



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 28/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 29 de julio de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCION SOBRE EL CONFLICTO DE ACCESO PRESENTADO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. FRENTE A DESARROLLO DE LA TECNOLOGÍA DE LAS COMUNICACIONES S.C.A., SOBRE LA ADECUACIÓN DEL AVAL PRESENTADO POR ESTA ÚLTIMA EN EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2008 (RO 2008/1965).

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- Resolución de 10 de septiembre de 2008 (RO 2007/272).

Con fecha 10 de septiembre de 2008, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución que puso fin a un conflicto de acceso planteado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., (en adelante, Telefónica) contra DESARROLLO DE LA TECNOLOGÍA DE LAS COMUNICACIONES, S.C.A. (en adelante, DTI2).

La citada Resolución establecía:

***“Primera.-** Desestimar la solicitud de Telefónica sobre la resolución de todos los acuerdos relativos a servicios de acceso al bucle vigentes con la entidad DTI2 por no haberse acreditado fehacientemente la existencia de un grave incumplimiento por parte de ésta.*

***Segunda.-** Declarar que Telefónica tiene derecho a la constitución de garantía por parte de DTI2 de conformidad con las normas establecidas en la cláusula 5.3 de los acuerdos vigentes entre ambas, relativos al acceso desagregado compartido así como al acceso completamente desagregado, en el plazo de 1 mes des la notificación de la presente Resolución. Asimismo, tiene derecho a la constitución de garantías por parte de DTI2 de acuerdo*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

con las normas establecidas en las cláusulas 13 y 16 de los acuerdos vigentes entre ambas, relativos al acceso indirecto y ubicación.”

Segundo.- Resolución de 28 de noviembre de 2008 (AJ 2008/1759).

Con fecha 28 de noviembre de 2008, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución que resolvía el recurso de reposición interpuesto por DTI2 contra la citada Resolución de 10 de septiembre de 2008. La citada Resolución establecía lo siguiente:

*“**ÚNICO.-** Desestimar en su integridad el recurso de reposición interpuesto por Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones S.C.A (DTI2) contra la Resolución de 10 de septiembre de 2008 recaída en el expediente RO 2007/272, confirmando la Resolución impugnada en sus propios términos.”*

Tercero.- Escrito presentado por Telefónica.

Con fecha 17 de noviembre de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica por el que puso de manifiesto la negativa de DTI2 a la constitución del aval incumpliendo así el Resuelve segundo de la citada Resolución. Solicitaba, asimismo, que esta Comisión autorizara la resolución de todos los acuerdos relativos a servicios de acceso al bucle vigentes entre ambos operadores.

En concreto, Telefónica alegaba:

- Que a fecha 12 de noviembre de 2008, DTI2 no ha constituido garantía de pago alguna habiendo transcurrido más de un mes desde la citada resolución.
- Que ha requerido a DTI2 de forma fehaciente su constitución mediante burofax de fecha 24 de octubre de 2008, modificado con fecha 29 del mismo mes, al existir en el primero un error mecanográfico de transcripción que afectaba a los decimales de las facturas en base a los cuales se calculó el importe de los avales requeridos. Aporta como documentos 1 y 2 copia de los burofaxes y justificante de su recepción.
- Que, el importe de los avales requeridos asciende a:

Servicio	Importe
Servicios de acceso desagregado y compartido	1.494,81 euros
Servicios de acceso indirecto	152.128,96 euros
Servicios de ubicación	7.571,12 euros



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Aporta como documento 3 copia de las facturas en base a las cuales se obtiene el importe de los avales solicitados de conformidad con los acuerdos vigentes entre ambas partes.

Cuarto.- Escrito presentado por DTI2.

Con fecha 19 de noviembre de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de DTI2 por el que comunicaba la constitución de garantías a favor de Telefónica en cumplimiento del Resuelve segundo de la citada Resolución de 10 de septiembre de 2008.

En concreto, DTI2 alegaba:

- Que, con el fin de dar cumplimiento a la Resolución de 10 de septiembre de 2008, remitió a Telefónica un escrito por el que comunicaba la constitución a su favor de garantía conforme a la citada resolución mediante la *“prórroga por otros 18 meses de un derecho de retención atípico inicialmente otorgado a su favor en Octubre de 2007”*, según consta en el expediente RO 2007/272.

En este escrito se estaba otorgando “derecho de retención sobre una cantidad líquida adeudada por Telefónica a DTI2 en concepto de penalizaciones a la que se había llegado mediante la aplicación de formulas matemáticas a hitos, cantidades y tarifas detalladas y ciertas, (...). Mediante dicho derecho de retención se ofrecía una garantía de importe mucho mayor que cualquiera de las resultantes de aplicar los baremos contenidos en lo contratos OBA, nada menos que 2.535.224,59 euros, lo cual multiplica cuando poco por cinco o seis, las cantidades facturadas en todos los tiempos por Telefónica a DTI2”

- Que, adicionalmente, se ofrecía a Telefónica la posibilidad de optar por un aval bancario ordinario, en los siguientes términos: *“(...) rogándoles que, caso de no parecerles favorable para Telefónica, no estar conformes, y en consecuencia, no considerarlo una garantía suficiente ..., nos lo hagan saber a la mayor brevedad, ..., para constituir a favor de Telefónica, otro tipo de garantía más al “uso”, como podría ser a través de una entidad bancaria y por el estricto importe dispuesto por la CMT, esto es, tomando como base las cantidades facturadas por servicios OBA en los últimos tres meses (julio a septiembre de 2008) lo cual efectuaría DTI2 de manera inmediata”.*
- Que, posteriormente, Telefónica reclamó la constitución de determinadas garantías discrepando DTI2 en cuanto a las cantidades reclamadas por no considerarlas conformes a los acuerdos de acceso suscritos.
- Que, Telefónica le notificó un nuevo escrito corrigiendo las cantidades reclamadas en el anterior escrito, discrepando nuevamente, DTI2 en cuanto a las cantidades.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que, con fecha 10 de noviembre de 2008, DTI2 constituyó garantía a favor de Telefónica mediante aval bancario en cumplimiento de la Resolución de 10 de septiembre de 2008 sustituyendo la garantía inicialmente constituida, esto es, el referido derecho de retención “al entender que esta garantía inicial había sido implícitamente rechazada” por Telefónica. No obstante, procedió a realizar un cálculo alternativo de las cantidades que sirven como base para la constitución de las garantías. En resumen, los importes de los avales calculados por DTI2 son los siguientes:

Servicio	Importe
Servicios de acceso desagregado y compartido	8.658,32 euros
Servicios de acceso indirecto	6.695,32 euros
Servicios de ubicación	6.504,46 euros

Quinto.- Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento.

Mediante sendos escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 1 de diciembre de 2008, se notificó tanto a DTI2 como a Telefónica el inicio del correspondiente procedimiento para resolver el conflicto de acceso planteado por esta última, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

Asimismo, se trasladó a las partes la documentación presentada por cada una y se les concedió un plazo de diez días, de acuerdo con lo establecido en el artículo 76.1 de la LRJPAC, desde la notificación del acuerdo de inicio para que alegaran lo que tuviese por conveniente.

Sexto.- Escrito presentado por Telefónica.

Con fecha 23 de diciembre de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica por el que alegaba lo siguiente:

Sexto.1 Que la garantía ofrecida por DTI2 no es válida en Derecho y que carece de eficacia alguna.

Telefónica alega que el aval constituido por DTI2 carece de eficacia alguna como garantía de pago. Alega que se condiciona la garantía constituida a la aceptación por DTI2 de la facturación emitida dejando a su exclusivo arbitrio la ejecución de la misma y, de esta forma, eliminando al aval de eficacia como garantía de pago. Según Telefónica, el aval constituido por DTI2:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Supone una interpretación fraudulenta de la Resolución de 10 de septiembre de 2008.
- Vulnera el artículo 1.256 del Código Civil (en adelante C.c.) que establece que el cumplimiento del contrato no podrá dejarse al arbitrio de uno de los contratantes ya que el aval constituido por DTI2 sólo se ejecutaría a su arbitrio. Asimismo, trae a colación el artículo 1.258 del C.c. según el cual los contratos obligan *“también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”*.
- Que es contrario a los contratos de acceso suscritos entre ambos operadores ya que en éstos se prevé que el aval sea una medida de aseguramiento de pago no condicionada a determinadas circunstancias tal y como pretende DTI2 en el presente caso.
- Que dicha garantía es contraria a los usos del comercio por los que se rigen los actos mercantiles según el artículo 2 del Código de Comercio (en adelante, C.Com.).
- Que el aval constituido no reúne las características formales que suelen existir en este tipo de garantías entre entidades mercantiles, según las cuales:
 - a.-) la obligación asumida por el garante será de carácter solidario con el deudor principal.
 - b.-) el beneficio de excusión establecido en el artículo 1.830 del C.c. no será de aplicación
 - c.-) la garantía prestada por la entidad garante deberá ser otorgada a primer requerimiento *“de modo que, dicha entidad, queda obligada a pago efectivo en el plazo máximo de x días desde que sea requerida para ello, la cantidad que esta determine hasta el límite máximo garantizado sin que pueda invocar para no realizar dicho pago razón o pretexto alguno, en especial derivado de las relaciones contractuales entre el beneficiario de la garantía y la entidad garantizada”*.
- Que las cuantías del aval constituido por DTI2 no son correctas. Telefónica calcula los importes en base a las siguientes facturas en cada uno de los servicios afectados:
 - a.-) Servicio indirecto: Importe total del aval 152.128,96 euros.
 - b.-) Servicios de acceso desagregado y compartido: Importe total del aval 1.494,81 euros (la media de las últimas tres mensualidades).
 - c.-) Servicios de ubicación: Importe total del aval 7.571,12 euros.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sexto.2 Que DTI2 ha incumplido la Resolución de 10 de septiembre de 2008 al no constituir en plazo la garantía ordenada en la misma. Procedencia de la desconexión solicitada por Telefónica.

