

Sobre las relaciones jurídico-administrativas entre sujetos privados. Alguna jurisprudencia en materia de derechos de acceso e interconexión de redes de telecomunicación

Marcos M. Fernando Pablo

Profesor Titular (Acreditado Catedrático)

Universidad de Salamanca

SUMARIO

I.INTRODUCCION. II. ORDENACION POSITIVA DE LA INTERCONEXION Y ACCESO A REDES. APROXIMACION DOGMATICA.1.Noción de acceso e interconexión. Su función en un contexto de competencia entre redes.2.La obligación de interconexión como transferencia coactiva **III. COMO LA PRÁCTICA CONSTRUYE RELACIONES ADMINISTRATIVAS ENTRE SUJETOS PRIVADOS: ALGUNA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE ACCESO E INTERCONEXION** 1.La jurisprudencia 2.Por qué podemos afirmar que existen relaciones administrativas entre los sujetos privados contemplados en la regulación de la interconexión.

I. INTRODUCCIÓN

En el ya lejano 1955, recordaba VILLAR PALASÍ¹ que, si bien la injerencia del derecho público en las relaciones privadas por vía coactiva, parecía, a los ojos liberales puros, una anomalía, tampoco resulta insólita al reversión de la regla, es decir, la presunción de la necesaria intervención pública en un sector y la afirmación del carácter excepcional de una acción privada totalmente libre de injerencia pública.

La liberalización de actividades antes calificadas de “servicio público”, en las que la presencia administrativa era máxima, no ha conllevado, como se sabe, una desaparición del poder público en ciertos sectores, sino la ordenación de los ahora llamados “servicios económicos de interés general”, bajo la regla de su prestación en régimen de competencia, pero sujetos tanto a “obligaciones de servicio público”, como a ciertas cargas legales y un estricto marco que permite a la llamada, en términos de derecho

¹ VILLAR PALASI, J.L.: “Justo precio y trasferencias coactivas”, *RAP*, 18, 1955, pg 11 y ss.

comunitario, Autoridad Nacional de Regulación, interferir, normativa y singularmente (con potestades de autotutela, y “desplazando”, por tanto, la intervención judicial) la pura libertad empresarial privada.

En la eterna vuelta de viejas instituciones, la liberalización de ciertas actividades va acompañada de una intervención pública (neo-regulación) que nos permite también rescatar alguna elaboración doctrinal y dogmática construida en otro contexto de intervención pública.

Mi maestro, Enrique RIVERO², con cita de aquél clásico trabajo de VILLAR PALASÍ, realizó un laborioso estudio, muy conocido, sobre *El derecho administrativo y las relaciones entre particulares*³ en el que sistematizaba las manifestaciones de la intervención de la administración en las relaciones jurídico-privadas, cuya segunda parte se dedicó a caracterizar las relaciones jurídico-administrativas entre particulares, con atención a las relaciones entre el concesionario-usuarios de los servicios públicos, el beneficiario-expropiado y el concesionario-sujeto perjudicado por su actividad.

El trabajo, que destacó el concepto de “administración material”, chocó quizá con la perspectiva dominante en la concepción de derecho administrativo, estrictamente subjetiva-estatutaria. De hecho, por ejemplo, puede recordarse la opinión de SALAS⁴ que comenzaba rechazando la existencia de tal categoría, con cita de FERNANDEZ RODRIGUEZ⁵ para defender *que sólo existen relaciones administrativas entre particulares cuando uno de ellos ejerce por delegación -singular o institucional- poderes o facultades propios de la Administración, entendida en sentido subjetivo. Y*

² Me uno, muy gustosamente, a su libro jubilar con esta nota.

En el recuerdo del viejo seminario de derecho administrativo de la Universidad de Salamanca (las torres de la Clerecía en la ventana, las de las catedrales, asomando por encima del claustro del edificio de la calle Libreros contra el cielo de noviembre...), está también el recuerdo de los años de mi juventud y de los inicios de mi formación académica, de la mano de Enrique RIVERO.

Treinta años después, y ya *cuesta abajo en la rodada*, al recordar su magisterio y amistad (y la de quienes, en aquel privilegiado lugar, coincidimos un tiempo: Ángel Sánchez Blanco, Miguel Domínguez-Berrueta, Ricardo García Macho, Dionisio Fernández de Gatta ...), quiero expresar, una vez más, mi agradecimiento, ahora teñido de nostalgia, a Enrique Rivero, de quien siempre me he reclamado discípulo.

³ La obra, editada por el Instituto García Oviedo, Sevilla, 1969, contiene un prólogo del Pfr. CLAVERO AREVALO, que fue su maestro, donde se da cuenta de las partes de la monografía que fueron redactadas en España y de aquellas otras que, bajo el magisterio de Miele, fueron escritas en la larga estancia del autor en Florencia.

⁴ SALAS, J. : “Sobre la naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de los servicios públicos y las empresas concesionarias”, *REDA*, 4, 1975.

⁵ *Derecho Administrativo, Sindicatos y autoadministración*, IEAL, Madrid, 1972.

ésta fue la percepción dominante, dada la interpretación que se hizo del art. 28-4 b de la Ley de la Jurisdicción de 1956, que, en efecto, admitía particulares *obrando como meros agentes o mandatarios de la administración*, de tal modo que su presencia en una relación (y por ello se les negaba legitimación a efectos de recurso contencioso) equivalía a la de la administración.

