



COMISION 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 42/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 28 de noviembre de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR “DESARROLLO DE LA TECNOLOGÍA DE LAS COMUNICACIONES S.C.A” CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2008 (RO 2007/272) RELATIVA AL CONFLICTO DE ACCESO PRESENTADO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones S.C.A (en adelante DTI2) contra la Resolución de 10 de septiembre de 2008 recaída en el expediente RO 2007/272, relativa al conflicto de acceso presentado por Telefónica de España SAU (en adelante TESAU) frente a DTI2 por el que solicita la autorización para la desconexión del acceso y la resolución de los acuerdos vigentes, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 42/08 del día de la fecha, la siguiente Resolución (AJ 2008/1759):

HECHOS

PRIMERO.- Conflicto de acceso planteado por TESAU frente a DTI2.

Con fecha 6 de marzo de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU, por el que venía a presentar conflicto de acceso frente a DTI2. En su escrito, TESAU exponía, básicamente, lo siguiente:

- Que, con carácter general, DTI2 estaba incumpliendo la obligación esencial de pago.

TESAU alegaba que DTI2 le adeudaba importantes cantidades en concepto de servicios de acceso al bucle de abonado, incumpliendo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

gravemente una de las obligaciones esenciales contenidas en los diferentes acuerdos de acceso al bucle vigentes entre ambas partes.

- *Que TESAU había requerido sistemáticamente el pago a DTI2 y que éste no se había producido, causándole un gran perjuicio económico.*

Para probar este hecho, TESAU adjuntó diversos requerimientos de pago realizados y alguna contestación de DTI2 en la que se limitaba a invocar supuestos defectos de facturación y a reclamar penalizaciones por supuestos retrasos. TESAU alegó que se podía deducir de estas contestaciones que DTI2 no tenía ninguna intención de pago.

- *Que TESAU tenía derecho a solicitar la constitución del aval y DTI2 la obligación de proceder a su constitución.*

TESAU alegó que, en octubre de 2006, DTI2 solicitó acogerse al marco de la OBA 2006 y que los contratos tipo contenidos en la OBA 2006 contemplaban expresamente la posibilidad de que TESAU solicitara un aval una vez abierto el acceso al bucle de abonado.

Sobre la base de todo ello, TESAU solicitó de esta Comisión que se autorizara, de manera urgente, la desconexión de DTI2 del acceso a la red de TESAU y la resolución de todos los acuerdos relativos a servicios de acceso al bucle vigentes entre ambas, declarándose a su vez la obligación de pago por parte de DTI2 de la cantidad que adeudaba a TESAU por dichos conceptos más los intereses de demora y que se ordenara la constitución del aval previsto contractualmente y/o a la constitución de un mecanismo de prepago para consumos futuros por idéntica cantidad.

Tras comunicarse el inicio del procedimiento a los interesados, con fecha 4 de abril de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica mediante el cual ponía de manifiesto que la deuda que DTI2 tenía contraída con aquélla había aumentado en 19.432,57 euros, resultando un total de 322.111,82 euros pendientes de pago por la prestación de los servicios contratados.

Después de presentar el día 5 de abril de 2007 un primer escrito anunciando las líneas generales de contestación, con fecha 10 de mayo de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de DTI2 en el que manifestaba lo siguiente:

- Que, con carácter general, TESAU incumplía sistemáticamente los Acuerdos de Nivel de Servicio ya que preveían penalizaciones automáticas que ésta no aplicaba. Asimismo, los contratos firmados entre ambas contenían un anexo de facturación que recogía la forma en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la que debía realizarse el proceso de facturación y cobro, incumpléndose todo ello por TESAU.