Telefónica denuncia que DTI2 ha incumplido la citada Resolución incurriendo en infracción administrativa grave tipificada en el artículo 53 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel). Solicita que se autorice la desconexión a la red y la resolución de todos los acuerdos relativos a los servicios de acceso al bucle vigentes entre DTI2 y Telefónica.

Séptimo.- Escrito de alegaciones de DTI2.

Con fecha 9 de febrero de 2009 ha tenido entrada en el Registro de la Comisión escrito de DTI2 por el que viene a presentar las siguientes alegaciones:

- Que DTI2 ha cumplido la Resolución en todos sus términos mediante la constitución de garantías a favor de Telefónica.
- Que Telefónica ha denunciado en falso a DTI2 circunscribiéndose, esta denuncia, dentro de una actitud de acoso reiterado de Telefónica hacia DTI2.
- Que Telefónica está realizando contra DTI2 *“una práctica de abuso de posición dominante, no basado en precios”*.

Octavo.- Requerimientos de información.

Mediante escritos del Secretario de esta Comisión de fecha 19 de febrero de 2009 se requirió a ambas entidades determinada información por ser necesaria para la resolución del presente conflicto.

Noveno.- Escrito de Telefónica.

Con fecha 16 de marzo de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica por el que cumplimentaba el anterior requerimiento.

Décimo.- Requerimiento de información.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 20 de marzo de 2009 se requirió a Telefónica información adicional, en concreto, sobre el servicio de acceso indirecto y de ubicación.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Decimoprimer.- Escritos adicionales de DTI2.

Con fecha 23 de marzo de 2009 tuvo entrada escrito de DTI2, en el que sin contestar el requerimiento efectuado, por el que presentaba alegaciones adicionales al procedimiento, en concreto:

- Considera que este procedimiento no puede declarar un supuesto incumplimiento grave por parte de DTI2 de los contratos de acceso pues no cabe revisar lo ya decidido en la Resolución de 10 de septiembre de 2008.
- Considera que Telefónica no fundamenta su solicitud de desconexión de redes y resolución contractual.

Asimismo, en esa misma fecha tuvo entrada escrito de DTI2 por el que solicitaba ampliación del plazo inicialmente concedido para la observancia del requerimiento efectuado en febrero de 2009.

Decimosegundo.- Escrito de Telefónica.

Con fecha 7 de abril de 2009 tuvo entrada escrito de Telefónica por el que cumplimentaba al anterior requerimiento de 20 de marzo de 2009. Posteriormente, con fecha 28 de abril de 2009 tuvo entrada nuevo escrito de Telefónica por el que subsanaba parte de la información aportada.

Decimotercero.- Informe de audiencia.

Con fecha 8 de mayo de 2009 se comunicaba a los interesados el resultado de la instrucción del presente procedimiento procediéndose a dar trámite de audiencia a las entidades interesadas.

De acuerdo con el artículo 84 de la LRJPAC se concedió a las partes un plazo de diez hábiles, a partir de la notificación, para que formularan las alegaciones que estimaran pertinentes y acompañaran los documentos que considerasen oportunos.

Decimocuarto.- Escrito de DTI2.

Con fecha 12 de junio de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de DTI2 por el que venía a evacuar el requerimiento de información practicado en febrero de 2009.

En el citado escrito, DTI2 aporta datos actuales de su planta activa del servicio de acceso indirecto y del servicio de ubicación. Asimismo señala los importes que, a su juicio, deberían actualizarse en cada uno de los servicios (importe total de 600 € en el conjunto de los servicios afectados) destacando la imposibilidad práctica de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

extender un nuevo aval con cada nueva solicitud de acceso indirecto según el tenor literal del contrato.

Por ello, con el fin de dar debido cumplimiento a la Resolución de septiembre de 2008 y evitar la solicitud de resolución contractual efectuada por Telefónica repetidamente, *“será extendido un nuevo aval bancario complementando el anterior, por la cifra de 5.000 euros, con objeto de cubrir cualquiera de las cantidades en la que DTI2 hubiese podido incurrir en error o se desactualizasen durante la vigencia otorgada con carácter principal”*.

Decimoquinto.- Alegaciones de Telefónica al trámite de audiencia.

Con fecha 22 de junio de 2009 tuvo entrada en el Registro telemático de esta Comisión escrito de Telefónica por el que vino a presentar alegaciones al trámite de audiencia. En el citado escrito Telefónica presenta las siguientes alegaciones:

Decimoquinto.1 Sobre las condiciones de ejecución: Que la garantía establecida no es válida en derecho y que carece de eficacia al resultar inejecutable.

Telefónica señala que la Comisión debería obligar, cuando menos, a la constitución de un aval que constituya una verdadera garantía de pago al que tiene derecho de acuerdo con los contratos de acceso suscritos.

Señala que condicionar la ejecución del aval a la aceptación de las facturas como exigía DTI2 o a la no disconformidad según señala el Informe de audiencia en la práctica supone lo mismo. Se deja al exclusivo arbitrio de DTI2 la ejecución del aval haciéndolo inejecutable y se elimina su eficacia como garantía de pago.

Decimoquinto.2 Sobre la cuantía del aval.

Telefónica alega que las cantidades incluidas en el informe de audiencia no son correctas y se remite a los importes señalados en sus escritos de alegaciones. En este sentido:

- (i) Sobre el servicio de acceso indirecto: Telefónica solicita un aval por importe de 152.128,96 euros en atención de las facturas impagadas porque de conformidad con la cláusula 13^a del contrato el fin de la garantía es responder por las cantidades impagadas. Considera que *“el cálculo deberá realizarse en función de dicha deuda porque sin o es imposible la garantía”*. Asimismo pone de manifiesto que es necesario actualizar el importe de la garantía conforme al contenido de su escrito de 28 de abril de 2009.
- (ii) Sobre el servicio desagregado en sus dos modalidades se muestra conforme con el importe señalado en el informe de audiencia.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- (iii) Sobre el servicio de ubicación considera incorrecta la exclusión que se realiza de la garantía correspondiente a los costes de habilitación de 2 centrales sobre la base de que actualmente no existe habilitación pendiente e “ignorando que si existe deuda pendiente de habilitación por lo que la garantía debe considerar dicha deuda”.

Decimoquinto.3 Sobre que DTI2 ha incumplido la Resolución de 10 de septiembre al no constituir en plazo la garantía. Procedencia de la desconexión solicitada y continuo aumento de la deuda.

Telefónica señala que DTI2 ha incumplido la citada Resolución incurriendo en infracción administrativa grave tipificada en el artículo 53 de la LGTel e ignorando los derechos reconocidos en la misma Resolución, en la OBA y en los acuerdos vigentes entre ambas partes vulnerando gravemente sus legítimos intereses.

Pone de manifiesto que esta situación se prorroga en el tiempo desde hace más de 2 años y que en la actualidad la deuda por servicios OBA asciende a 487.490,15 euros. Esto le genera una grave indefensión ya que se ve obligada a seguir prestando unos servicios que no se pagan pese a haber sido constatada por Resolución la existencia de la deuda y ordenada la constitución de una aval.

En base a todo ello, solicita que:

- Se autorice la desconexión del acceso a la red y la resolución de todos los acuerdos relativos a servicios de acceso al bucle vigentes entre DTI2 y Telefónica y subsidiariamente la constitución de un aval en términos expuestos en su escrito. Asimismo solicita la previsión expresa de que su no constitución en el plazo de 5 días le faculte a proceder si n mas requisitos que la comunicación al propio operador y a la Comisión, a la desconexión del acceso y a la resolución de todos los contratos de acceso al bucle vigentes entre ambas partes.
- En tanto en cuanto DTI2 mantenga deuda dimanante de lo servicios de acceso al bucle prestados se autorice por la Comisión a la no provisión de nuevos servicios de acceso al bucle respecto de los cuales mantenga deuda.
- Se sirva dar a toda la información marcada como confidencial el tratamiento de información confidencial de conformidad con lo establecido en el artículo 37.5 de la LRJPAC por ser de especial carácter sensible.