Aunque se mantiene en el texto de la ley jurisdiccional un precepto similar (art. 20-b ley 29/98), no puede ignorarse que alguna novedad percibe el Legislador cuando admite que puedan recurrirse ante la jurisdicción contenciosa, no solo los actos de la administración de fiscalización de los concesionarios, sino también “*los actos de los propios concesionarios cuando puedan recurrirse directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente*” (art. 2 d *in fine*). La remisión a la normativa sectorial no impide que se aprecie la posibilidad de este tipo de contiendas entre sujetos privados directamente ante la jurisdicción contenciosa. Más aún, cabría estimar que tal posibilidad no queda cerrada cuando el título de actividad del demandado no sea estrictamente concesional.

En efecto, en el sector en el que queremos situar esta nota (comunicaciones electrónicas) no existen hoy título concesional, pues la *autorización general* exigida para explotar redes públicas de comunicaciones electrónicas o prestar servicios al público en general, “no es más que un marco jurídico establecido por el Estado miembro que otorgue derechos para el suministro de redes o servicios de comunicaciones electrónicas y establezca obligaciones específicas al sector que podrán aplicarse a todos o a determinados tipos de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, de conformidad con la presente Directiva”, dice el art. 2.2. de la Directiva 2002/20/CE (Directiva Autorización), tras su modificación por la Directiva 2009/140/CE. Pese a ello, el marco jurídico somete a ciertos operadores a potestades incluso más intensas, en cuanto a sus efectos, de las que dispone la administración sobre su contraparte contractual en los contratos administrativos.

No es la configuración del título, sino el contenido de ese marco normativo y de las potestades de intervención pública, lo que obliga a preguntarnos por la caracterización jurídica de ciertas relaciones establecidas entre *operadores*, sujetos privados, empresas

titulares de redes públicas y servicios de telecomunicación prestados al público en general.

En el derecho positivo, la intervención administrativa, en ciertos casos, alcanza a sustituir la autonomía de la voluntad, o (si determinados acuerdos han nacido de aquella autonomía negocial, en el marco de una ordenación de *ius cogens* público), a prestar tutela *administrativa*, mediante la intervención, incluso de oficio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con desplazamiento de la tutela del juez civil. Si a esto se añade que la práctica muestra reclamaciones ante el juez civil e intervenciones de la CMT en el mismo conflicto, bien se comprende el interés que tiene, de nuevo, hablar de la posibilidad de relaciones jurídico-administrativas entre sujetos privados.

La exposición sintética⁶ del derecho positivo en materia de acceso e interconexión a redes públicas de telecomunicación y una aproximación dogmática al conjunto de relaciones jurídicas que implica, son pasos previos, que, brevemente, es necesario dar, antes de exponer lo que la práctica jurisprudencial está planteando.

II. ORDENACION POSITIVA DE LA INTERCONEXION Y ACCESO A REDES. APROXIMACION DOGMATICA.

1. Noción de acceso e interconexión. Su función en un contexto de competencia entre redes.

Tras alguna vacilación inicial⁷, el derecho positivo distingue hoy entre acceso (“puesta a disposición de otro operador, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no

⁶ Por todos, vid las siguientes monografías: ALFONSO VELASQUEZ, O. : *La interconexión de redes de telecomunicación*, Reus, Madrid 2006 ; MENDOZA LOSANA, A.I.: *La obligación de interconexión de redes de telecomunicaciones: Fuentes, contenido y resolución de conflictos*. Ediciones UCLM, Cuenca, 2005; CUBERO MARCOS, J.I.: *Régimen jurídico de la obligación de interconexión de redes en el sector de las telecomunicaciones*. IVAP, Oñati, 2008. Son sólo alguna de las obras que monográficamente tratan el tema.

Nosotros nos ocupamos, muy sucintamente, del asunto, examinando derecho hoy derogado, en *Derecho general de las telecomunicaciones*, Colex, Madrid 1999. Entonces destacamos el aspecto “triangular” de la obligación de interconexión, por que la potestad pública de intervención (potestad con alcance ablatorio) introduce un elemento diferenciador de la simple presencia “externa” del derecho administrativo en las relaciones privadas.

⁷ Vid., por todos, MENDOZA LOSANA, A.I.: *La obligación de interconexión de redes ...cit.*, pg, 47 y ss, donde se expone el tema a la luz de la Ley de Telecomunicaciones de 1998.: “A grandes rasgos, la

exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas”) e interconexión (“la conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones utilizadas por un mismo operador o por otro distinto, de manera que los usuarios de un operador *puedan comunicarse con los usuarios del mismo operador o de otro distinto, o acceder a los servicios prestados por otro operador*. Los servicios podrán ser prestados por las partes interesadas o por terceros que tengan acceso a la red”) y lo que es más relevante, se afirma que la interconexión constituye un tipo particular de acceso entre operadores de *redes públicas*.

Hoy hay el suficiente consenso para considerar la interconexión como una modalidad de acceso caracterizada por la reciprocidad entre las prestaciones que ofrecen las redes, mientras en el puro acceso es decisivo el dato de puesta a disposición de un tercero para que éste preste servicios propios.

El régimen positivo⁸ es, simplificando matices de importancia, el siguiente: Los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas *tendrán el derecho y, cuando se solicite por otros operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, la obligación* de negociar la interconexión mutua, con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, con el objeto de garantizar la prestación de servicios y su interoperabilidad (art. 11-2 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, en adelante, LGT). No existirán restricciones que impidan que *los operadores negocien entre sí acuerdos de acceso o interconexión*. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del

interconexión es una exigencia del principio de interoperabilidad de las redes y servicios de telecomunicaciones, que garantiza la comunicación entre los usuarios, mientras que el acceso implica un conjunto de relaciones comerciales entre los diversos agentes del mercado, tendentes a facilitar el acceso al mercado del operador sin red. La regulación de aquella tiene como objetivo prioritario la consecución de un sistema de telecomunicaciones global e interactivo; la del acceso pretende combatir los problemas de competencia derivados del control de las redes por el operador dominante” (pg. 65).

