflicto BT Telecomunicaciones-Telefónica.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tratándose de la oferta de TESAU que contemplaba los distintos servicios a prestar por esta operadora a los operadores interconectados, quedaban fuera de la OIR las relaciones entre los operadores de Red Inteligente y los prestadores del servicio de tarificación adicional, máxime teniendo en cuenta que estos últimos no tienen la condición de Operador, entendido éste como aquél que explota una red o presta un servicio de comunicaciones electrónicas disponible al público y ha notificado a la Comisión el inicio de su actividad (Anexo II.21 LGTel).

Así pues, dado el principio de mínima intervención que debe regir la actuación de la Comisión ante los conflictos suscitados entre los operadores y la no consideración como operador del prestador del servicio de tarificación adicional, el principal motivo de impugnación planteado por COLT debe ser analizado sin entrar a prejuzgar e intervenir en la relación jurídica existente entre el operador de red inteligente y el prestador del servicio de tarificación adicional, correspondiendo al orden jurisdiccional privado conocer de las controversias que pudieran surgir entre ellos.



Dentro de los modelos de interconexión contemplados en la OIR, el modelo de interconexión escogido en el AGI suscrito entre TESAU y COLT (operador de Red Inteligente) es el de "acceso", en virtud del cual TESAU cobra a los abonados el importe íntegro de las llamadas y entrega en interconexión a COLT la parte correspondiente.

Con arreglo a dicho modelo de acceso, TESAU prestaba al operador interconectado los siguientes servicios:

- Servicio de interconexión de acceso, cuyos precios se fijan en la OIR.
- Servicio de facturación y gestión de cobro.

TESAU cobraba a los clientes los precios asociados a los distintos niveles de facturación para cada servicio de Red Inteligente y abonaba al operador de red inteligente el importe resultante de restar a la tarifa final aplicada al usuario llamante el precio del servicio de facturación y gestión de cobro y el precio del servicio de interconexión de acceso.

Como más adelante se expondrá, del importe total del precio abonado por las llamadas, TESAU y el operador de Red Inteligente debían repartirse la parte correspondiente al servicio telefónico soporte del servicio de tarificación adicional, que comprendía los servicios de interconexión de acceso y de facturación y gestión

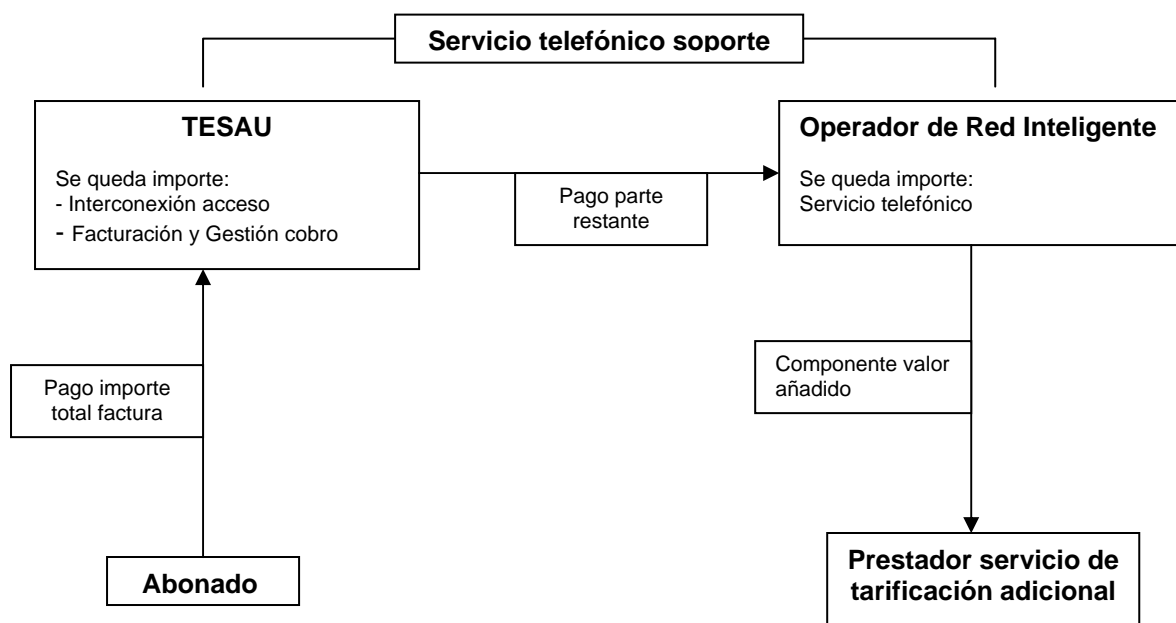


COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del cobro, prestados por TESAU, y el servicio telefónico prestado por el operador de Red Inteligente.

La otra parte del importe total de la llamada cobrada al abonado no correspondiente al servicio telefónico soporte, era la parte que retribuía el servicio de tarificación adicional prestado (denominada “componente de valor añadido”).

Por tanto, gestionado el cobro del importe total de la llamada por TESAU y pagado dicho importe por los abonados, el operador de acceso (TESAU) se quedaba con la parte correspondiente a los servicios prestados por ella y entregaba al operador de Red Inteligente la cantidad restante. De esta cantidad, este último se quedaba con la parte del servicio telefónico que le perteneciera y entregaba al prestador de tarificación adicional la componente relativa al servicio prestado por éste (componente de “valor añadido”), que, como se ha dicho, quedaba al margen de la OIR y de toda intervención de la Comisión.



A partir del 1 de abril de 2004, y conforme a lo establecido en la Resolución de la Comisión de 26 de febrero de 2004⁵, la facturación y consolidación entre operadores no se producía para la componente de valor añadido que se incluía en el importe de las llamadas de tarificación adicional antes de que dicha componente hubiera sido cobrada por TESAU.

El cuadro de relaciones expuestas responde al régimen del mandato, en la medida que TESAU, de manera accesoria a la prestación de servicios de interconexión que ofrece, se convierte en un mandatario que actúa por cuenta del operador de red inteligente. En el desempeño de sus funciones como mandatario, debe actuar con la diligencia propia de un buen padre de familia, y debe mantener indemne a su mandante de cualesquiera daños y perjuicios que su dolo o negligencia pudieran generar, conforme a lo dispuesto en los arts. 1719 y 1726 del Código Civil. En las llamadas a servicios de tarificación adicional, dicho servicio se ofrece realmente por

⁵ Resolución relativa a la aplicación de la migración al nuevo modelo de gestión de pagos e impagos para el tráfico de red inteligente de tarificación adicional en el marco de la oferta de interconexión de referencia de TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el llamado prestador de servicios de tarificación adicional, por mediación del soporte de red que le presta el servicio de red inteligente, que a su vez requerirá generalmente del acceso que le preste TESAU. TESAU prestará el acceso, y actuará formalmente ante el usuario final como mandatario del operador de red inteligente, en el marco de la OIR, facturando y cobrando del usuario final los servicios prestados. Su actividad como mandatario no es gratuita, porque esta función se retribuye con el pago del componente del servicio de facturación y cobro. Como mandatario, detraerá, como se ha dicho, su retribución por el servicio de acceso que ofrece en el marco de la OIR y cobrará su retribución por el mandato que desarrolla, entregando el resto al operador de red inteligente.