Decimosexto.- Alegaciones de DTI2 al trámite de audiencia.

Con fecha 29 de junio de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de DTI2 por el que vino a presentar alegaciones al trámite de audiencia que



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

posteriormente complementó mediante escrito de 3 de julio de 2009. En el citado escrito DTI2 presenta las siguientes alegaciones:

- Que Telefónica está reteniendo el pago de penalizaciones devengadas a favor de DTI2 lo que supone, de facto, una garantía efectiva de pago muy superior a la fianza establecida en los distintos contratos.

-Que DTI2 ha constituido una garantía adicional mediante aval bancario (a pesar de que esta modalidad de garantía no se exige por ninguno de los contratos de acceso) siendo prueba suficiente de su buena fe.

En concreto, sobre las medidas adoptadas en el Informe de audiencia DTI2 alega que:

Decimosexto.1 Sobre la cuantía del aval:

- (i) Respecto al servicio de acceso indirecto:
En la práctica es imposible una actualización de la garantía puesto que con cada alta de línea o baja, incluida las modificaciones de modalidad, repercutirían en la actualización de importes. Por ello DTI2 propone:
 - a) Que se permita la modificación del aval por la cantidad más actualizada posible al parque activo, con expresa indicación de los servicios que garantiza, para que Telefónica pueda saber a que cantidades corresponde el aval.
 - b) Para las actualizaciones ulteriores que se nos permita actualizar el aval agrupando las nuevas altas de, por ejemplo, un trimestre.
 - c) DTI2 constituiría una garantía anticipada y una garantía complementaria que estaría limitada en la disponibilidad de su importe a la subida del parque efectivamente cursada.

- (ii) Respecto al servicio desagregado en sus dos modalidades:
 - a) Pone de manifiesto que los contratos prevén acorde a la facturación emitida y que, teniendo en cuenta Telefónica no cumple las condiciones y niveles de calidad para la facturación, se le está causando un perjuicio.

 - b) Reconoce que la expresión “medida” según el tenor literal de la OBA es un error caligráfico y debe interpretarse en el sentido que indica el Informe de audiencia.

- (iii) Respecto al servicio de ubicación:

Señala que si bien no discutió la cantidad reclamada por Telefónica al inicio del conflicto, en este momento del procedimiento desea poner de manifiesto su disconformidad con los importes reclamados por



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica al existir errores en la facturación emitida por Telefónica. En concreto, en la facturación del espacio y de la electricidad.

Señala que como consecuencia de los errores incurridos, la garantía resultante sería entre un 50-100% más elevada que la que resultaría de aplicar su criterio. Por ello, solicita que la Comisión le permita constituir el aval por el coste de los servicios y no por los importes facturados por Telefónica.

Decimosexto.2 Sobre la ejecución del aval:

- (i) Pone de manifiesto que dada la cantidad de errores en los que incurre Telefónica en la facturación, dichas facturas no pueden ser directamente ejecutivas.
- (ii) DTI2 disiente del Informe de audiencia ya que considera que la garantía constituida no difiere del contenido de la OBA sino que se limita a establecer condiciones necesarias para poder ejecutarlo, en este sentido, se limita la ejecución a cantidades efectivamente vencidas e impagadas y no deja la interpretación de las mismas a criterio de una de las partes sino al criterio de ambas partes o, en su defecto, al impuesto por la autoridad.
- (iii) DTI2 señala que la garantía prestada no ha de ser a primer requerimiento y que se ha de ejecutar cuando se produzca un impago justificado por parte del operador.

Decimoséptimo.- Declaración de confidencialidad.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 27 de julio de 2009 se declaró la confidencialidad, solicitada por Telefónica, de determinados datos incluidos en los anteriores escritos

A los anteriores antecedentes de hecho resultan de aplicación los siguientes

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

El artículo 48.2 de la LGTel determina cuál es el objeto que tiene este organismo público que, entre otros aspectos, alcanza a la resolución de los conflictos que se produzcan entre los operadores:

“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.”

En relación con este objeto, y en lo que afecta a las materias de telecomunicaciones reguladas en la LGTel, el artículo 48.3.d) de la misma atribuye a la Comisión la siguiente función:

*“La resolución vinculante de los **conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes**, en los términos que se establecen en el título II de esta Ley, así como en materias relacionadas con las guías Telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras. (...)”*

Asimismo, el Capítulo III del Título II de la LGTel trata el *Acceso a las redes y recursos asociados e interconexión*, señalando el artículo 11.4 que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores *“con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3”*.

A tal efecto, el artículo 14 de la LGT señala que *“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.”*

En el mismo sentido, el artículo 23 (*“Competencias en materia de acceso e interconexión y condiciones aplicables”*) del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento de Mercados), dispone, en la letra a) de su apartado 3, que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá atribuidas las competencias siguientes: / Podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado”*.

En conclusión, esta Comisión resulta competente para conocer del presente conflicto instado por Telefónica, en la medida en que el mismo se refiere a incidencias surgidas en relación con servicios de acceso ofrecidos por Telefónica a DTI2.

Asimismo y, en concreto, en relación con los servicios de acceso contratados al amparo de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado de Telefónica, cabe señalar que los propios acuerdos de acceso suscritos por ambas partes recogen la posibilidad de someterse a la resolución de la Comisión del Mercado de las



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telecomunicaciones con el fin de acreditar el incumplimiento de las obligaciones contenidas en los mismos como causa de extinción de los contratos. Por tanto, la intervención de la Comisión solicitada por Telefónica para acreditar el cumplimiento de las obligaciones contractuales supone una previsión contractual asumida por ambas partes en el acuerdo de acceso suscrito por las mismas y que tiene su origen en la propia Oferta de acceso al Bucle de Abonado de Telefónica.

Segundo.- Objeto del procedimiento.

En el presente procedimiento Telefónica solicita a esta Comisión que declare la inadecuación del aval formalizado por DTI2 a los términos de la OBA y autorice la resolución de todos los acuerdos relativos a servicios de acceso al bucle vigentes entre Telefónica y DTI2. A continuación se analizará si las garantías formalizadas por DTI2 en cumplimiento de la Resolución de 10 de septiembre de 2008 se adecuan a los requisitos establecidos en los contratos de acceso suscritos por ambas entidades.

La precitada Resolución se remitía expresamente al contenido de las normas establecidas en los acuerdos de acceso suscritos. En concreto, declaraba que Telefónica tenía derecho a la constitución de garantías por parte de DTI2 de conformidad con las normas establecidas en la cláusula 5.3 de los acuerdos vigentes entre ambas, relativos al acceso desagregado compartido así como al acceso completamente desagregado y, de acuerdo con las normas establecidas en las cláusulas 13 y 16 de los acuerdos vigentes entre ambas, relativos al acceso indirecto y ubicación.

De las alegaciones presentadas por los operadores se desprende que existen discrepancias en torno, fundamentalmente, a los siguientes aspectos de las garantías: la cuantía, la ejecución y la duración de las mismas.

Tercero.- Sobre la cuantía del aval.

En el presente apartado se van a analizar los aspectos relativos a la cuantía del aval, diferenciando entre cada uno de los servicios afectados.

Con carácter previo es necesario reseñar que, efectivamente, tal y como alega DTI2 el informe de audiencia únicamente se basó en datos aportados por Telefónica por ser estos los únicos disponibles ya que el requerimiento de información efectuado a aquella entidad en el mes de febrero de 2009 no se cumplimentó hasta ya finalizado el citado trámite de audiencia en el mes de junio de 2009.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero.1 Servicio indirecto:

A. Regulación contractual:

La cláusula decimotercera del contrato para la prestación del servicio indirecto al bucle de abonado suscrito entre estos operadores establece la obligación de que DTI2 preste garantía a favor de Telefónica por la prestación de este servicio. En este sentido, DTI2 podrá optar entre la entrega de una cantidad en metálico o la constitución de un aval. En cualquiera de las dos opciones, la cantidad debe ser *“equivalente a la cuota de alta de las conexiones de líneas de abonado digitales asimétricas y de los puertos de Punto de Acceso Indirecto al bucle de abonado solicitados en el momento de la firma del contrato”*. De la misma manera se calculará el importe de la garantía *“para posteriores altas de conexiones de líneas de abonado digitales asimétricas o pPAI”*.

B. Cuantías según los operadores:

DTI2 en su escrito de marzo de 2009 señala que dado *“el desastroso estado de la facturación de Telefónica y los fallos que históricamente arrastran sus bases de datos, (...) hacen muy difícil precisar con exactitud la planta activa”*. Sin embargo, alega que, a pesar de que *“no es posible obtener estos datos al completo del SGO”*, ha procedido a realizar una comprobación de las líneas activas resultando un importe total de 6.695,32 euros. Posteriormente, en su escrito de fecha 8 de junio de 2009, actualiza dicho importe hasta **6.893,38 euros**.

Tal y como consta en los antecedentes de hecho, Telefónica ha calculado el importe del aval sobre la deuda pendiente de pago a fecha 23 de octubre de 2008, excluyendo determinadas facturas, resultando un importe total de **152.128,96 euros**.