Esta clarificadora tesis doctoral, desde el derecho civil, es muy útil para nuestra problemática y a ella acudiremos en más de una ocasión.

⁸ Aunque son muchas las monografías sobre el tema, una excelente exposición del tema en sus elementos esenciales, en LAVILLA RURUBIRA, J.L.: “Interconexión y acceso”. *Derecho de la Regulación Económica, IV Telecomunicaciones*, Iustel, Madrid, 2009, pg. 297 y ss. El volumen IV fue dirigido por QUADRA SALCEDO, T y coordinado por VIDA FERNANDEZ forma parte de la monumental *Derecho de la Regulación Económica*, (dirigido por S. MUÑOZ MACHADO).

Dado el carácter de ésta nota, nos resulta muy útil seguir el citado trabajo de LAVILLA por su carácter sintético.

acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios. Cuando se impongan obligaciones a un operador de redes públicas de comunicaciones electrónicas para que facilite acceso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá establecer determinadas condiciones técnicas u operativas al citado operador o a los beneficiarios de dicho acceso, cuando ello sea necesario para garantizar el funcionamiento normal de la red.

Si el operador hay sido declarado con poder significativo en el mercado de referencia, se le pueden imponer otra serie de obligaciones en este campo, tendentes a facilitar el acceso y la interconexión. Igualmente, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en la medida en que sea necesario garantizar la posibilidad de conexión de extremo a extremo, *podrá imponer obligaciones a los operadores que controlen el acceso a los usuarios finales*, incluida, en casos justificados, la obligación de interconectar sus redes cuando no lo hayan hecho

De los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta Ley y de sus normas de desarrollo *conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Ésta, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva⁹.

La interconexión de redes, en la medida en que trata de conseguir la comunicabilidad de los usuarios con independencia del operador al que permanezcan abonados, resulta, por tanto, un elemento clave para que, exista una real competencia entre operadores de diferentes redes. Por su parte, el acceso, que también tiende a eliminar obstáculos a la competencia efectiva (cuando se refiere al acceso a elementos de las redes tales como

⁹ Estas referencias a la LGT deben completarse con lo previsto en el RD 2296/2004, de 10 de diciembre que aprueba el Reglamento sobre mercados, acceso a las redes y numeración. De su contenido destaca que la CMT impondrá obligaciones específicas a los operadores designaron con peso significativo en un mercado también en materia de interconexión y acceso, entre ellas, hacer público determinada información, y que publiquen una *oferta de referencia*, suficientemente desglosada para garantizar que no se exija a otros operadores pagar por recursos que no sean necesarios para el servicio requerido. Esta Ofertas de Interconexión de Referencia es el elemento clave y facilita tanto la interconexión contractual como la exigencia de acceso. El art. 7 del citado reglamento es agotador en sus exigencias. El art. 10 regula otras exigencias que pueden imponerse a estos operadores en materia de acceso, que incluyen el acceso al bucle de abonado. El Título III del reglamento regula la interconexión y el acceso aplicables a todos los operadores.

la línea de abonado), tiene por objetivo más bien facilitar la competencia entre operadores que no cuentan con red o cuentan sólo con redes fragmentarias y que utilizan redes ajenas para competir con el titular de la red a la que acceden¹⁰.

Una y otra perspectiva son comunes a otros sectores basados en red (singularmente, el sector eléctrico o el gasista) y ofrecen un campo donde la reacción del derecho europeo ha acogido fragmentariamente la doctrina de las “*essential facilities*”, por que la infraestructura de red, antes en régimen de propiedad/exclusividad, pasa a ser ahora un elemento en el que la propiedad no incluye la exclusividad de uso. El acceso de terceros a la red preexistente, la interconexión de las redes propias con las ajenas, en su consideración jurídica, ofrece dos alternativas *teóricas* puras: Un acceso (e interconexión) totalmente regulado de forma imperativa, y un acceso puramente pactado o convencional. Como éste último no elimina la exclusividad inherente a la titularidad y levanta obstáculos insalvables a la competencia (cuando el propietario de la red es un competidor), las formas jurídicas resultantes han terminado siendo mixtas.

La complejidad que ofrece la materia, a los efectos dogmáticos que ahora nos preocupan, puede ser afrontada si, primero, se caracteriza la obligación de interconexión legalmente impuesta (art. 11-2 LGT), a continuación se define el poder administrativo de la CMT para imponer su cumplimiento, para, finalmente, se perfila el régimen de la relación jurídica resultante.

2. La obligación de interconexión como transferencia coactiva

La interconexión es, con fundamento en el derecho comunitario y fuente positiva en lo previsto en el derecho interno, obligatoria con carácter general para los operadores de redes públicas y el acceso lo es también (con ciertas modulaciones) para los operadores que hayan sido declarados con peso significativo de mercado¹¹.

Se ha dicho, con buen criterio que la obligación/derecho enunciada en el art. 11-2 de la LGT no parece ser exigible ante la jurisdicción civil, especialmente por la inexistencia de remedios procesales en la LEC para forzar la emisión de una declaración de voluntad negocial completa. Seguramente, de la “obligación legal” de interconexión no nazca un

¹¹ LAVILLA, cit. PAG. 312.

derecho subjetivo perfecto en los operadores interesados en la interconexión, sino la pura obligación de negociar a la que también se refiere el art. 22-2 del RD 2296/2004 de 10 de diciembre. Pero no puede ignorarse tampoco que la LGT atribuye expresamente potestad a la CMT para imponer la interconexión en ciertos casos (por ejemplo, art. 12-2 “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en la medida en que sea necesario garantizar la posibilidad de conexión de extremo a extremo, podrá imponer obligaciones a los operadores que controlen el acceso a los usuarios finales, incluida, en casos justificados, la obligación de interconectar sus redes cuando no lo hayan hecho”), y, en términos más generales, el Reglamento de la propia CMT así lo recoge (art. 19-2 RD1994/1996 : “En el supuesto de que los titulares de las redes de telecomunicación y los operadores de servicios, sean o no titulares de redes, que deseen acceder a aquéllas no alcancen un acuerdo de interconexión en condiciones satisfactorias para ambos, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a petición de cualquiera de ellas, resolverá de modo vinculante sobre los extremos objeto de conflicto).