Tal y como resultó acreditado en el expediente de conflicto, las cantidades reclamadas por TESAU se referían a llamadas cursadas con anterioridad al 1 de abril de 2004, por lo que TESAU venía obligada a entregar al operador de Red Inteligente el importe resultante mencionado en el momento de la consolidación entre los operadores, aunque los abonados no hubiesen pagado la componente de valor añadido.

En cualquier caso, en el presente supuesto, TESAU procedió en cumplimiento de su obligación prevista en la OIR 2003 a gestionar el cobro de las llamadas de tarificación adicional, cuyo importe fue satisfecho por los abonados y a su vez reintegrado al operador de Red Inteligente, previa deducción de la parte correspondiente a la facturación y gestión de cobro, así como a la interconexión de acceso.

No obstante haberse producido el pago por los abonados de las cantidades facturadas por TESAU, en un momento posterior, aquéllos mostraron su disconformidad con la facturación realizada, procediendo entonces la operadora a devolver, según sus propias palabras, el *“importe íntegro”* de las llamadas de tarificación adicional, *“considerando en él, por ello, tanto la componente del servicio telefónico soporte de la comunicación como la componente de la retribución/remuneración del valor añadido de los servicios de información/comunicación”*.

Como se ha dicho, las cantidades reclamadas por TESAU a COLT se referían a llamadas efectuadas por los abonados de TESAU a números de tarificación adicional de la red de COLT cursadas con anterioridad al 1 de abril de 2004 y, por consiguiente, anteriores a la entrada en vigor el día 22 de julio de 2004 de la Orden PRE 2410/2004, que reconocía expresamente el derecho de los abonados a la devolución de los importes que no fueran los correspondientes al servicio telefónico disponible al público, por lo que COLT se opuso al pago de aquéllas.

Resulta cierto que la resolución de un conflicto no puede tener lugar mediante la aplicación de una modificación normativa a un supuesto de hecho acontecido con anterioridad si la norma que introduce dicha modificación no prevé expresamente su retroactividad. Así lo reconoce el artículo 2.3 del Código Civil, al señalar que *“las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”*.

Pero, tal y como se expone en la Resolución impugnada, no estamos en el supuesto enjuiciado ante la aplicación retroactiva de una norma, ya que, en ningún caso, el derecho de los abonados a la devolución de las cantidades facturadas por los servicios de tarificación adicional se introdujo como novedad en la Orden



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

PRE/2410/2004, sino que ya aparecía reconocido tal derecho en la Orden PRE 361/2002.

En este punto, en relación con la alegación de COLT sobre la interpretación literal que, a su entender, debe efectuarse de la Orden PRE 361/2002, procede recordar que el propio ordenamiento jurídico matiza que las normas deben ser interpretadas *“según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”* (artículo 3.1 del Código Civil).

Esta norma ha sido aplicada frecuentemente por los Tribunales y su interpretación ha dado lugar a una asentada Jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre la que puede destacarse la Sentencia de fecha 2 de julio de 1991 en la que el citado Tribunal afirmaba lo siguiente:

“Se plantea, por tanto, una cuestión relativa a la interpretación de la norma jurídica que ha de resolverse aplicando los criterios hermenéuticos recogidos en el artículo 3.1 del Código Civil, a cuyo tenor “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”, espíritu y finalidad que son, no un mero elemento de interpretación, sino la clave fundamental para orientar aquélla; de antiguo ha sentado la doctrina de esta Sala la insuficiencia del criterio literal en la interpretación de la norma jurídica y así dice la sentencia de 23 de marzo de 1950 “que si bien en materia de interpretación de las normas legales es preciso partir de la literalidad de su texto, no puede menos de tenerse en cuenta el valor del resultado, a fin de que tal interpretación conduzca a una consecuencia racional en el orden lógico”, y por ello habrá que acudir al elemento sistemático al que ya se refería la sentencia de 23 de junio de 1940 al decir que “los Tribunales, al aplicar las leyes, deben atender a las reglas de hermenéutica que aconseja la conexión de todos los preceptos legislativos que traten la cuestión a resolver, indagando y armonizando el espíritu de un artículo en combinación con los demás del mismo cuerpo legal que haya de aplicarse, porque es el modo adecuado de que el Juzgador puede disponer para completar y aquilatar la interpretación de cada norma por el significado total del ordenamiento jurídico”; elemento sistemático que se recoge en el citado art.3.1 al aludir “al Contexto” de las normas y al que se refiere asimismo la sentencia de 1 de junio de 1968 al decir que “si bien en orden a la interpretación de las normas legales es doctrina jurisprudencial que los Tribunales al aplicar las leyes deben tender al contexto, estableciendo la conexión con todos los preceptos que traten la materia a resolver”.

Puede citarse, además, por su similitud con el caso que nos ocupa, la Sentencia de fecha 17 de octubre de 1984, en la que el Tribunal Supremo señalaba lo siguiente:

“CONSIDERANDO.- que la disposición últimamente mencionada en el precedente considerando, se dictó con la finalidad de paliar los efectos negativos producidos con la evacuación del Sahara a los funcionarios que allí prestaban sus servicios, aludiéndose para ello, en su exposición de motivos, a la finalidad de salvaguardar los intereses españoles afectados por la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aludida evacuación, precepto aquel en su conjunto, que para su correcta aplicación en el presente supuesto, debe ser adecuadamente interpretado, sin incurrir para ello en un positivismo exagerado, hoy ya superado por la doctrina, pues se olvida con aquél, que lo jurídico, como dice la Exposición de Motivos de nuestra Ley Jurisdiccional, no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, en su literalidad, sino que se extiende a los principios y a la normativa inminente en la naturaleza de las Instituciones, interpretación, por lo tanto, o integración, en su caso, del aludido Decreto 1161/1976, para lo que habrá de tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil, en cuanto establece que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las normas a interpretar, lo que nos lleva a entender en el presente caso, que la normativa del precitado Decreto 1161/1976, deben estar comprendidos todos aquellos funcionarios que prestaron servicios a España en el territorio africano mencionado, (...), pues en este último supuesto, ante la laguna existente en el aludido precepto, al no existir referencia en el mismo, y por lo que al presente caso interesa, de los funcionarios de la Administración Peculiar del Sahara, forzoso resulta interpretar e integrar aquella norma, para que cuando estos últimos funcionarios abandonaron también el Sahara, y sufrieron las mismas vicisitudes que los otros antes aludidos, sus derechos e intereses sean objeto de la misma protección que los otros funcionarios expresamente mencionados en el Decreto 1161/1976, cada uno, claro está, atendiendo a sus especiales circunstancias...”