C. Cuantía conforme a la regulación contractual:

En primer lugar, cabe señalar que Telefónica ha calculado el importe de la garantía exigida en base a las facturas pendientes de pago comprendidas entre julio de 2007 y octubre de 2008. Telefónica alega que la citada cláusula 13 del contrato de acceso indirecto establece que esta garantía *“responderá del pago de las cantidades efectivamente vencidas e impagadas”*.

Pues bien, sin perjuicio de que el fin de la garantía sea el de responder por las cantidades impagadas por el operador alternativo, en el propio contrato se establecen los criterios que rigen su constitución, basándose en las cuotas de alta de las conexiones y puertos contratados. Por ello, habrá que calcular el importe final de la garantía en base a estos datos y no en función de la deuda pendiente de pago.

Telefónica alega que con esta medida se obvia el objetivo para el que se exige el aval, esto es, el aseguramiento del pago. Sin embargo, la existencia de deuda entre



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ambos operadores, asunto que además se está ventilando ante la jurisdicción civil, no puede significar la inobservancia de las normas concretas de los acuerdos respecto de la constitución de la garantía. Los criterios de cuantificación se encuentran claramente definidos en el contrato que voluntariamente han suscrito las partes por lo que no procede, en este momento, modificarlos.

Por otro lado, DTI2 en su escrito de febrero de 2009 se limita a señalar el importe total de la garantía que ha constituido sin indicar, para su ulterior comprobación por Telefónica o por esta Comisión, en qué basa estos cálculos, el número de conexiones, de puertos pPAI o las cuotas de alta empleadas.

Para calcular el importe total del aval, en primer lugar, es necesario conocer el número de líneas de abonado digitales asimétricas y de los puertos de Punto de Acceso Indirecto al bucle de abonado solicitados en el momento de la firma del contrato y las solicitudes posteriores de altas de conexiones de líneas de abonado digitales asimétricas o pPAI.

Del análisis de la documentación aportada por ambos operadores se desprende que existe una discrepancia en torno al número de líneas ya que según Telefónica existen un total de [CONFIDENCIAL] líneas y de conformidad con los datos aportados por DTI2 existen en activo [CONFIDENCIAL] líneas.

Esta diferencia se debe, a juicio de DTI2, a que Telefónica está computando líneas que ya no se encuentran en activo bien porque se han dado de baja bien porque se han traspasado de modalidad o de operador. Pues bien, contrastados todos los datos aportados se puede concluir que Telefónica ha aportado las cuotas de alta de 37 líneas que reconoce que se encuentran dadas de baja y DTI2 aporta datos de 14 líneas que no existían a la fecha del escrito de Telefónica.

Por ello, se deduce la existencia total de [CONFIDENCIAL] líneas de abonado digitales asimétricas y de [CONFIDENCIAL] de Punto de Acceso indirecto al bucle.

Por tanto, la garantía a constituir será la suma de las cuotas de alta de cada uno de los anteriores conceptos tomando en consideración el importe total de todos los elementos dados de alta en cada una de las líneas. La siguiente tabla identifica los conceptos a tener en cuenta junto con sus correspondientes importes:

[CONFIDENCIAL]

En suma, **Telefónica podrá exigir a DTI2 la constitución de una garantía correspondiente al servicio indirecto por importe de 8.296,92 euros** siendo esta cantidad la correspondiente a las cuotas de alta de las líneas y puertos contratados por DTI2, conforme a lo acuerdos de acceso suscritos.

Por último, señalar que DTI2 pone de manifiesto la imposibilidad práctica de actualizar esta garantía mediante aval bancario cada vez que se den de alta nuevas líneas o se modifiquen, por ejemplo mediante un cambio de modalidad, alguna de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las líneas contratadas. Alega que la imposibilidad práctica se deriva del hecho de que las cantidades unitarias sean bajas, entre 20,33 € y 88,19€, por lo que establecer un aval bancario sobre cada nueva ampliación y/o modificación resulta muy costoso y difícil.

Para cumplir con la obligación de constituir aval y evitar los perjuicios citados, este operador propone distintas alternativas como actualizar las garantías de forma trimestral o establecer de forma anticipada una garantía complementaria limitada a los servicios efectivamente activos.

Pues bien, a juicio de esta Comisión parece razonable cualquiera de las dos soluciones propuestas por DTI2, sin embargo no se puede obligar a su aceptación por parte de Telefónica ya que supondría una modificación (a posteriori) de las condiciones contractuales vigentes entre ambos operadores lo que excede del objeto de este expediente debiéndose acordar libremente por las partes al margen de las condiciones reguladas.

Tercero.2 Servicios de acceso desagregado y compartido:

A. Regulación contractual:

Los acuerdos de acceso suscritos regulan de forma análoga la constitución de las respectivas garantías de ambos servicios. Por este motivo se van a analizar de forma conjunta.

La cláusula 5.3 de los acuerdos vigentes entre ambas partes, relativos al acceso desagregado compartido así como al acceso completamente desagregado, determina que, para calcular el importe de la garantía que se constituya, con posterioridad al comienzo de la prestación del servicio de acceso al bucle y para el supuesto de que el servicio se venga prestando durante más de 12 meses¹, “se tomará la medida de las cantidades totales facturadas al operador en los últimos tres meses correspondientes a los servicios de acceso al bucle que se estén actualmente prestando en el marco de Acuerdo.”

B. Cuantías según los operadores:

DTI2 ha formalizado un aval por importe de **8.658,32 euros** siendo esta cantidad “*la medida de las cantidades totales facturadas al operador en los últimos tres meses*”, correspondiente a las facturas de agosto, septiembre y octubre. Asimismo señala respecto de la factura número 60-H8TD-017323, de fecha 19 de agosto de 2008, que ha tomado la cantidad 3.032,58 euros ya que el importe total de la factura, - 4.512,84 euros, no se refiere a servicios prestados sino a refacturaciones de cuotas por parte de Telefónica.

¹ La primera solicitud de acceso formulada por DTI2 data del año 2002.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tal y como consta en el antecedente de hecho sexto, Telefónica ha calculado el importe del aval sobre la media de las cantidades facturadas entre julio y septiembre de 2008, resultando un importe total de **1.494,81 euros**.

C. Cuantía conforme a la regulación contractual:

En primer lugar, cabe señalar que DTI2 ha calculado el importe del aval en base a la “medida” de las cantidades totales facturadas y que, por su parte, Telefónica, ha calculado el importe del aval en base a la “media” de las cantidades facturadas en los últimos 3 meses.

Es cierto que, tal y como señala DTI2, el tenor literal de la OBA establece que se tomará la *“medida de las cantidades totales facturadas al operador en los últimos tres meses”*.

No obstante, es preciso señalar que se trata de un error caligráfico y que, efectivamente, los contratos de acceso se refieren a la cantidad “media” facturada en los últimos tres meses.

No sólo porque esta expresión (“medida de las cantidades”) carece de sentido en sí misma sino porque este no es el significado que se le debe dar de acuerdo con el contenido de la OBA. Así, la incorporación de mecanismos de aseguramiento de pago en los servicios de acceso completamente desagregado y compartido se llevó a cabo en la Resolución de 14 de septiembre de 2006 (MTZ 2005/1054) de modificación de la OBA en la que se incorporaron estas garantías en la OBA de forma semejante a las garantías existentes en interconexión, en concreto, se establecía que era necesaria *“la introducción de un sistema homogéneo de garantías que rijan tanto en la prestación de servicios de interconexión como de acceso.”*

Pues bien en los servicios de interconexión por tiempo de la OIR se establecen los criterios para calcular el importe del aval en función del tiempo que lleve abierta la interconexión, de forma análoga al sistema implementado en la OBA. Así, *“si la interconexión lleva abierta más de 12 meses, se tomará la **media** de las cantidades totales facturadas al operador en los últimos tres meses correspondientes a los servicios de interconexión que se estén actualmente prestando en el marco del AGI.”*

En consecuencia, para calcular el importe del aval se tomará la media de las cantidades totales facturadas al operador en los últimos 3 meses correspondientes a los servicios de acceso que se estén actualmente prestando, habiéndose reconocido por DTI2 la existencia de tal error. En concreto, DTI2 en su escrito de 29 de junio de 2009 reconoce la existencia de tal error en la Resolución de 14 de septiembre de 2005 sobre la modificación de la OBA de Telefónica (MTZ 2005/1054).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 24 de julio de 2009 se procedió a la subsanación de dicho error material existente en la citada Resolución de 14 de septiembre de 2005.

Por otro lado, los operadores discrepan en torno a los meses que tomar como base para realizar dicho cálculo. Así, Telefónica señala el periodo comprendido entre julio y septiembre, en cambio, DTI2 toma como referencia las facturas emitidas entre agosto y octubre. Ante las alegaciones presentadas por ambos operadores, la Comisión considera que al ser la factura emitida en el mes de agosto de sentido negativo, resulta razonable excluir esta factura del periodo de referencia para el cálculo del aval puesto que no se trata de servicios que se estén actualmente prestando, conforme al contenido de la OBA.