Quizá por ello pueda concluirse que la obligación de interconexión reviste una naturaleza jurídica pública, que puede ser exigida en virtud de potestad administrativa: La autoridad administrativa impone un deber, conforme a la regulación sectorial que prevé en forma de sanciones y revocación del título las consecuencias inmediatas en caso de incumplimiento¹². Aunque el cumplimiento de tal obligación puede desarrollarse a través de la actividad negocial, y conseguirse “privadamente” un acuerdo de interconexión, en *todo caso* la CMT interviene con posibilidad de “resolver conflictos entre operadores”¹³ (al margen de su posición arbitral), tal como expresa el art. 48-3 de la LGT. Resulta importante destacar ya que el posible par de conceptos acuerdo negocial de interconexión-jurisdicción privada y acuerdo vinculante de interconexión de la CMT, por tener carácter público, intervención de la jurisdicción contenciosa no es exacto.

Con estas notas, sin pretensiones ahora de exactitud dogmática, la intervención pública en el ámbito de la interconexión y acceso de redes públicas parece configurarse no tanto

¹² Vid. CUBERO MARCOS, J.I.: *Régimen jurídico de la obligación de interconexión...* cit, pag.52

¹³ Eso es lo que dice hoy, con carácter general, la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, que se remite (art 10-2) a la normativa sectorial.

como un supuesto de expropiación¹⁴, ni, propiamente, como un simple contrato forzoso en el que se sustituye el consentimiento de una parte por resolución administrativa,¹⁵ ni un acto constitutivo de relaciones jurídico-privadas, cuanto en un supuesto de transferencia coactiva, algo diferente a los históricamente manejados¹⁶. Es, según creemos, ésta la categoría general que mejor explica la intervención, en el seno mismo de la relación jurídica, de la CMT. No se olvide que, por habilitación expresa del ordenamiento la CMT puede establecer por directo imperio, las condiciones de la interconexión, pero también modificar lo pactado, o permitir (y denegar en caso contrario!) la resolución del contrato, acordando la autorización de desconexión.

Cuando se contempla, en su conjunto, el régimen de la obligación legal de interconexión y los poderes de la CMT para imponerla, mediante acto, o para afectar (interpretar y modificar) a los acuerdos privados que le dan satisfacción (vertiente negocial que se considera prioritaria por el derecho positivo), o para intervenir en las dificultades de ejecución que puedan surgir¹⁷, parece necesario buscar un referente conceptual que contemple la totalidad del fenómeno, y, no estando en presencia de una “expropiación” de uso (porque el bien sigue destinado a la misma anterior finalidad privada: la comunicación), la transferencia coactiva¹⁸ como manifestación de la potestad ablatoria distinta de la expropiación, parece preferible.

¹⁴ Así, por vía de simple argumentación de referencia, ni siquiera de analogía, lo mantenía DE LA CUETARA, M.: “Los precios de las telecomunicaciones s:Teoría y práctica” *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, nº 12, 2007, pg. 13 y ss con la intención de llamar la atención sobre el “justiprecio” (el justo equilibrio en la imposición de los precios de interconexión).

¹⁵ Vid. LAVILLA RUBIRA, *cit*, con referencia a un ya viejo pero muy útil trabajo de FERNANDEZ FARRERES G.: “Consideraciones sobre el régimen jurídico de la interconexión de redes”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 14, 1999, donde se maneja esa calificación.

¹⁶ VILLAR PALASÍ, *cit.*; RIVWERO YSER, E., *cit.*, pags. 31 y ss

¹⁷ Del cuadro legal general que habilita a la CMT (arts. 48-3, y 4, 11-4, y 14 de la LGT), interesa destacar éste último conforme al cual, “*de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Ésta, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.*”

¹⁸ En este punto, además de los citados trabajos, es obligatoria la cita de la sistematización que ofrece el *Curso de Derecho administrativo* de GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, TR. en el capítulo XVII del volumen II de sus muchas ediciones, en especial, pags. 117 y ss. de la 6ª edición, Civitas Madrid 1999 que manejo en esta ocasión. Lo propio de la transferencia coactiva sería encerrarse en “medidas generales de ordenación económica... funcionalizada(s) de manera claramente distinta de la que es la propia expropiación”, expresando un “criterio genérico de ordenación” con fines “puramente instrumentales de intermediación en el mercado” o por la vocación especial de la Administración a la “titularidad genérica de un tipo de bienes semipúblicos, pero no por una imprescindible necesidad de

No se oculta que hablar de *transferencia* coactiva cuando no hay traslado alguno de titularidad, puede parecer paradójico, pero, de igual manera que se adaptó el concepto de expropiación, puede adaptarse la noción de transferencia a los supuestos en los que se impone, con el carácter general que resulta hoy del derecho positivo, coactivamente, una puesta a disposición de un tercero de utilidades propias de una red de telecomunicaciones cuya titularidad se mantiene, o se interviene, por la administración, en el proceso de negociación de esa puesta a disposición, o se interpretan las cláusulas y condiciones del acuerdo alcanzado, o se modifican estas¹⁹. Todo ello implica un “*desapoderamiento (ahora parcial) de la facultad de disponer del titular*” (GARCIA DE ENTERRIA), que creemos suficiente para integrar el fenómeno en la categoría indicada. Basta precisar que este efecto de parcial desapoderamiento del *ius disponendi* del titular de las red, se produce sobre ciertos elementos de la misma, los necesarios para dar acceso o interconexión.