Expuesta la doctrina anterior, debe señalarse que, en el presente caso, al igual que en el supuesto de referencia, si bien no se contemplaba expresamente el derecho de los abonados a solicitar la devolución de las cantidades correspondientes a los servicios de tarificación adicional, la interpretación lógica y finalista de la Orden PRE/361/2002 debía llevar inequívocamente a considerar que aquel derecho estaba ya contemplado en la redacción originaria de la misma.

En este sentido, puesto que la devolución de los importes referidos a la parte del servicio de tarificación adicional se contempla como derecho del abonado al servicio telefónico, para determinar su inclusión implícita en la Orden PRE/361/2002 debe considerarse el marco normativo en materia de usuarios de telecomunicaciones existente en el momento en que se produjeron las llamadas cuyos importes TESAU procedió a devolver, el cual quedaba principalmente configurado por lo dispuesto en el Reglamento del Servicio Universal y en la Orden PRE 361/2002.

Esta Orden venía a desarrollar, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, el Título IV del Reglamento del Servicio Universal que, en relación con los supuestos de disconformidad de los abonados con las cantidades facturadas por los operadores, regulaba en sus artículos 59 y 60 la suspensión temporal y la interrupción del servicio telefónico, respectivamente.

De acuerdo con el primero de dichos artículos, cuando el retraso en el pago total o parcial se producía durante un período superior a un mes desde la presentación del documento de cargo correspondiente a la facturación del servicio telefónico disponible al público, el operador, previo aviso al abonado, podía proceder a la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

suspensión temporal del servicio. Para los retrasos de duración superior a tres meses o aquellos supuestos en que se hubiera suspendido ya en dos ocasiones el contrato por mora, según el segundo de los referidos artículos, el operador tenía derecho a proceder a la interrupción definitiva del servicio y a la correspondiente resolución del contrato.

Se contemplaba, por tanto, en el Reglamento del Servicio Universal la obligación de los abonados de pagar las cantidades relativas al servicio telefónico disponible al público, una vez presentada la factura, incluso cuando tales abonados estuvieran en desacuerdo con la facturación realizada. Para estos casos, los abonados debían pagar aquellas cantidades y, a su vez, presentar una reclamación en los términos contemplados en el artículo 61 del Reglamento.

Sin embargo, la Orden PRE/361/2002, en su redacción originaria, vino a establecer una excepción a la regla general de obligación de pago para las llamadas efectuadas a servicios de tarificación adicional, señalando en su apartado octavo, párrafo primero, para el supuesto de disconformidad del abonado con las cantidades facturadas, lo siguiente:

“La disconformidad o desacuerdo de un abonado con la facturación de los servicios de tarificación adicional no podrá dar lugar a la suspensión del servicio telefónico disponible al público si el abonado paga el importe del mismo, excluidos todos los conceptos relativos a los servicios de tarificación adicional”.

Se prevé, por tanto, en la Orden PRE 361/2002 que la obligación de pago contenida en el Reglamento del Servicio Universal aludía únicamente a las cantidades correspondientes al servicio telefónico disponible al público y no a aquellas relativas a los servicios de tarificación adicional.

Por tanto, se reconocía a los abonados el derecho a no pagar el importe de los servicios de tarificación adicional, pero se requería en todo caso el pago de la parte relativa al servicio telefónico disponible al público, aun cuando existiera disconformidad con las cantidades facturadas por este servicio.

Ello resulta coherente con los propios términos utilizados en el Reglamento del Servicio Universal, que aludía únicamente al pago del servicio telefónico disponible al público.

Alega la recurrente que el derecho a no pagar contemplado en la Orden PRE 361/2002 se reconocía únicamente para el caso en el que el abonado consignara el importe adeudado de forma fehaciente, aplicándose para los demás casos la regla general de obligación de pago.

Sin embargo, esta consignación a la que alude la recurrente se preveía en la Orden como condición *sine qua non* para el mantenimiento del servicio de tarificación adicional al abonado, es decir, como requisito imprescindible para la no suspensión de dicho servicio como consecuencia del no pago por el abonado de las cantidades correspondientes al mismo. Pero el abonado podría no pagar sin realizar consignación alguna, en cuyo caso, se le suspendería el servicio de tarificación adicional.

No ofrece dudas el apartado octavo de la Orden, en su párrafo segundo, al establecer que “Para que el abonado no pueda ser suspendido del servicio de tarificación adicional será necesario que presente una reclamación ante las Juntas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Arbitrales de Consumo o ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y que, mientras se esté substanciando dicha reclamación, consigne fehacientemente el importe adeudado, entregando el correspondiente resguardo al operador”.

De igual modo, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el punto dos del apartado decimonoveno en su redacción original, que establecía que “La suspensión sólo afectará a los servicios respecto a cuyo pago se haya incurrido en mora. El impago del cargo por los servicios de tarificación adicional, acceso a Internet o de cualesquiera otros distintos del servicio telefónico disponible al público, sólo dará lugar a la suspensión de tales servicios”.

En consecuencia, no lleva razón la recurrente al manifestar que la única excepción a la regla general de pago es la de consignación por el abonado del importe correspondiente al servicio de tarificación adicional en caso de disconformidad, porque, en todo caso, el abonado tendría derecho a no pagar, sin tener obligación de consignar más que en aquellos casos en los que no quisiera ser suspendido del servicio de tarificación adicional.

Sobre el derecho a la devolución de los importes pagados correspondientes a los servicios de tarificación adicional, una vez aclarado el derecho de los abonados a no pagar tales importes reconocido expresamente en la Orden PRE/361/2002, cuestión no discutida por las partes del conflicto, debe aclararse por qué se entiende incluido en el mismo derecho la posibilidad de los usuarios disconformes con la facturación de los servicios de tarificación adicional de solicitar la devolución de las cantidades correspondientes ya pagadas.

Tal y como se dijo en la Resolución impugnada, si bien la LGTel reconoce el derecho de los consumidores y usuarios a elegir el medio de pago, esta posibilidad de elección no existía en el momento de la publicación de la Orden PRE/361/2002, aplicándose en aquel momento a los consumidores y pequeñas empresas el medio de la domiciliación bancaria de las facturas.