Por este motivo, se computará para calcular el importe de la garantía las facturas correspondientes a los meses julio, septiembre y octubre de 2008. Ambos operadores aceptan este criterio y no discrepan sobre las facturas tomadas para constituir la garantía.

No obstante, DTI2 en su escrito de 29 de junio de 2009, señala que teniendo en cuenta que Telefónica factura generalmente de forma incorrecta se le está causando un perjuicio al referirse la garantía a cantidades facturadas. A pesar del criterio mantenido por DTI2 no se puede negar que las facturas, como documentos mercantiles, sirvan para determinar cuál es el importe de la deuda exigida por Telefónica y para acreditar las cantidades cuyo pago se deba asegurar. En cualquier caso, esta referencia es la que se incluye en el contrato suscrito por ambas partes por lo que no procede en este momento a su modificación (DTI2 ha tenido oportunidad de alegar lo que ha creído conveniente respecto de las garantías en el seno del MTZ 2008/120 relativo a una modificación integral de las Ofertas).

La siguiente tabla identifica las facturas junto con el importe a tener en consideración:

Fecha factura	Nº factura	Importe factura
19-jul-08	60-G8TD-017658	3.873,61 €
19-sep-08	60-I8TD-017245	2.813,13 €
19-oct-08	60-J8TD-017246	2.812,22 €
TOTAL		9.498,96 €

En suma, **Telefónica podrá exigir a DTI2 la constitución de una garantía correspondiente a los servicios de acceso completamente desagregado y compartido por importe de 3.166,32 euros** siendo esta cantidad la media de las cantidades totales facturadas al operador en los últimos tres meses, conforme a lo acuerdos de acceso suscritos.

Asimismo, Telefónica deberá detallar en cada una de las facturas indicadas qué parte se corresponde a cada uno de los servicios afectados.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero.3 Servicio de ubicación:

A. Regulación contractual:

La cláusula decimosexta del contrato de ubicación prevé dos tipos de aseguramiento. Por un lado, están los que tienen su origen en el coste de habilitación del servicio de ubicación y, por otro, los que tienen su origen en las cuotas mensuales.

En los primeros, esto es, los previstos para garantizar el coste de habilitación del servicio de ubicación, se establece que el operador autorizado pagará a Telefónica el 20% del precio estimado proporcional que le corresponda del precio de habilitación del servicio de ubicación y prestará afianzamiento de la cantidad restante (80%), mediante aval o cualquier otro medio de aseguramiento de pago, en el momento de la firma y aceptación de cada proyecto específico.

En los segundos, los que se constituyen para cubrir las cuotas mensuales, el operador autorizado entrega en el momento de la firma del contrato a Telefónica una cantidad equivalente al importe de una mensualidad en cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato.

B. Cuantías según los operadores:

Tal y como consta en el antecedente de hecho sexto, Telefónica ha calculado el importe de la garantía, teniendo en cuenta los dos elementos previstos en el contrato exigiendo a DTI2 la constitución de una garantía por importe total de **7.571,12 euros**:

- Respecto al aval previsto para cubrir las cuotas mensuales, Telefónica toma en consideración la cuota mensual de los espacios y fuerza contratados por DTI2 de la factura nº 60-l8RR-001417 por importe de **1.794,90 euros**.

-Respecto al aval para garantizar los costes de habilitación, Telefónica toma en consideración los costes de la habilitación en las centrales de Amargacena y Las Quemadas (ambas en Córdoba) facturados con fecha 29 de julio de 2008 (nº de factura 60-G8RR-005204) por importe de **5.776,22 euros**.

Respecto al aval previsto para cubrir las cuotas mensuales DTI2 señala que a los solos efectos de constituir garantía, se va a ceñir al contenido de las facturas remitidas por Telefónica. De esta manera, DTI2 calculó el importe del aval en base a la factura correspondiente al mes de septiembre de 2008, resultando un importe total de **1.794,90 euros**.

Respecto al aval previsto para garantizar los costes de habilitación, DTI2 señala que no tiene constancia de dicha factura, que se están facturando en julio de 2008 unos



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

trabajos finalizados en el año 2005 y que, en cualquier caso estos trabajos se encuentran abonados. No obstante, a los solos efectos de constituir garantía, DTI2 toma el importe de dicha factura si bien y, de acuerdo con el contenido de la cláusula 16 del contrato para el servicio de ubicación, únicamente “*se prestará afianzamiento del pago del 80 % del precio estimado proporcional de habilitación del servicio*”. Por ello, DTI2 ha constituido un aval por importe de **4.620,46 euros**².

Constituyendo a favor de Telefónica una garantía por importe total de **6.415,36 euros**.

C. Cuantía conforme a la regulación contractual:

Sobre la garantía para cubrir las cuotas mensuales, los operadores inicialmente no discrepaban sobre el importe, **1.794,90 euros**, por lo que se incluyó en el informe de audiencia. Sin embargo, DTI2 en su escrito de 22 de junio de 2009, muestra su disconformidad con esta cantidad al considerar que existen errores en la facturación del espacio y de la electricidad.

Es necesario tener en cuenta que DTI2 no señala los fallos concretos en los que incurre la factura número 60-I8RR-001417 recogida por el informe de audiencia si no que pone de manifiesto su disconformidad general con el método de cálculo empleado por Telefónica para la facturación del espacio y del suministro de energía eléctrica (el tipo de coeficientes, importe por Kw, etc.). No indica las cantidades que, a su juicio, deberían garantizarse ni aporta criterios concretos para su cálculo.

Es decir, DTI2 no muestra su disconformidad con la factura número 60-I8RR-001417 sino que plantea una modificación global del método de cálculo tanto para la facturación del suministro de energía eléctrica como en la facturación del espacio. Por ello, con el fin de asegurar la constitución de la garantía a la que Telefónica tiene derecho de conformidad con el contrato suscrito, se sigue tomando esta factura como referencia.

Sobre el aval previsto para cubrir los costes de habilitación, los operadores no coinciden ni en su importe ni en su contenido.

DTI2 en el año 2005 solicitó la ubicación en las centrales de Amargacena y Las Quemadas (Córdoba). En el citado acuerdo de ubicación se establece la obligación de prepagar el 20% del precio estimado de las obras de habilitación y la obligación de afianzar el 80% restante en el momento de la firma y aceptación de cada proyecto específico, con el fin de afianzar los costes de habilitación en los que incurre Telefónica como consecuencia de cada una de las solicitudes de ubicación. En caso de impago del 20% del importe, Telefónica puede entender desestimada la solicitud del operador.

² 4.620,46 = 80%(5.776,22)



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el presente caso, Telefónica continuó con las obras hasta su finalización con fecha 2 de febrero de 2006 procediendo, posteriormente, a refacturar el coste de las mismas en julio de 2008. Así que, en la actualidad no existe habilitación pendiente por lo que no se trata de avalar costes de habilitación en los que vaya a incurrir Telefónica como consecuencia de una solicitud de coubicación sino que se trataría, en su caso, de determinar el pago de unos servicios, lo cual se excede del objeto del presente expediente.

Telefónica en su escrito de 22 de junio de 2009 señala que según este criterio se está ignorando la existencia de deuda pendiente. A este respecto, cabe señalar que el objetivo de la garantía no es afianzar el cobro de una deuda concreta, que además está siendo reclamada ante otras instancias judiciales, sino el pago de unas obras de habilitación a llevar a cabo por mandato regulatorio. En el momento que Telefónica no reclama la garantía con carácter previo a las obras, tal y como está previsto contractualmente, no existen obras que avalar sino deuda que liquidar.

En suma, **Telefónica podrá exigir a DTI2 la constitución de una garantía correspondiente a los servicios de ubicación por importe de 1.794,90 euros** siendo esta cantidad correspondiente a las cuotas mensuales en las que concurren ambos operadores. Asimismo, para realizar el cálculo del importe de la garantía definitiva, los operadores deberán tener en cuenta la cláusula 16.3 del contrato que establece que *“en los meses de enero cada año de vigencia del Contrato, la fianza será actualizada al importe de la mensualidad vigente en dicho año”*.

Cuarto.- Sobre la ejecución del aval.

En el presente apartado se va a comprobar la adecuación de la garantía formalizada por DTI2 a los requisitos establecidos tanto en cada uno de los contratos como en la Resolución de 10 de septiembre de 2008.

Cuarto.1 Regulación contractual:

A continuación se señalan las cláusulas específicas de cada uno de los acuerdos que se refieren a la ejecución de las garantías.

A. Servicio completamente desagregado y servicio compartido:

La cláusula decimoséptima de ambos contratos establece que *“sólo se ejecutara la garantía por las cantidades efectivamente vencidas e impagadas por los servicios objeto del Acuerdo y, en su caso, por los costes en los que haya incurrido Telefónica para rehabilitar los servicios de acceso al bucle de abonado previamente restringidos, debiendo comunicarse previamente al operador su intención de proceder a la ejecución del mismo en el plazo de 5 días, indicando la cuantía a*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ejecutar y la causa en la que se ampara para ello. Una vez ejecutada la garantía, deberá notificarse esta circunstancia a la Comisión.”