La jurisprudencia y la propia CMT²⁰ califican, sin esfuerzo argumental alguno, los acuerdos de interconexión y acceso, de pactos contractuales, cuya naturaleza es la de un “arrendamiento de servicios” (art. 1544 Cc), por el que las partes firmantes se obligan recíprocamente a prestarse servicios de acceso, tránsito y terminación a cambio de un precio cierto. Se trataría de acuerdos bilaterales, sinalagmáticos y onerosos²¹. Contratos, pues, de estricta naturaleza privada, aunque coloreados de un intenso interés general (expresado, bien por la necesidad de hacer posible la competencia, bien en los derechos de los usuarios a comunicarse con usuarios de otras redes, bien por el principio de interoperabilidad de las redes). En todo caso, tales acuerdos, cuando existen (como es habitual), no por ello dejan de estar sujetos al mismo régimen de intervención pública, en lo que se refiere a interpretación, ejecución que cuando la interconexión ha sido impuesta, ante la negativa a negociar o su imposibilidad de concluir acuerdo alguno con

realizar ... una actuación propia...”. Con cita de VILLAR PALASI, se recuerda también que en las transferencias coactivas no se produce la mutación en el destino del bien del particular.

¹⁹ Todos estos son aspectos en los que puede darse la resolución vinculante de la CMT, interviniendo en “conflictos de interconexión y acceso” de conformidad con los arts. 14 y 48 de la LGT. Vid. LAVILLA RUBIRA, cit. Pag. 317

²⁰ Por todas, Resolución 24 de marzo 2011 (RO 2010/788)

²¹ LAVILLA RUBIRA, cit. pag.312, con cita de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de diciembre de 2004, también citada asiduamente por las Resoluciones de la CMT, conforme a la cual el Acuerdo General de Interconexión (AGI) entre dos operadores tiene estricta naturaleza privada.

éxito. Los acuerdos de interconexión quedan también sujetos a la potestad pública de la CMT. Se trata de una *transferencia coactiva* que, si puede ser, inicialmente pactada, no excluye que el contenido legal de la obligación de interconexión (con las potestades públicas consiguientes) despliegue todos sus efectos.

Precisamente por que se trata de tal categoría, ante el fracaso de las negociaciones para conseguir un Acuerdo de Interconexión, el derecho/obligación genérico del art. 11 de la LGT no es exigible ante los tribunales civiles. Precisamente, por otra parte, porque estamos ante el régimen de una potestad de transferencia coactiva, los operadores pueden dirigirse a la CMT para que la imponga, condicione el acuerdo o lo haga exigible en su interpretación y ejecución singular y determinada. El “conflicto de interconexión” resuelto mediante “resolución vinculante” es un modo de ejercicio de una potestad de transferencia coactiva. Ello explica las respectivas posiciones de la jurisdicción ordinaria y la CMT.

III. COMO LA PRACTICA CONSTRUYE RELACIONES ADMINISTRATIVAS ENTRE SUJETOS PRIVADOS: ALGUNA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE ACCESO E INTERCONEXION

1. La jurisprudencia

Desde las primeras resoluciones jurisdiccionales, con el anterior marco normativo, se admitió, sin muchos problemas, la presencia de una entidad administrativa (la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, CMT) interviniendo en diferentes aspectos de la relaciones jurídico-privadas entre operadores. Tampoco fue muy problemático, ni ante la Audiencia Nacional (SAN 16 abril 2002) y ni ante el TS (STS 31 mayo 2005) la admisión de las potestades para imponer, a falta de acuerdo, y a petición de cualquiera de las partes, las condiciones de la interconexión o modificarlas. Ni siquiera la extensión de la competencia a la interpretación misma de los Acuerdos Generales de Interconexión, por parte de la CMT planteó especiales dudas (SAN 16 marzo 2007)

Inmediatamente, sin embargo, surgió el inevitable aspecto jurisdiccional o “*quasi-jurisdiccional*” de los poderes de la CMT. La STS de 4 de marzo de 2008, si confirma

la intervención de este sujeto administrativo en las resolución de los Acuerdos Generales de Interconexión (AGI) privadamente pactados, y ratifica sus poderes para autorizar o denegar la desconexión, destaca también que no corresponde a este órgano administrativo la suspensión de un plazo de gracia, en atención a la situación de suspensión de pagos en que se encontraba el operador incumplidor. La solución que ofreció en su resolución la CMT comprometía (puesto que implicaba suspender la realización efectiva de la desconexión) los derechos del otro operador, y sobre todo, suponía que la CMT se atribuía facultades que pertenecían a la jurisdicción implicada en el proceso de insolvencia ya en marcha.

La SAN 23 de diciembre de 2004 establece ya un cuadro general sobre las potestades de intervención de la CMT en materia de conflictos de interconexión, y otras sentencias de similares fechas al resolver la casuística originada por las resoluciones de la CMT dictadas en diferentes conflictos, se planteará la cuestión del alcance de las potestades ejercitadas por la CMT en las relaciones jurídico-privadas: Así, las STS de 12 de diciembre de 2008 y la SAN de 28 de marzo de 2006 examinan si, constado un incumplimiento en materia de interconexión, la Comisión puede declarar la obligación de indemnizar y la extensión de los perjuicios que han de ser indemnizados.