Puesto que, en caso de desacuerdo del abonado con las cantidades facturadas, la citada Orden le reconocía el derecho a no pagar la parte correspondiente a los servicios de tarificación adicional, ello suponía que una vez cargado el importe total facturado en la cuenta bancaria del abonado éste necesariamente había de solicitar la devolución de las cantidades cobradas automáticamente en la misma por los servicios de tarificación adicional, para poder ejercitar el derecho a no pagar reconocido en el apartado octavo de la Orden PRE/361/2002. De ahí que, siendo el medio de pago habitual el de la domiciliación bancaria, no pueda hablarse de una aplicación efectiva del derecho a no pagar sin dar posibilidad a los usuarios de solicitar la devolución de las cantidades cargadas “automáticamente” en la cuenta bancaria.

Según COLT, la única posibilidad de ejercitar el derecho a no pagar en los supuestos de domiciliación bancaria sería cuando el abonado solicitara la devolución del recibo, lo que no supondría en ningún caso la devolución de una cantidad previamente abonada por el usuario al operador, sino el ejercicio de un derecho a no pagar contemplado en la Orden PRE 361/2002.

Sin embargo, como bien señala TESAU en su escrito de alegaciones, una interpretación distinta a la anterior llevaría a una consecuencia incoherente con el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

derecho reconocido en la Orden PRE 361/2002, ya que supondría considerar que no tiene el mismo derecho el usuario que, una vez que se ha realizado el cargo en su cuenta, da orden al banco para que devuelva el recibo por no estar conforme con la facturación de las llamadas de tarificación adicional, y aquel otro que solicitara la devolución a su operador de acceso (en cuyo caso, se consideraría que ha existido pago y que el reembolso sería una devolución).

Aún más, en el caso de mantenerse tal distinción, aquellos abonados que tuvieran domiciliado el pago a través de una entidad bancaria, y que, por cualquier motivo (por ejemplo, conocimiento extemporáneo de la factura), no hubieran ejercido su derecho a devolver el recibo dentro del plazo establecido por la entidad bancaria para rechazar el pago, éste debe entenderse como un pago involuntario, realizado por los abonados sin conocer los servicios concretos que se estarían retribuyendo con aquel pago. En este caso, si se acepta la interpretación de la recurrente, se llegaría a la paradoja de que los abonados ya no podrían ejercitar su derecho a no pagar, ni tampoco su derecho a solicitar la devolución de lo ya pagado.

Puede concluirse, por tanto, que el espíritu o finalidad de la reforma llevada a cabo por la Orden PRE/2410/2004 era, no la incorporación de un derecho *ex novo* de los abonados, sino la aclaración de lo dispuesto en la Orden PRE/361/2002.

Además, aunque esta última norma no contemplaba expresamente el derecho de los abonados a solicitar la devolución, es precisamente para estos supuestos en los que la norma no contempla una respuesta expresa a una situación dada para lo que se contempla el mecanismo de la aplicación analógica de la norma. El Código Civil señala en su artículo 4.1 que *“procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”*. Resulta evidente que esta identidad de razón concurriría en el supuesto objeto de conflicto, ya que no parece que estuviera en el ánimo del legislador impedir que los abonados pudieran ejercer su derecho en los casos en los que los importes correspondientes hubieran sido cargados de manera automática en su cuenta bancaria.

A mayor abundamiento, no toda modificación normativa debe suponer necesariamente la introducción de una novedad no contemplada anteriormente por la norma, pudiendo conllevar aquélla únicamente una redacción más clara o más amplia que la anterior.

Así sucede con la modificación del apartado octavo de la Orden PRE/361/2002 llevada a cabo por la Orden PRE/2410/2004, pues dicho apartado se limita a señalar en su último párrafo en relación con la devolución que *“...el usuario llamante no podrá ser suspendido del servicio telefónico, si paga el importe desglosado relativo al servicio telefónico disponible al público y, consecuentemente, tendrá derecho a la devolución, si se hubiese efectuado el pago, del resto de los conceptos englobados en la factura distintos del correspondiente al servicio telefónico disponible al público, cuyo cobro por los acreedores deberá sustanciarse por las vías ordinarias distintas a las del cobro de la factura de telecomunicaciones”*.

El propio enunciado del precepto alude a que el derecho de devolución perteneciente al usuario llamante viene a ser consecuencia (dice *“consecuentemente”*) del pago por el abonado de la parte correspondiente al servicio telefónico disponible al público, lo que presupone que **el derecho a no**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pagar la parte del servicio de tarificación adicional conlleva implícito el derecho a solicitar la devolución de aquella cantidad sin que el abonado pudiera ser suspendido del servicio telefónico disponible al público.

En último término, aceptar la interpretación propuesta por COLT implicaría el reconocimiento de una suerte de obligación natural, que permitiría al operador que ha percibido las cantidades correspondientes del cliente eludir su devolución. Es decir, significaría aceptar que el usuario final tiene derecho a no pagar, pero que si paga, no tendría derecho a su devolución, a modo de **solutio retentio** propia del derecho romano. Y al efecto, baste recordar que la categoría de las obligaciones naturales, o no se acepta por la doctrina más autorizada en nuestro derecho, o a lo sumo, se acepta en algunos casos en que expresamente se admite la **solutio retentio**, circunstancia que no concurre aquí, ya que no se recoge expresamente en nuestra normativa el derecho del operador que ha percibido el importe de los servicios a excusarse de su devolución.

Por lo que se refiere al desglose de las facturas, ambas partes del conflicto coinciden en señalar que en el momento en el que resultaba de aplicación la Orden PRE 361/2002 no existía una obligación genérica del operador de desglosar en la factura los conceptos de tarificación adicional, y tampoco de desglosar el servicio soporte y la componente de valor añadido de los servicios de tarificación adicional.

Según ambas operadoras, solamente cuando el abonado mostrara su desacuerdo con la factura emitida, entonces el operador de acceso (TESAU) estaba obligado a presentar una facturación en la que se detallaran los conceptos de tarificación adicional. Añade TESAÚ que ello explica que el apartado octavo (último párrafo) de la Orden señalara en su primera redacción que, manifestada la disconformidad o desacuerdo por el abonado, *“la factura que el operador del servicio telefónico disponible al público presente al cobro al abonado, deberá desglosarse en conceptos independientes por cada uno de los servicios facturados”*.

Frente a lo expuesto por COLT y TESAÚ, resulta preciso señalar, en primer término, que la obligación de llevar a cabo una facturación desglosada de los distintos servicios se establece directamente en el Reglamento del Servicio Universal posteriormente desarrollado por la Orden PRE/361/2002.