B. Servicio de ubicación:

En ninguna de las dos modalidades de fianza establecida en la cláusula decimoquinta del contrato (las que tienen su origen en el coste de habilitación del servicio y las que tienen su origen en las cuotas mensuales) se incluye alguna previsión acerca de la ejecución de la garantía. Únicamente se establecen los requisitos que deben concurrir para la devolución de ambas fianzas.

C. Servicio de Acceso Indirecto:

La cláusula decimotercera del contrato establece que Telefónica “*comunicará previamente al operador la intención de proceder a la ejecución de la garantía en el plazo de cinco días, indicando la cuantía a ejecutar y la causa en que se ampara para ello.*”

Cuarto.2 Condiciones establecidas por los operadores:

Según DTI2:

El aval constituido por DTI2 se formaliza “*en garantía de las deudas, saldos o cualquier otra forma de débito que pueda producirse como consecuencia de las relaciones comerciales*”.

DTI2 ha constituido un aval bancario por el que “*Cajamar, Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito, efectuará el pago a Telefónica, hasta las cantidades máximas garantizadas para cada uno de los contratos cuando recibiere notificación fehaciente a tal efecto acompañada de título que acredite la misma, una vez examinados los requisitos formales de la reclamación, mediante transferencia bancaria en la cuenta que le sea indicada.*”

En el propio aval se señala cual es la documentación requerida para ejecutar el aval. “*A tal efecto, se considerará título bastante, el que se encuentre en alguno de los siguientes casos:*

- *La formada por facturas o efectos cambiarios, en ambos casos aceptados por DTI2 y que concurriendo dicha aceptación y su vencimiento, no hubiese sido pagada de ninguna otra forma.*
- *Igualmente responderá el aval de las cantidades establecidas en decisión judicial o administrativa respecto a la ejecución de cada uno de los respectivos contratos. En tal caso de decisión judicial o administrativa, no podrá procederse a la ejecución de la garantía por el importe establecido en la misma si la ejecución de dicha decisión hubiera sido suspendida mediante decisión de la autoridad competente, asó como si aún no hubiera transcurrido*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el plazo legal desde la referida decisión para que DTI2 solicite dicha suspensión de ejecución, o bien si, solicitada dicha suspensión por DTI2 no se hubiera pronunciado todavía sobre la misma la autoridad competente.

Por otro lado, señala que *“No serán atendibles las solicitudes de ejecución de Telefónica que superen la garantía por cantidades derivadas de cada contrato concreto, sino hasta el límite del importe garantizado para dicho servicios en la tabla del punto anterior. Esto es, no se podrán balancear o compensar las cantidades entre servicios diferentes pues cada cifra asegura las operaciones de un contrato diferente.”*

Según Telefónica:

Telefónica exige, tanto en lo escritos remitidos a DTI2 como en las alegaciones presentadas ante esta Comisión en el seno del presente procedimiento, que la entidad bancaria formalice un aval a primer requerimiento *“de modo que, dicha entidad quede obligada a pagar en efectivo a Telefónica en el plazo máximo de diez días desde que sea requerida para ello, la cantidad que esta determine hasta el límite máximo garantizado sin que pueda invocar para no realizar dicho pago razón o pretexto alguno, en especial derivado de las relaciones contractuales entre Telefónica y la entidad garantizada”*. Adicionalmente, Telefónica señala que la entidad bancaria responderá de forma solidaria junto con el operador avalado y que no aplicará el beneficio de excusión.

Cuarto.3 Condiciones de ejecutoriedad conformes a la regulación contractual :

(1) DTI2 señala que la garantía constituida responderá por las “cantidades establecidas en decisión judicial o administrativa respecto a la ejecución de cada uno de los respectivos contratos”.

DTI2 en su escrito de 29 de junio de 2009 señala que se está limitando *“la ejecución de los contratos a cantidades efectivamente vencidas e impagadas y no deja la interpretación de las mismas a criterio de una de las dos partes sino al criterio de ambas partes o en su defecto al impuesto por la Autoridad”*.

Del contenido de dicha cláusula parece deducirse que DTI2 pretende imponer como requisito previo a la ejecución de cualquier garantía la necesidad de que exista un pronunciamiento previo ya sea judicial ya sea administrativo que fije las cantidades pendientes. Vincular la ejecución de un aval a la existencia de una resolución administrativa o judicial previa no responde a la práctica mercantil habitual en la que el deudor garantiza el cumplimiento de una obligación, generalmente de pago, mediante la prestación de garantía ejecutable en sí misma, sin necesidad de orden previa de pago por parte de alguna instancia superior.

A este respecto cabe señalar la reciente Resolución de esta Comisión de 2 de julio de 2009 sobre la modificación de las ofertas mayoristas en relación con el sistema



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de penalizaciones y de garantías de pago (MTZ 2008-120) que proscribe la realización por parte de los operadores alternativos de este tipo de prácticas. Así, *“con el fin de dotar a los avales de la eficacia necesaria, los operadores alternativos no podrán establecer condiciones de ejecutoriedad distintas a las recogidas en cada uno de los contratos. En concreto, cualquier medida adoptada de forma unilateral que limite la ejecución de las garantías recogidas en las Ofertas mayoristas no tendrá validez alguna y se tendrá por no puesta. Por ejemplo, no se deberá vincular la ejecución de la garantía a la existencia de un pronunciamiento previo judicial o administrativo (...).”*

Por ello, se considera que este requisito para ejecutar el aval no es conforme a los contratos suscritos ni, por consiguiente, se adecua al aval impuesto en la Resolución de 10 de septiembre de 2008.

(2) Por otro lado, DTI2 limita la ejecución del aval a deuda “formada por facturas o efectos cambiarios, en ambos casos aceptados por DTI2 y que concurriendo dicha aceptación y su vencimiento, no hubiese sido pagada de ninguna otra forma.”

Pues bien, analizados todos los contratos de acceso suscritos entre ambos operadores, se puede concluir que no existe una previsión acerca de la necesidad de que exista una aceptación expresa por parte de DTI2 de las facturas emitidas por Telefónica para poder ejecutar las garantías constituidas. Conforme a los acuerdos de acceso suscritos el pago de los servicios se realizará mes a mes fijándose un procedimiento para que los operadores alternativos muestren su disconformidad con la facturación conforme unos plazos y unas pautas previamente establecidas.

En este sentido, la precitada Resolución de 2 de julio de 2009 (MTZ 2008/120) establece que no se deberá vincular la ejecución de la garantía, en concreto, *“a la existencia de autorización previa por parte del operador alternativo.”*

En este sentido, el informe de audiencia excluía la aceptación como requisito de ejecución sin embargo se señalaba el derecho que asiste a los operadores alternativos de conformidad con el contenido de la OBA de mostrar su disconformidad con la facturación de acuerdo con hitos y en unos plazos determinados.

Telefónica, en su escrito de alegaciones de 22 de junio de 2009, muestra su disconformidad con esta medida puesto que considera que DTI2 de forma constante y habitual reclama todas y cada una de las facturas que le remite por la prestación de los servicios de acceso. Por su parte DTI2 considera que *“en la situación actual, las facturas OBA de Telefónica no pueden ser directamente ejecutivas”*.

Pues bien, es cierto que, tal y como se ha puesto de manifiesto y señala DTI2, la Oferta reconoce, como no podía ser de otra manera, el derecho del operador alternativo a mostrar su disconformidad con la facturación emitida por Telefónica de acuerdo con unas reglas y en un plazo determinado. Sin embargo, no ocurre como DTI2 afirma ya que señala que *“las facturas de Telefónica pueden presuponerse*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

correctas si pasado el plazo previsto en la OBA (apartado 5º) no han sido reclamadas por el cliente”, si no que las facturas se consideran correctas desde su emisión salvo que el operador ponga de manifiesto y pruebe su disconformidad con parte o la totalidad del importe.

Así que si el operador alternativo pone de manifiesto una discrepancia concreta en torno al importe de la factura, y no únicamente a aspectos formales de la misma que no incidirían en ningún caso en los importes facturados, se ejecutaría la garantía por la parte no discrepante. A este respecto, y en el caso concreto que nos ocupa, DTI2 no podrá alegar el pago de las facturas por el devengo de penalizaciones pendientes ya que este asunto se está ventilando ante la jurisdicción civil y no debería entorpecer la continuidad de la relación contractual entre ambos operadores hasta que no recaiga pronunciamiento expreso.

DTI2 no puede limitar, a través de la inclusión de cláusulas distintas a las aprobadas, la eficacia de la garantía. Así, en el caso de que Telefónica hubiera ejecutado el aval en base a facturas discutidas, incluso en sede judicial, y se demuestra la improcedencia de dicha ejecución, Telefónica deberá restituir los importes ejecutados para evitar un enriquecimiento injusto, es decir, los pagos se retrotraerán hasta el momento en que se ejecutó el aval.