Sobre el fundamento de los poderes de la CMT y la interpretación, a nivel de principios, de sus poderes, merece recordarse la STS de 8 de julio de 2008 (número de recurso 6957/2005, que se remite, en cuanto al primer aspecto, directamente al derecho comunitario (art. 9 de la Directiva 97/33/CEE : *En caso de conflicto en materia de interconexión las ANR a petición de cualquiera de las partes, adoptará medidas encaminadas a solucionar el litigio... La resolución deberá constituir un justo equilibrio entre los intereses legítimos de ambas partes...*”). De esta previsión, más que de las normas internas, que también se citan, extrae el Tribunal la competencia de la CMT²² para exigir, interpretando un anterior acuerdo de interconexión, a un operador, una reducción media de los precios de terminación de llamadas.

²² La CMT en resolución de 12 de diciembre de 2002, había calificado (correctamente, según la Audiencia Nacional, sentencia de 12 de septiembre de 2005) el Acuerdo General de Interconexión establecido entre los dos operadores en conflicto como “contrato de arrendamiento de servicios sometido al derecho privado”, y al tiempo reconoció el derecho de uno de ellos a instar de la propia CMT (y, nótese, esto es lo llamativo a priori) la modificación de los precios de interconexión con base en la aplicación de los criterios jurisprudenciales en torno a la cláusula *rec sic stantibus*.

El recurrente argumento, frontalmente, la nulidad absoluta de la resolución de la CMT por vulneración del art. 62 1 b) de la Ley 30/92, derivada de la “*incompetencia absoluta de la CMT para modificar el Acuerdo General de Interconexión ... e imponer una regulación de los precios de interconexión...contraria a la libertad de empresa...*”. El Tribunal Supremo entiende que la resolución de la CMT responde a un “*conflicto de interconexión*” en el que aquél organismo administrativo puede “*dictar resolución vinculante*” con el argumento de que:

“aun tratándose de contratos privados que se establecen libremente entre las partes, están sometidos a una regulación de derecho público con objeto de salvaguardar la interconexión de redes públicas de telecomunicaciones con las de otros operadores del mismo tipo de redes y servicios telefónicos disponibles al público”,

A esta finalidad, justificadora de la intervención pública, se añade con cita del derecho positivo vigente entonces, la competencia de la CMT para “*intervenir en los conflictos de conexión que se susciten entre los operadores y velar por la libre competencia equilibrando en su caso situaciones discriminatorias*”.

Con todo ello, se termina afirmando que “es la salvaguarda de esos intereses públicos lo que justifica la intervención del regulador”, su competencia, sus efectos vinculantes y la posibilidad misma de que, partiendo del derecho privado, no se apliquen plenamente las:

“doctrinas civilistas sobre el riesgo imprevisible, la ruptura del equilibrio contractual de la base del negocio o la frustración o novación del contrato que hagan imposible o gravoso su cumplimiento... por que la función del órgano regulador se atiene a lograr el “justo equilibrio entre los intereses de las partes con el objeto de garantizar los intereses públicos vinculados a la salvaguarda de la libre competencia entre empresas y el interés de los usuarios””²³

No es extraño, por tanto, que en otro litigio posterior, al que se alude a continuación, otro operador denuncie que la resolución impugnada de la CMT constituye un acto administrativo basado en consideraciones “pura y simplemente de derecho privado”

²³ Lo que se afirma, tras exponer el derecho positivo, es justamente, esto: que tales intereses generales, permiten a un órgano administrativo modificar un contrato privado, sin vincularse a la interpretación ius privatista del mismo.

La Audiencia Nacional continuaba, a la altura de 2008 manteniendo similar doctrina. Frente a un incumplimiento derivado de un no menor impago (un cuarto de millón de euros) el operador afectado pretendió la resolución de todos los anteriores acuerdos de acceso vigentes con otro operador, solicitando a tal fin, autorización a la CMT para desconectar y resolver tales contratos previos. La CMT deniega la autorización de desconexión y la resolución de tales acuerdos y, ante los argumentos de la decisión administrativa (de 10 de septiembre de 2008) el operador afectado no puede sino alegar ante la Audiencia Nacional que “nos encontramos ante una decisión administrativa que se residencia jurídicamente de derecho privado” (la posible “compensación de culpas”).

La Audiencia Nacional (sentencia de 16 de noviembre de 2010) contesta:

“...cabe destacar que los intereses afectados no sólo son de naturaleza jurídico-privada, sino también de carácter jurídico-público puesto que la resolución del contrato incide tanto sobre interés público como sobre los posibles intereses privados...”

Eliminar posibles competidores sobre la base de obligaciones contractuales incumplidas por una de ellas supone una restricción a la competencia que debe ser valorada en su justa y razonable medida. Deben existir incumplimientos graves por una de las partes y en esa gravedad inciden factores públicos y privados.

Por consiguiente no cabe admitir, como señala telefónica que nos encontremos ante una decisión administrativa que se residencie jurídicamente en estrictas razones de derecho privado. Si así fuese la competencia para resolver no correspondería a la CMT. Existen razones de interés público muy cualificadas”.

Tras afirmar la esencial relación entre la autorización para desconectar y la resolución del contrato, (si la desconexión se deniega, no cabe resolver el contrato, y si no cabe resolver el contrato, la autorización de desconexión ha de ser desestimada) la Sala encuentra aquí el fundamento de la competencia de la CMT, que puede así “conocer de la resolución contractual planteada por que la autorización de desconexión es un acto netamente jurídico-público, al existir intereses públicos relevantes que deben ser

protegidos” sin que la resolución contractual pueda quedar desvinculada de la autorización previa²⁴.

La presencia de esos intereses públicos hace ahora que la *exceptio non adimplendi contratus* sea matizada, debiendo, por el contrario, darse preferencia al principio de conservación de contrato,(continuidad del servicio de interés público) de manera que la autorización de desconexión no debe otorgarse si los incumplimientos de la empresa no tienen una importancia relevante en la totalidad de las obligaciones contraídas o, no pueden ser subsanados por otros modo.