Concretamente, el artículo 57 del Reglamento, relativo a la facturación de los servicios, señala en su apartado primero que *“Los usuarios tendrán derecho a que los operadores del servicio telefónico disponible al público les presenten facturas por los cargos en que hayan incurrido. Las facturas deben contener de forma obligatoria y debidamente diferenciados los conceptos de precios que se tarifican por los servicios que se prestan. Asimismo, los usuarios tendrán derecho a obtener recibos independientes para el servicio básico y, en su caso, los adicionales contratados”*. Añade, además, el apartado segundo de aquel precepto que *“Los operadores del servicio telefónico disponible al público que tengan la consideración de dominantes o que estén designados para la prestación del servicio universal, deberán suministrar a sus abonados la facturación detallada por los servicios que prestan, en los términos establecidos en este Reglamento y la normativa que sea de aplicación”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Teniendo TESAU la consideración de operador dominante, y dada la redacción del precepto enunciado, no queda duda de que en el momento en que se produjeron las llamadas objeto de devolución existía en la normativa la obligación de desglosar en la factura los conceptos por los distintos servicios prestados.

Como se ha indicado anteriormente, en las llamadas a números de tarificación adicional, el importe cobrado a los abonados tiene dos componentes, una relativa al servicio telefónico soporte, y otra, la que retribuye el servicio de tarificación adicional. A su vez, la parte del servicio telefónico soporte, estaba compuesta por la parte del servicio de interconexión de acceso y el servicio de facturación y gestión de cobro, realizados por TESAU, y la parte del servicio telefónico que presta el operador de Red Inteligente (en este caso, COLT).

Es cierto que en la Orden PRE/361/2002 se aludía a la obligación del operador de acceso de desglosar los importes según los distintos servicios prestados en caso de disconformidad del abonado con la facturación de los servicios de tarificación adicional. Pero ello no puede suponer entender, como pretenden las partes del conflicto, que sólo en estos casos existiría obligación de desglosar.

Como alega TESAU, en el último párrafo del apartado octavo de la Orden se establecía que cuando el abonado mostrara tal desacuerdo, el operador del servicio telefónico disponible al público debía presentar al abonado una factura en la que desglosara en conceptos independientes cada uno de los servicios facturados.

Pero una interpretación aislada de lo anterior podría llevar a pensar que sólo en tal caso existiría la obligación de desglosar, cuando, sin embargo, como se ha expuesto, esta obligación derivaría principalmente de lo dispuesto en el Reglamento del Servicio Universal (artículo 57).

A la conclusión anterior se llega también teniendo en cuenta lo señalado en la propia Orden PRE/361/2002. Al comienzo del apartado octavo, se alude a *“la disconformidad o desacuerdo de un abonado con la facturación de los servicios de tarificación adicional”*.

Difícilmente podría manifestar el abonado su desacuerdo con la facturación de los servicios de tarificación adicional si en la factura no fuesen desglosados los importes en función de los diferentes servicios prestados. Tampoco podría el abonado, una vez recibida la factura, ejercitar su derecho a no pagar la parte correspondiente a los servicios de tarificación adicional si no supiera el importe relativo a los mismos.

La Orden PRE/2410/2004 incorpora ya expresamente lo dispuesto en el artículo 57 del Reglamento del Servicio Universal, afirmando que *“La factura que el operador de acceso presente al cobro al abonado deberá desglosarse en conceptos independientes por cada uno de los servicios facturados, en los términos establecidos en el artículo 57.1 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio. Dicho desglose deberá separar y reflejar fielmente la parte correspondiente al servicio telefónico disponible al público, que incluye el servicio de red de tarificación adicional, cuya prestación corresponde a los operadores, de la parte relativa a la*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

remuneración que corresponde al prestador de servicios de tarificación adicional por el servicio de información o comunicación prestado”.

Sobre el importe a cuya devolución tenían derecho los abonados, si bien el apartado octavo de la Orden alude a la obligación de pagar el importe relativo al servicio telefónico disponible al público *“excluidos todos los conceptos relativos a los servicios de tarificación adicional”*, de lo dispuesto en los demás preceptos se desprende que dicha expresión alude a la componente del servicio de tarificación adicional, excluyendo, por tanto, el importe del servicio telefónico soporte de la llamada de tarificación adicional.

En su último párrafo (último inciso) el apartado octavo delimita el concepto de desglose, señalando que éste *“deberá separar la parte correspondiente al servicio soporte de los servicios de tarificación adicional de la parte correspondiente a los servicios de información o de comunicación”*.

No tendría sentido que, dentro del apartado que reconoce el derecho de los abonados a no pagar la parte correspondiente al servicio de tarificación adicional, se obligara a desglosar la parte del servicio soporte y la de los servicios de información o comunicación si no fuera porque el servicio soporte, en tanto tendría la consideración de servicio telefónico, no estaría excluido de la obligación de pago por los abonados, pudiendo éstos solicitar la devolución solamente respecto a los importes que corresponderían al prestador del servicio de tarificación adicional.

En la redacción dada por la Orden PRE/2410/2004, el citado apartado establece con mayor claridad la obligación de pagar la parte relativa al servicio telefónico disponible al público, *“excluida la remuneración que corresponde a los prestadores del servicio de tarificación adicional por todos los conceptos relativos a la prestación de los servicios de tarificación adicional (información, comunicación u otros)”*. De igual modo, en relación con el desglose, se indica expresamente que la parte del servicio telefónico disponible al público incluye el servicio de red de tarificación adicional, distinguiéndose esta parte de la que pertenece, en concepto de remuneración, al prestador de tarificación adicional por el servicio de información o comunicación prestado.

Resulta, por tanto, que cuando se hacía referencia en la redacción originaria de la Orden PRE/361/2002 a los conceptos relativos a los servicios de tarificación adicional se aludía a los diferentes servicios que podía dar el prestador del servicio de tarificación adicional, pero no al servicio telefónico soporte de dichos servicios.

En el presente caso, ello supone que, ante la solicitud de devolución efectuada por los abonados, TESAU debió haber procedido a la devolución, no del importe íntegro correspondiente a las llamadas de tarificación adicional (incluido el servicio soporte), sino de la componente de valor añadido, que, sin embargo, la operadora no desglosó en las facturas emitidas como consecuencia de las solicitudes de devolución que le fueron formuladas. Ello explica que la operadora sólo pudiera reclamar a COLT aquella componente, con independencia de que hubiera devuelto a los abonados el importe total de las llamadas de tarificación adicional.

Así pues, TESAU excedió los límites de su mandato cuando procedió a devolver el importe íntegro de las cantidades correspondientes a la totalidad de las llamadas a los servicios de tarificación adicional, no pudiendo pretender que quede obligada



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

frente a ella el operador de red inteligente en cuanto a las cantidades indebidamente devueltas, conforme al art. 1727 del Código Civil, ya que dicha actuación más allá del mandato no ha sido ratificada expresa ni tácitamente por el mandante. Ello sin perjuicio de su derecho a reclamar dichas cantidades de los usuarios finales.