En el marco de las garantías de pago de los servicios regulados, teniendo en cuenta la obligación de acceso que recae sobre Telefónica por la cual se encuentra obligado a proveerlo, es necesario primar la ejecución de las mismas para la consecución de un entorno de mínima seguridad comercial que fomente la inversión y la competencia efectiva.

(3) Telefónica alega que el aval constituido debe ser de carácter solidario y con exclusión expresa del beneficio de excusión.

Por definición, el fiador o garante se obliga a cumplir la obligación principal garantizada si el deudor no lo hiciese. Esto implica que el deudor garantizado tiene que incumplir su obligación de pago para que el fiador pueda ser compelido a pagar. Conforme al Código Civil, el fiador puede oponer dos excepciones:

- El beneficio de excusión, según el cual el fiador no queda obligado al pago sin que antes se hayan ejecutado todos los bienes del deudor (Art.1830 Código Civil).
- El beneficio de división que surge en el caso de pluralidad de fiadores, en cuyo supuesto la obligación garantizada se divide entre todos ellos y el acreedor sólo podrá reclamar a cada cofiador la parte que le corresponda.

En el informe de audiencia se señalaba que, de acuerdo con jurisprudencia del Tribunal Supremo, estos beneficios no operan en el ámbito mercantil. Entre otras se destacan las Sentencias de 14 de febrero de 1997 y de 15 de abril de 2005 del Alto tribunal en el que se explica esta exclusión dada *“la necesidad de otorgar carácter*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

solidario a las obligaciones derivadas de la contratación mercantil”, dada la necesidad de garantías firmes en las transacciones mercantiles y en beneficio de la seguridad jurídica.

A la vista de las alegaciones efectuadas por ambos operadores parece necesario puntualizar que la relación jurídica existente entre ellos, obviamente, se enmarca en el ámbito mercantil y es por ello que no aplican ninguno de estos beneficios siguiendo el criterio del Tribunal Supremo, tal y como se indicaba en el informe de audiencia.

Telefónica señala en su escrito de alegaciones de 22 de junio de 2009 que *“prefiere que dichos extremos se hagan constar expresamente en el aval que se constituya, tal y como se hace habitualmente en la práctica mercantil”*.

En el informe de audiencia se rechazaba esta solicitud de Telefónica relativa a la exclusión expresa del beneficio de excusión porque, por un lado, tal modificación expresa excede del objeto del presente procedimiento (analizar la adecuación del aval a los requisitos establecidos y no fijar criterios nuevos) y, por otro lado, porque no corresponde a esta Comisión, en el marco de la OBA, señalar qué requisitos deben existir en la relación entre el deudor, (es decir, el operador) y el garante (es decir, la entidad bancaria).

Sin perjuicio de esto, esta Comisión sí que puede poner de manifiesto las características que de acuerdo con la OBA, la normativa y la jurisprudencia existente al respecto cabe aplicar a las garantías a formalizar por el operador alternativo. Y entre estas características, según se acaba de analizar, se encuentra la exclusión del beneficio de excusión.

Por lo que respecta al carácter solidario del aval, DTI2 alega en su escrito de 29 de junio de 2009 que *“la prevención pedida por Telefónica no era precisa por tratarse de una relación mercantil (en la que la Jurisprudencia es clara acerca de su inclusión) y no haberse pactado lo contrario entre las partes.”*

Precisamente por tratarse de una relación mercantil hay que estar a los criterios jurisprudenciales definidos por el Tribunal Supremo. En este sentido, la citada sentencia de 15 de abril de 2005 del Alto Tribunal señala claramente que *“porque se trata de una fianza mercantil; en esta se ha mantenido que la obligación del fiador tiene carácter solidario, por lo que no goza del beneficio de excusión (artículo 1.831.2ª del Código Civil)”*

Así, en base al artículo 3.1 del Código Civil, el Tribunal Supremo (entre otras, sentencia de 20 de octubre de 1989, 14 de febrero de 1997, 15 de abril de 2005) señala que *“dada la necesidad de garantías firmes en las transacciones mercantiles y el auge que tiene la obligación solidaria en otros ámbitos jurídicos (por ejemplo, en materia de seguros, y de las obligaciones extracontractuales), precisamente en beneficio de la seguridad jurídica en la realidad social de nuestro tiempo caracterizada por la complejidad y multiplicadas de variantes en las relaciones*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

jurídicas, tanto dentro del comercio como fuera de el, («la nueva doctrina jurisprudencial de esta Sala, haya proclamado con base al artículo 3-1 del Código Civil, la necesidad de otorgar carácter solidario a las obligaciones derivadas de la contratación mercantil, y con ello añadir una especificidad más al derecho mercantil en relación a su tronco origen del derecho civil»).

Por ello, ambas partes deberán tomar en consideración estas previsiones en las garantías a constituir.

(5) Por último, Telefónica alega que el aval que se constituya deberá ser otorgada a primer requerimiento “de modo que, dicha entidad, queda obligada al pago efectivo en el plazo máximo de x días desde que sea requerida para ello, la cantidad que esta determine hasta el límite máximo garantizado sin que pueda invocar para no realizar dicho pago razón o pretexto alguno”.

Por su parte, en el aval presentado por DTI2 se establece que la entidad bancaria debe “efectuar el pago a Telefónica hasta las cantidades máximas garantizadas para cada uno de los contratos cuando recibieren notificación fehaciente a tal efecto acompañada de título que acredite la misma, una vez examinados los requisitos formales de la reclamación mediante transferencia bancaria”.

En primer lugar, cabe señalar que las normas de ejecución del aval constituido por DTI2 denotan cierta imprecisión que, en caso de no modificarse, conllevarían una gran inseguridad jurídica ya que no se especifica, por ejemplo, quien debe acreditar la deuda (el garantizado o el beneficiario del aval) o qué se debe notificar (la ejecución o la existencia de deuda) o a quién se le debe notificar (a la entidad garante o a la entidad garantizada), etc.

En segundo lugar cabe señalar que los citados contratos de acceso relativos a los servicios de acceso contienen normas de ejecución propias que deberán acatarse por ambos operadores al haberse suscrito voluntariamente estos compromisos.

DTI2 señala en su escrito de 22 de junio de 2009 que la garantía prestada no ha de ser a primer requerimiento y que se ha de ejecutar cuando se produzca un impago justificado por parte del operador. Pues bien, los operadores han de observar las normas de ejecución que se contienen en cada unos de los acuerdos y no establecer criterios más estrictos que lo ya establecidos.

De esta manera, en el **servicio completamente desagregado** y **servicio compartido** se establece que la ejecución queda supeditada a que Telefónica comunique al operador *“su intención de proceder a la ejecución del mismo en el plazo de 5 días, indicando la cuantía a ejecutar y la causa en la que se ampara para ello”.* No se pueden establecer a posteriori requisitos más gravosos que los ya recogidos en los contratos.

Por su parte, en el **contrato de ubicación** tal y como se ha señalado con anterioridad no se establece ningún requisito relativo a la ejecución de la garantía



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por lo que ambas partes podrán pactar las condiciones de ejecutoriedad aplicables, no obstante en caso de desacuerdo y en aras de coherencia normativa, podrán aplicar las mismas condiciones que las establecidas para el resto de los servicios.

Por último, en el **contrato de acceso indirecto** se establece que la ejecución queda supeditada a que Telefónica comunique al operador *“la intención de proceder a la ejecución de la garantía en el plazo de cinco días, indicando la cuantía a ejecutar y la causa en que se ampara para ello”*. Por ello, al igual que en el supuesto anterior, no se pueden establecer requisitos adicionales diferentes a los ya establecidos en los contratos.

Quinto.- Sobre la duración de la garantía.

DTI2 ha incluido en el aval que éste caducará el día 7 de noviembre de 2009 *“quedando nulo y sin efectos a partir de dicha fecha”*. Telefónica, sin embargo, se muestra disconforme con este límite temporal.

Cada uno de los diferentes contratos correspondientes a cada uno de los servicios de acceso contiene previsiones relativas a la duración de cada una de las garantías.

A. Servicio completamente desagregado y servicio compartido:

En estos dos contratos la vigencia dependerá si el aval se presta con anterioridad o posterioridad al comienzo de la prestación del servicio de acceso al bucle. En el caso de DTI2 es obvio que el servicio de acceso ya se está prestando por lo que nos fijaremos únicamente en este segundo supuesto. En ambos contratos se establece que para este supuesto la vigencia total de esta garantía será de 18 meses *“transcurrido el cual de forma consecutiva sin producirse demora alguna en el pago, desaparecerá la obligación de constituir la garantía produciéndose la cancelación del mismo. El referido plazo comenzará a computarse desde el momento en que se constituyó la garantía.”*

Por tanto, DTI2 deberá tomar en consideración esta previsión de cara a la modificación del aval.

B. Servicio de ubicación:

Tal y como se ha establecido anteriormente en el presente caso únicamente son de aplicación las normas del aval que tienen su origen en las cuotas mensuales del servicio (cláusula 16.3 del contrato).