Los difíciles equilibrios a los que se enfrenta la jurisprudencia en presencia de un acuerdo de interconexión (o acceso) cuya interpretación o ejecución plantea la intervención de la CMT que , en ejercicio de sus competencias, dicta sobre el conflicto “resolución vinculante” pueden comprobarse muy bien a la vista de la SAN de 5 de septiembre de 2008.Como uno de los operadores implicados (Telefónica TESAU) estaba calificado con poder dominante, la regulación positiva le obligaba a pactar en los términos de una previa “Oferta de Bucle de Abonado” (OBA), documento precontractual objeto de publicación y ya fuertemente intervenido por la CMT. En dicho documento, además de otros contenidos y prestaciones minuciosas que serían objeto de pacto, se incluían plazos a los que se obligaba Telefónica y las penalizaciones consiguientes en las que incidiría en caso de incumplimiento, en un “contrato tipo”.

En los términos de la OBA, otro operador pactó con Telefónica cierto acceso, en cuyo desarrollo surgieron ciertos problemas de ejecución que fueron planteados, por la contraparte, ante la CMT. La resolución de ésta (de 9 de junio de 2005), entre otros muchos extremos, acordó instar a Telefónica a “abonar automáticamente las penalizaciones previstas en la OBA”. Al mismo tiempo, el operador interesado presentó demanda de juicio ordinario contra Telefónica ante la jurisdicción ordinaria ejercitando una acción declarativa de incumplimiento y una acción condenatoria dirigida a exigir, la cantidad que estimó oportuna por daños y perjuicios ocasionados por el retraso.

²⁴ Y aquí encuentra la Sala una explicación “ad hoc” de la posición de la CMT: “*Tales principios de defensa de la competencia y el interés público implican que los efectos jurídicos que produce el incumplimiento que derivan de vínculos contractuales privados se deban plantear... en un nivel más elevado de exigencia respecto a las causas determinantes de un contrato meramente privado, ...por ello, conflictos que normalmente se resuelven en vía jurídico-privada trascienden al ámbito jurídico-publico debiendo ser resueltos por organismos reguladores inicialmente, cuyas decisiones son posteriormente controladas por la jurisdicción contenciosa...*”

La resolución de la CMT es contestada ante la Audiencia Nacional con el poderoso argumento de que “incide en desviación de poder con extralimitación competencial de la CMT, al adoptar una serie de medidas contra TESAU sin que concurren razones de interés general que justifiquen su actuación, por cuanto no se ha generado ningún perjuicio para los intereses generales... .Ello determina que las medidas adoptadas carezcan de fundamentos desde la perspectiva de los fines de interés público que permiten la intervención de la CMT en las relaciones entre los operadores, que no se encuentra autorizada para intervenir en los efectos y ejecución de un contrato privado como el que relaciona a Jazztel con Telefónica”.

Como parecía resultar de la jurisprudencia anterior, que vinculaba la competencia e intervención de la CMT en los conflictos de acceso e interconexión, a la relevancia de ciertos aspectos de aquellos conflictos para el interés general, se sostiene, por el recurrente, la “radical incompetencia de la CMT para instar a Telefónica al pago de las penalizaciones previstas en la OBA para el caso de incumplimiento de los plazos de suministro de determinados servicios: El acuerdo de acceso es un contrato privado y en tal clase de conflictos de acceso la CMT no puede adoptar medidas específicas si no están conectadas con los fines de interés general que habilitan su intervención”. La CMT, en suma, no puede pronunciarse sobre las consecuencias de naturaleza e interés privado que se encuentran presentes en las relaciones entre operadores, como posibles indemnizaciones de daños y perjuicios o la aplicación de cláusulas de penalización²⁵.

La Sala de la Audiencia Nacional, además de invocar los textos que habilitan la intervención de la CMT en los conflictos de interconexión y acceso señala que :

“con independencia de que se haya emitido un pronunciamiento indemnizatorio parcialmente estimatorio ... lo cierto es que dicho pronunciamiento civil no implica un agotamiento de los intereses concurrentes pues juntamente con los estrictamente empresariales de índole privada, concurre un interés general que se concreta en que la OB, que vincula al operador dominante, se cumpla y se lleve a efecto en la realidad... para favorecer el acceso y la competencia en el ámbito de las telecomunicaciones... toda la normativa que prevé la intervención de la CMT tiene como finalidad que se favorezca la competencia entre

²⁵ En este sentido, además de la jurisprudencia que antes hemos incorporado al texto, pueden citarse las STS de 20 de junio de 2006 y la SAN 31 de enero de 2007.

operadores y es impredecible que las previsiones al respecto como es la OBA no se conviertan en enunciados formales o ilusorios”.

Tras examinar conjuntamente la respuesta que ofreció la jurisdicción civil y la resolución de la CMT impugnada, la Audiencia estima que el conocimiento sobre las cláusulas penales incluidas en la OBA, pertenece también a la competencia de aquella (y su revisión por la jurisdicción contenciosa) pues “*tales cláusulas penales automáticas no tienen carácter indemnizatorio sino que su finalidad es (de ahí el interés general) incentivar y estimular la eficacia inmediata de la OBA, a fin de que TESAU preste la diligencia debida y adecuada en la prestación de acceso al bucle de abonado a los competidores*”²⁶.

Recurrida en casación la Sentencia de la Audiencia, el Tribunal Supremo lo resuelve en Sentencia de 28 de junio de 2011, y tras afirmar la incompetencia de la CMT para pronunciarse sobre la existencia de daños y perjuicio, o su cuantía o la imposición de la obligación de indemnización, entiende que lo relativo al pago de las cláusulas penales pactadas queda incluida (contra lo afirmado por la Audiencia Nacional) dentro de la *delimitación negativa*²⁷ de la potestad de la CMT, pues “la función del organismo regulador en la precisión de las obligaciones derivadas de prestar un servicio de interés general como la telefonía, no es el de componedor de los intereses privados en conflicto...”²⁸.