Segundo.- Sobre el período de tiempo transcurrido entre la devolución efectuada por TESAU y la solicitud de su reintegro a COLT.

Alude COLT al largo período de tiempo transcurrido entre la devolución efectuada por TESAU a los abonados de las cantidades reclamadas y la solicitud de su reintegro a COLT el día 20 de enero de 2005, señalando que la Resolución impugnada, si bien reconoce que TESAU no había comunicado en el menor plazo de tiempo posible a COLT las solicitudes de devolución efectuadas por los abonados, remite la solución de esta parte del conflicto a la decisión que se adoptara en el expediente de modificación de la OIR de TESAU que se estaba tramitando en aquel momento en la Comisión.

Habiéndose aprobado en la fecha de la interposición del recurso de reposición la Resolución de fecha 23 de noviembre de 2005 que procedía a modificar aquélla, solicita COLT que se aplique el plazo previsto en la OIR para que TESAU comunique los impagos al operador de red inteligente, concretamente aquél que establece la obligación de TESAU de *“emitir una vez finalizadas las gestiones de cobro en el mes m y considerada incobrable la deuda por vía ordinaria un fichero de comunicación de impagos definitivos con la totalidad de las llamadas correspondientes al mes m. Si TESAU, no incluyera un determinado impago en la comunicación del mes m+1, iniciando su reclamación judicial o extrajudicial posteriormente no podrá reclamarla posteriormente...”*.

En relación con este argumento, lleva razón la recurrente en que la Resolución impugnada reconocía que TESAU debería haber comunicado en el plazo más breve posible a COLT toda solicitud de devolución formulada por los usuarios, dejándose constancia de que entre la fecha de emisión de las facturas nuevas (tras las solicitudes de devolución formuladas por los abonados) y la fecha en que TESAU comunicó a COLT la existencia de las devoluciones (26 de enero de 2005) transcurrió un período de tiempo que en algunos casos duró hasta más de un año.

Sin embargo, no puede sostenerse que la resolución de esta parte del conflicto quedara pospuesta hasta la resolución de la modificación de la OIR que posteriormente se aprobara por la Comisión. En la medida en que la última modificación aprobada en la Resolución de 23 de noviembre de 2005 no estaba vigente en el momento en que se produjeron las llamadas objeto de conflicto (fue publicada en el BOE el 21 de diciembre del 2005 y entró en vigor el 22 de diciembre de 2005), en dicha fecha no regían más obligaciones para TESAU que las contenidas en la OIR 2003 y en el AGI suscrito por ambas partes. Además, debe recordarse que se requiere la aceptación de los términos de la oferta por los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores alternativos a TESAU⁶ para que aquélla quede integrada dentro de la relación contractual de los operadores.

Por tanto, en la Resolución impugnada únicamente se reconocía la falta de diligencia de TESAU en su actuación, pues lejos de comunicar en el plazo más breve posible las solicitudes de devolución efectuadas por los abonados e, incluso, las propias devoluciones practicadas, dilató dicha notificación durante el tiempo que estimó conveniente.

Asimismo, se aludía en la Resolución recurrida al interés que suscitaba para los operadores la existencia de un plazo dentro del cual TESAU tendría que comunicar al operador de Red Inteligente las devoluciones solicitadas por los abonados, y en todo caso, a la conveniencia de mejorar las comunicaciones entre el operador de acceso y los operadores de Red Inteligente.

Sobre la existencia de un plazo dentro del cual TESAU debió comunicar a COLT las devoluciones practicadas, resulta preciso determinar si del contenido de la OIR 2003 vigente en el momento en que se efectuaron las devoluciones objeto del conflicto, se desprende la existencia de un plazo dentro del cual TESAU viniera obligada a comunicar a COLT las devoluciones practicadas a los abonados.

La Comisión se ha pronunciado en diversas Resoluciones⁷ en relación con el servicio de facturación y cobro que presta TESAU, señalando que la operadora factura y cobra, en nombre del operador de red inteligente, actuando en calidad de mandatario.

No ha tenido ocasión, en cambio, de pronunciarse, al hilo de un conflicto planteado entre operadores, sobre el plazo del que dispone el operador de acceso para acreditar al operador de red inteligente las devoluciones de la componente de tarificación adicional de las llamadas realizadas a estos números como consecuencia del ejercicio por el usuario final de su derecho a no abonar los importes de servicios de tarificación adicional.

Debe partirse sobre esta cuestión de lo dispuesto en la OIR 2003, que establece la obligación de TESAU de realizar todas las gestiones encaminadas a la facturación y cobro de las llamadas a los servicios de tarificación adicional. Esta gestión es la que da lugar a un sistema de consolidación en el que el operador de acceso y el operador de Red Inteligente mensualmente actualizan los pagos que deben realizarse entre ellos.

⁶ Tal y como se establece en el último párrafo del Resuelve Segundo de la citada Resolución, la aceptación por parte de un Operador interconectado del contenido de cualquiera de los términos de la OIR o de los textos presentados por TESAU en cumplimiento de aquella Resolución, supondría la aplicación automática e incondicional del objeto de la aceptación desde la fecha en que TESAU tuviera conocimiento de ésta. En el Resuelve Tercero se señala, asimismo, que *“la OIR es un contrato de adhesión que se perfecciona por la simple aceptación de sus términos por los operadores interesados”*.

⁷ Resolución de 27 de junio de 2002 por la que se adoptan medidas en relación con el conflicto de interconexión interpuesto por LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A. contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en relación con la interpretación y aplicación del acuerdo general de interconexión en vigor entre ambas operadoras y Resolución de 30 de julio de 2002 por la que se adoptan medidas en relación con el conflicto de interconexión interpuesto por COLT TELECOM ESPAÑA, S.A.U en relación con la interpretación y aplicación del acuerdo general de interconexión en vigor entre ambas operadoras.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Una vez sentada la obligación de TESAU de facturar y gestionar el cobro, la OIR 2003 prevé la obligación de la operadora de agotar todos los instrumentos que provee la normativa sectorial de telecomunicaciones con anterioridad a la vía jurisdiccional para los casos de impago, llegando a la interrupción definitiva del servicio de tarificación adicional. Entre estos instrumentos se encuentra la exigibilidad de un depósito de garantía, la suspensión temporal e interrupción definitiva del acceso al servicio de inteligencia de red, la ejecución de las garantías constituidas y la consignación del importe no pagado.