En el contrato de ubicación no se realiza una previsión expresa acerca de la vigencia pero se establece que *“en los meses de enero de cada año de vigencia del contrato, la fianza será actualizada al importe de la mensualidad vigente en dicho año”*. Por ello, teniendo en cuenta el fin con el que se establece esta garantía (asegurar el pago de las cuotas mensuales del servicio) y que se establece una



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

renovación anual, cabe señalar que esta garantía tendrá carácter indefinido mientras perdure el contrato de ubicación.

Señala DTI2 en su escrito de alegaciones de 29 de junio de 2009 que el aval no puede tener una duración mayor a la del contrato ya que se trata de una cláusula accesoria al mismo. Sin embargo, tal y como consta, esta Comisión ha limitado la duración del aval únicamente a la duración del contrato con el fin de que mientras el operador alternativo se encuentre ubicado, exista una garantía de pago de este servicio.

Por tanto, DTI2 deberá tomar en consideración esta previsión de cara a la modificación del aval.

C. Servicio de Acceso Indirecto:

En este contrato se establece la obligación de Telefónica de devolución de las cantidades entregadas en concepto de garantía al operador alternativo *“transcurrido un mes desde la finalización del contrato, una vez comprobado el correcto cumplimiento de las obligaciones”* por parte del operador alternativo.

Por tanto, esta garantía tiene carácter indefinido mientras exista el contrato de servicio de acceso indirecto.

Sexto.- Sobre el cumplimiento de la Resolución de 10 de septiembre de 2008.

Vistos todas las consideraciones anteriores se declara que el aval constituido por DTI2 en noviembre de 2008 no se adecua, en términos generales, a la garantía establecida en los acuerdos de acceso y en la Resolución de 10 de septiembre de 2008.

En base a los intereses implicados se propone otorgar a DTI2 un plazo de 10 días para que formalice un aval conforme a los requisitos establecidos en los acuerdos de acceso suscritos y según los términos de la presente Resolución. En concreto, se deberán incluir las siguientes modificaciones:

	CUANTIA	EJECUCION	DURACION
ACCESO INDIRECTO	8.296,92 euros	Plazo de 5 días, indicando la cuantía y la causa.	indefinido
ACCESO DESAGREGADO Y COMPARTIDO	3.166,32 euros	(en caso de desacuerdo, condiciones idénticas)	18 meses
UBICACION	1.794,90 euros	Plazo de 5 días, indicando la cuantía y la causa.	indefinido



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica alega que la no adecuación del aval constituido a los requisitos exigidos en la citada Resolución de 10 de septiembre de 2008 supondría la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel por incumplimiento de la misma.

Sin perjuicio de que en la constitución de aval no se hayan observado todos los requisitos establecidos en los acuerdos de acceso suscritos, a juicio de esta Comisión, y en base a las actuaciones realizadas por ambos operadores – principalmente, la constitución de un aval por parte de DTI2 y su rechazo por parte de Telefónica - tomando en consideración el principio de proporcionalidad, no se aprecian indicios suficientes de incumplimiento de la citada Resolución de 10 de septiembre de 2008. Por todo ello se propone desestimar íntegramente esta alegación de Telefónica.

Asimismo, cabe rechazar la solicitud de desconexión y de resolución contractual efectuada por Telefónica al no haber quedado acreditado un incumplimiento de grave de las obligaciones contraídas en virtud de los acuerdos suscritos, en concreto, por la no constitución de las garantías de pago.

Telefónica, en su escrito de alegaciones de julio de 2009, pone de manifiesto el perjuicio que le causa el verse obligada a seguir proveyendo los servicios de acceso regulados sin tener asegurado su pago por medio de las garantías contractualmente previstas. Con el fin de mitigar los posibles perjuicios causados y disminuir la inseguridad en el cobro de los servicios solicita que esta Comisión le permita la suspensión de nuevos servicios de acceso hasta que las garantías correspondientes a los servicios afectados se formalicen.

A este respecto, DTI2 alega que la Resolución de 10 de septiembre de 2008 desestimó la solicitud de Telefónica relativa a la desconexión y resolución de los contratos de acceso por incumplimiento de las obligaciones de pago. Señala que Telefónica retiene en concepto de penalizaciones impagadas una cantidad mayor de la que procede garantizar.

Pues bien, es necesario señalar, previamente, que la existencia de deuda por parte de ambos operadores se está ventilando ante la jurisdicción civil por lo que no compete a esta Comisión realizar pronunciamiento alguno sobre la situación de morosidad de uno u otro. La Resolución de 10 de septiembre de 2008 desestimó la solicitud de Telefónica porque se encontraron indicios de incumplimiento recíproco no por la constatación de cumplimiento por parte de DTI2. Por ello, se declaró el derecho de Telefónica a la constitución de garantía por parte de DTI2 de conformidad con las normas establecidas en los distintos acuerdos.

En el marco del presente procedimiento se ha constatado la necesidad de que el operador alternativo con el fin de dar cumplimiento a la Resolución de 10 de septiembre de 2008 constituya las garantías de conformidad con las previsiones de la presente Resolución otorgándosele un plazo suficiente para la modificación de las garantías constituidas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por ello, y con el fin de asegurar el derecho que ostenta Telefónica de aseguramiento de pago declarado ya por la citada Resolución, ponderando los intereses implicados (seguridad jurídica y obligación de acceso), se considera razonable acordar que en el caso de que DTI2 no constituya la garantía en el plazo de 10 días otorgado de acuerdo con los estrictos términos de la presente Resolución, se autoriza a Telefónica a la resolución contractual de todos los acuerdos de acceso vigentes.

A juicio de esta Comisión, y sin perjuicio del resultado de la contienda civil suscitada entre ambos operadores, se ha de dotar al mercado regulado de medidas suficientes que garanticen el cobro de los servicios a cuya prestación se encuentra obligada Telefónica con el fin de crear un entorno que fomente la inversión y la competencia efectiva. Es necesario que, en este caso concreto, prevalezca el derecho de aseguramiento de pago que corresponde a Telefónica.

Asimismo, y de acuerdo con doctrina del Tribunal Supremo³, existe la voluntad de incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor, "*bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes sin precisar una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento*". Por lo que, de acuerdo con esta jurisprudencia, el incumplimiento por parte de DTI2 de su obligación de asegurar los servicios de acceso en cumplimiento con los términos contractuales de cada uno de los servicios y de la citada Resolución de 10 de septiembre de 2008 bastaría para legitimizar la resolución contractual por parte de Telefónica.

Por todo ello, si DTI2 no procediera a la constitución del aval, sin causa justificada en Derecho, Telefónica quedará autorizada a la desconexión de los servicios sujetos a aval hasta su efectivo cumplimiento. No obstante, con carácter previo, Telefónica deberá notificar a esta Comisión que va a proceder a dicha desconexión junto con las razones que la justifiquen. Todo ello, con el fin de que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones fije las condiciones de la misma para adoptar las medidas necesarias respecto de los posibles usuarios afectados por la medida.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Primero.- Declarar que la garantía constituida por DESARROLLO DE LA TECNOLOGÍA DE LAS COMUNICACIONES, S.C.A. no se adecua a los requisitos establecidos en la Resolución de 10 de septiembre de 2008.

³ Entre otras, Sentencias de 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985 y 23 de julio de 2002.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- Declarar que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. tiene derecho a la constitución de garantía por parte de DESARROLLO DE LA TECNOLOGÍA DE LAS COMUNICACIONES, S.C.A. de conformidad con las normas establecidas en la cláusula 5.3 de los acuerdos vigentes entre ambas, relativos al acceso desagregado compartido así como al acceso completamente desagregado. Asimismo, tiene derecho a la constitución de garantías por parte de DESARROLLO DE LA TECNOLOGÍA DE LAS COMUNICACIONES, S.C.A. de acuerdo con las normas establecidas en las cláusulas 13 y 16 de los acuerdos vigentes entre ambas, relativos al acceso indirecto y ubicación.

En concreto, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. tiene derecho a la constitución de las garantías con los requisitos y condiciones establecidas en la presente Resolución otorgándosele a DESARROLLO DE LA TECNOLOGÍA DE LAS COMUNICACIONES, S.C.A. un plazo de 10 días para su formalización.

Si transcurrido el plazo DESARROLLO DE LA TECNOLOGÍA DE LAS COMUNICACIONES, S.C.A. no formalizara las garantías conforme a los estrictos términos de la presente Resolución se autoriza a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. a la resolución contractual de todos los contratos de acceso vigentes. No obstante, con carácter previo, Telefónica deberá notificar a esta Comisión que va a proceder a dicha desconexión junto con las razones que la justifiquen.

Tercero.- Desestimar la solicitud de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. sobre la resolución de todos los acuerdos relativos a servicios de acceso al bucle vigentes con la entidad DESARROLLO DE LA TECNOLOGÍA DE LAS COMUNICACIONES, S.C.A. por no haberse acreditado fehacientemente la existencia de un grave incumplimiento por parte de ésta.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la 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.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.