2. Por que podemos afirmar que existen relaciones administrativas entre los sujetos privados contemplados en la regulación de la interconexión.

Si se observa el apretado resumen expuesto, un organismo administrativo (CMT, Autoridad Nacional de Regulación, que ejerce los poderes que, conforme a derecho comunitario ha de ostentar en los Estados Miembros) interviene de manera *vinculante*, (con la ejecutividad propia de los actos administrativos: La CMT puede imponer, por

²⁶ Si bien, ante la actuación igualmente culposa del otro operador y la ausencia de influencia en la capacidad de competitividad de la operadora afectada, se opta por la exoneración de la aplicación de las cláusulas penales pactadas: El interés público concurrente se desvanece y no justifica por si solo el pago de las mismas.

²⁷ Admite, no obstante el TS que la exigibilidad del pago de las cláusulas penales contenidos en los contratos que vinculan a los operadores podría encuadrarse en la *zona gris* de lo que corresponde o no a la competencia de la CMT.

²⁸ Igual doctrina, que se reproduce, en la STS de 29 de junio de 2011. En ambas, el fallo, al dictar segunda sentencia sobre el fondo, se anula el requerimiento de la CMT a Telefónica para que satisfaga las cláusulas penales pactadas por los retrasos en los que incidió en las prestaciones pactadas.

ejemplo, multas coercitivas para forzar el cumplimiento de sus resoluciones de los conflictos de acceso e interconexión) en una relación jurídica nacida de una obligación legal (la de interconexión y acceso) y articulada mediante pacto, aunque puede también venir impuesta mediante acto, o resolución de la propia CMT.

En uno u otro supuesto la obligación legal (que hemos residenciado en el campo de las transferencias coactivas²⁹) se impone en consideración a ciertos intereses generales: la interoperabilidad de redes y servicios en favor de los usuarios, la competencia efectiva entre operadores. La salvaguarda de estos intereses limita el campo de acción y la competencia de la CMT cuando interviene en los conflictos de interconexión y acceso, y si bien al organismo se le pide, que logre un “equilibrio justo entre los intereses legítimos de las partes” (art. 9-5 Directiva 97/33/CEE)³⁰ el marco positivo les señala fines concretos que constituyen el fundamento y límite de su intervención, tanto si la interconexión y el acceso se han producido por vía exclusivamente negocial como si ha sido determinada mediante resolución vinculante.

En ninguno de los dos supuestos pierde la CMT la posibilidad de intervenir, limitadamente, sí, pero *administrativamente*, en consideración a aquellos intereses. De la jurisprudencia apuntada resulta el carácter materialmente administrativa de la relación entre particulares. Pese a que “*la administración no intervine más que imponiendo la transferencia* (o acomodando la pactada negocialmente a aquellos intereses/fines legales) *la relación no deja de tener carácter típicamente administrativo*”³¹. Es dato muy relevante que, pactada la interconexión o el acceso, o impuesta por resolución administrativa, queda un campo (el exclusivamente patrimonial de los efectos posibles de los incumplimientos) que ha de quedar remitido necesariamente a la jurisdicción civil, tal como hemos constatado en la rápida selección jurisprudencial anterior.

²⁹ Recuérdese que, como tipificó VILLAR PALASI, caben transferencias coactivas sin intermedio de la administración. Vid. “Justo precio y ... “ cit, pag. 51: La transferencia puede producirse, de particular a particular, bien por que la administración imponga la obligación de contratar (en nuestro caso es, claro, la ley, art. 11-2 LGT incorporando derecho comunitario) o bien por que la técnica de transferencia forzada se articule a través de acto administrativo (Resolución de la CMT, en nuestro caso). En el primer supuesto “*el color administrativo de la relación entre particulares pierde casi completamente su presencia*”.

³⁰ La Directiva “Oferta de Red Abierta” fue derogada por la Directiva 2002/21 del Parlamento y del Consejo de 7 de marzo de 2002, cuyo texto, en lo que importa, se radica ahora en el art. 20. Tal artículo remite a los fines del art. 8

³¹ Vid. VILLAR PALASI, cit. Pag. 52. En un plano más general, E. RIVERO: “Estas relaciones jurídico-administrativas entre sujetos privados se desarrollan normalmente dentro de lo que hemos denominado administración material es decir en las relaciones que entablan particulares.. con otras personas físicas o jurídicas. La administración no es sujeto de estas relaciones; las relaciones se dan entre personas privadas” Vid. *El derecho administrativo y las relaciones ...* cit pgs. 127-128.

Este aspecto marca el límite de la posible intervención de la CMT, luego, *a contrario*, la misma relación es, entre los mismos sujetos “administrativa” (o coloreada fuertemente de derecho administrativo si se quiere) hasta el punto de permitir a la administración, en el empleo de una potestad de transferencia coactiva, interpretarla, modificarla, conformarla, exigir su cumplimiento, a autorizar su resolución... en todo lo que no sea de interés exclusivamente patrimonial privado.

Según creemos, no es la posición de la CMT, llamada a intervenir en los conflictos de interconexión, la que da carácter administrativo a la relación; es, por una parte, la incompetencia inicial de la jurisdicción civil para exigir la obligación de interconexión, y la configuración de tal obligación como transferencia coactiva, la que permitirían hoy, (recuperando técnicas que hace más de treinta años ya fueron ensayadas y descritas) hablar de nuevo de relaciones jurídico-administrativas entre sujetos privados, como acertadamente teorizó E. RIVERO YSERN.

Salamanca, 30 octubre 2011