Se preveía, pues, que TESAU debía agotar todos los instrumentos que facilitara la normativa sectorial de telecomunicaciones con anterioridad a la vía jurisdiccional, comunicando al operador interconectado su decisión de continuar o no persiguiendo la deuda, judicial o extrajudicialmente, en un plazo de 6 meses a contar desde que TESAU tenía conocimiento del primer impago.

En este sentido, señalaba la OIR que debía entenderse producido tal conocimiento, bien cuando hubiera sido devuelta la factura presentada por el banco, en el caso de facturas con domiciliación bancaria, bien por haber finalizado el plazo otorgado para el pago de las facturas a abonar en ventanilla.

Finalizado el plazo de 6 meses aludido, TESAU debía comunicar al operador de red inteligente que no había logrado cobrar la deuda y su decisión de continuar o no persiguiendo la deuda, judicial o extrajudicialmente.

Hasta aquí resulta que la OIR 2003 fijaba un plazo de 6 meses para realizar las gestiones de cobro en los supuestos de impago de los abonados, pero no hablaba expresamente del supuesto de devolución.

La OIR recientemente aprobada (OIR 2005) fija, asimismo, el plazo de 6 meses para perseguir el cobro y comunicar finalmente al operador interconectado, en el mes siguiente (una vez transcurrido dicho plazo de 6 meses), el impago producido. **Pero no menciona tampoco expresamente los supuestos de devolución.**

De ahí que no sólo no fuera posible la aplicación de la OIR 2005 para resolver un conflicto anterior, sino que tampoco se encuentra en ella una respuesta concreta a la cuestión relativa a los plazos de comunicación por el operador de acceso a los operadores de Red Inteligente de las devoluciones efectuadas a los abonados, una vez hecho el correspondiente pago.

En cualquier caso, dada la relevancia que puede adquirir para el operador de Red Inteligente la fijación de un plazo en el que TESAU deba comunicar que se ha solicitado la devolución de la componente de tarificación adicional, y a la vista de los diversos conflictos que se están planteando, se hace evidente la necesidad de prever un plazo para que TESAU cumpla con su obligación de comunicar al operador de red inteligente las solicitudes de devolución efectuadas por los abonados en caso de disconformidad con la facturación de las llamadas de tarificación adicional, al objeto de evitar que en lo sucesivo se produzcan situaciones como la que resulta objeto del presente conflicto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tal y como se ha señalado, al ser el medio general de pago el de la domiciliación bancaria, en el caso que nos ocupa se hubiera entendido producido un impago cuando presentada la factura al abonado, éste, ante la disconformidad, con las cantidades o con los servicios facturados, hubiera procedido a solicitar del banco la devolución de la misma.

Pero, en el presente caso, el supuesto no era el de la devolución de las facturas por los abonados dentro del plazo concedido por la entidad bancaria para la devolución, en cuyo caso se entendería que al no haberse cargado aún las cantidades en la cuenta del abonado, se trataría realmente de un impago, sino que este plazo habría transcurrido y, por tanto, las devoluciones reclamadas por los abonados se habrían producido una vez efectuado el pago. Esto es, estamos ante devoluciones de pagos ya realizados.

En cualquier caso, como se ha señalado, la solicitud de devolución efectuada por un abonado una vez detraídas las cantidades correspondientes de su cuenta, denota una falta de voluntariedad en el pago que hace realmente asimilable este supuesto con los casos de impago.

La propia TESAU alude en su escrito de alegaciones a dicha similitud, invocando la ilógica de diferenciar los supuestos de impago producidos como consecuencia de la devolución del recibo bancario dentro del plazo concedido al efecto, y aquellos otros en que, transcurrido dicho plazo, los usuarios mostraran su desacuerdo con la factura y reclamaran la devolución.

Por lo tanto, basándose esta Comisión en criterios de proporcionalidad a la hora de definir un plazo según lo establecido en la normativa sectorial, así como en la OIR y teniendo en cuenta que puede ser un escenario planteable a futuro en la misma, se entiende que un plazo máximo razonable para comunicar y reclamar por parte de TESAU al operador de red inteligente las devoluciones realizadas a los abonados que han ejercido el derecho que les reconoce la Orden PRE/361/2002, podría ser el de 6 meses desde que TESAU atiende dichas reclamaciones de devolución y las realiza al abonado que ha ejercido su derecho.

Aunque ni la OIR 2003 ni la OIR 2005 aluden expresamente a los supuestos de devolución, debería otorgarse a éstos un tratamiento similar al establecido para la gestión de cobro que debe realizar TESAU en el marco de la OIR en el procedimiento de pagos en interconexión entre el operador de acceso y el operador de Red Inteligente. Ello no obstante, esta cuestión será objeto de consideración en la próxima modificación de la OIR.

Llegados a este punto, y no obstante lo anteriormente expuesto sobre la inexistencia de previsión expresa en la OIR 2003 de un plazo para comunicar al operador de red inteligente las devoluciones practicadas, procede analizar, sobre la base de la facultad de la Comisión de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de la oferta del servicio, prevista en el artículo 48 e) de la LGTel, si el comportamiento dilatorio de TESAU podría haber impedido a COLT el desarrollo normal de su actividad en el mercado, con el consiguiente beneficio que podrían conllevar para la operadora de acceso los diferentes obstáculos con los que se encontrara el operador de red inteligente cuando llegara el momento de pagar a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU unas cantidades que debieron ser reclamadas dentro de un plazo considerablemente inferior.

Procede determinar, pues, si las actuaciones realizadas por TESAU desde que los abonados solicitaron su devolución, procediendo la operadora a emitir nuevas facturas, hasta la fecha en la que comunicó a COLT las devoluciones practicadas, pueden entenderse realizadas dentro de los límites temporales normales del ejercicio de su derecho.

En la Resolución impugnada ya se afirmó que TESAU no había actuado diligentemente en sus relaciones con el operador de Red Inteligente, al no haberle comunicado en el plazo más breve posible las solicitudes de devolución efectuadas por los abonados e, incluso, las propias devoluciones practicadas, retrasando dicha notificación durante el tiempo que la operadora consideró oportuno.

Como mandatario, TESAU tenía derecho a no sufrir los riesgos del negocio que ofrece el operador de red inteligente, ya que en dicho negocio únicamente actúa como mandatario de aquél y no en su propio nombre y derecho (art. 1717 del Código Civil). Asimismo, tenía derecho a ser resarcido por cualesquiera perjuicios que el ejercicio normal del mandato pudiera generarle, conforme al art. 1729 del Código Civil. Pero también está obligada actuar como un diligente padre de familia, como se ha dicho, e indemnizar al mandante por los perjuicios que su gestión irroge a su mandante, conforme al art. 1726 del Código Civil.

Sin embargo, el derecho que tiene TESAU a ser resarcida por las cantidades devueltas a los usuarios finales que hubieran ejercitado su derecho, en los términos indicados, debe ejercitarse siempre conforme a las exigencias de la buena fe.

Debe señalarse que era TESAU la principal interesada en comunicar a COLT que los abonados habían reclamado las devoluciones, ya que era aquélla quien, en su condición de mandataria, venía obligada a devolver los importes a los abonados, pidiendo posteriormente su reintegro a COLT. Sin embargo, lejos de tal consideración, TESAU, a pesar de ser consciente de su deber de comunicar a COLT las devoluciones lo más pronto posible, prefirió retrasar la comunicación durante un plazo que, en el presente conflicto, supera los seis meses y alcanza en algunos casos hasta un año desde que la operadora practicó las devoluciones a los abonados, sin que hubiera motivo alguno.

Una actuación diligente de TESAU hubiera sido la de comunicar las devoluciones a COLT en un tiempo razonable con el fin de recuperar la cantidad correspondiente a la componente de tarificación adicional⁸.

Ello explica que, aún reconociendo que TESAU tiene derecho a solicitar a COLT la devolución de las cantidades correspondientes a la componente de tarificación adicional que procedió a reintegrar a los abonados en virtud de su derecho

⁸ Téngase en cuenta que el plazo previsto en la OIR 2003 para la comunicación y gestión de cobro de los impagos era de 6 meses. En el supuesto de devolución, en el que la gestión a realizar por TESAU se limita al reembolso de la componente de tarificación adicional a los abonados, resulta evidente que la superación de aquel plazo determina una falta de diligencia de TESAU en su actuación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contemplado en la normativa sectorial, deba considerarse que TESAU no ejercitó debidamente su derecho a reclamar del operador de Red Inteligente las cantidades correspondientes a los servicios de tarificación adicional, ya que la operadora era consciente de su deber de comunicar a COLT dichas devoluciones y, aún así, decidió a su arbitrio, retrasar innecesariamente el momento en que efectuar la comunicación (26 de enero de 2005).

Sobre los efectos de la forma en que TESAU ejercitó su derecho, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 7 del Código Civil, según el cual *“la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”*.

La Jurisprudencia⁹ ha interpretado a la luz de este precepto el concepto jurídico de “abuso del derecho”, exigiendo como requisitos esenciales del mismo:

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

En relación con el primero de los requisitos se comprueba, a raíz de toda la documentación presentada por las partes del conflicto, que TESAU no ha procedido a comunicar lo antes posible al operador de Red Inteligente la existencia de las peticiones de devolución por parte de los abonados. En el presente caso, las reclamaciones de los abonados se produjeron entre mayo de 2003 y junio de 2004, no habiendo procedido TESAU a su comunicación a COLT hasta el día 26 de enero de 2005.

Respecto de si la actuación desarrollada por TESAU podría producir efectos dañinos, resulta evidente que el retraso consciente e innecesario de la operadora en las comunicaciones a los operadores de Red Inteligente de las devoluciones practicadas, puede perjudicar la posición competitiva de éstos en el mercado en el que concurren con TESAU, con el consiguiente beneficio que se derivaría para TESAU ante la imposibilidad de los operadores de red inteligente de recobrar a su vez las cantidades que vendrían obligadas a reintegrar a TESAU.

La inexistencia de un plazo concreto en la OIR no eximiría, en ningún caso, a TESAU de su deber de actuar con la mayor diligencia posible con el fin de no perjudicar la cadena de relaciones jurídico-mercantiles que concurren en las llamadas que se efectúan a los servicios de red inteligente.

⁹ Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1993, 2 de diciembre de 1994, 19 de octubre de 1995, 21 de diciembre de 2000 y 18 de julio de 2000.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Hay que tener en cuenta que, si bien TESAU únicamente tendría que reclamar la devolución a COLT de las cantidades devueltas a los abonados, la operadora de Red Inteligente se enfrentaría con varias contrapartes a la hora de reintegrar aquéllas, pues, por un lado, habría de esperar a que TESAU (operadora de acceso) le comunicase las devoluciones y, por otro, reclamar al prestador del servicio de tarificación adicional las cantidades abonadas a TESAU.

Por último, sobre la posibilidad de que la actuación desarrollada por TESAU pueda producir una reacción del sujeto pasivo concretada en que pueda plantear una pretensión de cesación y de indemnización, en el presente caso, el daño ocasionado a COLT legitimaría a éste para pretender el resarcimiento del perjuicio provocado por el largo tiempo transcurrido desde las fechas en que se produjeron las reclamaciones y su comunicación al operador de red inteligente.

La constatación y cuantificación de los eventuales perjuicios que se le han podido haber ocasionado a COLT por el retraso en la comunicación de las solicitudes de devolución corresponde a la Jurisdicción Civil.

No obstante, si bien la Comisión no es el órgano competente para la estimación de los eventuales daños¹⁰ provocados a COLT, sí lo es, como se ha señalado, para velar por la existencia de una pluralidad de oferta de los servicios (artículo 48 e) de la LGTel) que garantice y favorezca la presencia de tantos operadores como demande el mercado, objeto éste que se vería alterado si se consintiese una actuación como la llevada a cabo por TESAU, al dificultar al operador de Red Inteligente el ejercicio de las actividades derivadas de las relaciones jurídicas entabladas para garantizar la correcta prestación de los servicios de tarificación adicional.

Analizado lo anterior, puede concluirse que TESAU ha sobrepasado los límites normales del ejercicio de su derecho, al haber provocado de manera consciente e innecesaria el retraso en la notificación al operador de Red Inteligente de unas devoluciones que tenía que repercutir a COLT, tras la disconformidad manifestada por los abonados con la facturación correspondiente a las llamadas de tarificación adicional.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Único.- Estimar parcialmente el recurso potestativo de reposición interpuesto por Colt Telecom España, S.A. contra la Resolución de fecha 10 de noviembre de 2005, por la que se resuelve el conflicto de interconexión presentado por dicha entidad frente a Telefónica de España, S.A.U., sobre devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de este último operador que efectúan llamadas de tarificación adicional, en los siguientes términos:

¹⁰ Resolución de 10 de noviembre de 2005 en el marco del expediente RO2005/438, Resolución de 12 de julio de 2001 en el marco del expediente DT2000/2750 y Resolución de 24 de octubre de 2002 en el marco del expediente DT2002/6655.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Colt Telecom España, S.A. no vendrá obligada a restituir a Telefónica de España, S.A.U. las cantidades reclamadas por ésta como consecuencia de las devoluciones solicitadas por los abonados en ejercicio de su derecho reconocido en la Orden PRE/361/2002 en el marco del conflicto al que se refiere la presente Resolución.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 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 parcialmente el recurso de reposición interpuesto por Colt Telecom 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