- Sobre la facturación, DTI2 puso de manifiesto numerosos errores en las facturas presentadas por TESAU. Así, según ella, se habían aportado numerosas facturas que habían sido abonadas con anterioridad a la fecha de interposición del conflicto, otras muchas se referían a servicios inexistentes, otras recogían servicios que aún no habían sido provisionados, otras estaban duplicadas, por lo que la cantidad reclamada por TESAU no era real.
- Sobre las penalizaciones, alegó que TESAU se abstenía, con carácter general, de aplicar las penalizaciones en las que incurría. Según los cálculos realizados por DTI2, TESAU le debía más en concepto de penalizaciones que lo que ella le adeudaba por provisión de servicios. Consideraba que era ella quien estaba financiando a TESAU y no al contrario, tal y como alegó en su escrito de interposición del conflicto.
- Sobre la deuda alegada por TESAU, DTI2 señaló que la misma no era líquida. El vencimiento de las facturas se produjo desde su emisión y no desde la prestación del servicio, así que, al no ajustarse las facturas a lo establecido en la OBA y habiéndose impugnado en su totalidad por parte de DTI2, éstas no podían ser líquidas ni tampoco vencidas.
- Respecto al derecho de solicitar aval invocado por TESAU, DTI2 indicó que la cláusula 5.3 de la OBA que regía este mecanismo establecía que le asistiría ese derecho cuando se constatase la existencia de impagos sin causa justificada en derecho o bien demoras en el pago de dos facturas emitidas por TESAU y *“para ello se considera constatada la existencia de impagos o demoras en el pago cuando se emiten facturas y se presentan a su cobro conforme a las normas establecidas en el presente Acuerdo”*.
- Según DTI2, esto último no ocurría ya que TESAU no emitía las facturas conforme a las normas establecidas en el contrato. El contrato fijaba una facturación agrupada que permitía identificar unitariamente los servicios y periodos, incluyendo las penalizaciones, con los métodos de cálculo empleados para realizar la compensación de las mismas. Por tanto, la falta de pago por parte de DTI2 no suponía un impago de los previstos para la constitución de avales.
- Que, respecto a la cuantía del aval pretendido por TESAU, DTI2 señaló que se tendría que establecer refiriéndola a la facturación de los últimos periodos. Por ello, resultaba necesario que TESAU facturase debidamente, puesto que podría darse el caso de que hubiera facturado mal a un operador que hubiese incurrido en las causas objetivas para la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

constitución de un aval y por ello la cuantía del mismo hubiese sido superior a lo debido. El operador se habría visto en una situación de indefensión al ser inidentificables los servicios que incluían las facturas.

Posteriormente, TESAU presentó dos escritos fechados los días 29 de mayo y 20 de junio de 2007 en los que se ponía de manifiesto el incremento de la deuda contraída por DTI2, ascendiendo en la segunda fecha al importe total de 334.339,73 Euros.

Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 17 de julio de 2007, se requirió a TESAU que informase a la Comisión sobre si había solicitado formalmente la constitución de un aval a DTI2 en virtud del derecho reconocido en los nuevos Acuerdos de Acceso al Bucle firmados con fecha 14 de marzo de 2007. Con fecha 21 de agosto de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU notificando que con fecha 10 de agosto de 2007 había procedido a requerir formalmente a DTI2 la constitución de garantías sin haber recibido contestación alguna.

Posteriormente, y mediante escritos de 25 septiembre de 2007 y 10 de julio de 2008 se comunicó a los interesados la apertura de sendos trámites de audiencia.

Con relación al segundo trámite de audiencia, con fecha 30 de julio de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de DTI2 por el que vino a presentar alegaciones. En el citado escrito, DTI2 alcanzó dos conclusiones diferentes: por un lado se mostró conforme respecto de la decisión de desestimar la solicitud de TESAU y, por otro lado, expresó su desacuerdo con la decisión de autorizar la constitución de aval a favor de TESAU al considerar que no se dan los requisitos necesarios para ello. Presentó, asimismo, un anexo en el que manifiesta los errores en los que, a juicio de DTI2, ha incurrido el informe de audiencia y una copia de un burofax reiterando a TESAU la solicitud de reunión para resolver discrepancias en facturación y demás asuntos pendientes.

Con fecha 1 de agosto de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU por el que vino a presentar alegaciones al último trámite de audiencia. En el citado escrito, TESAU se mostró contraria a la primera decisión alcanzada en el informe de audiencia sobre la desestimación de su solicitud de resolución de los acuerdos. Principalmente, alega que los supuestos errores en la facturación no pueden amparar un impago generalizado y sistemático del operador. Manifestaba que, en todo caso, se había procedido a emitir 8 nuevas facturas (una por cada servicio de acceso contratado) que anulaban las 5.317 facturas anteriores corrigiendo la cantidad reclamada en - 16.528,91 euros. Por último, respecto del aval, TESAU consideraba necesario que esta Comisión resolviera expresamente sobre el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

plazo para su constitución teniendo en cuenta que el requerimiento se había efectuado en agosto de 2007 y no se había constituido hasta la fecha.

SEGUNDO.- Resolución del conflicto de acceso entre TESAU y DTI2 mediante Resolución de 10 de septiembre de 2008.

Mediante Resolución de fecha 10 de septiembre de 2008 se resolvió el conflicto entre TESAU y DTI2, adoptando el Consejo de esta Comisión el siguiente acuerdo:

“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 desde la notificación de la presente Resolución. Asimismo, tiene derecho a la constitución de garantías por parte de DTI2 de acuerdo con las normas establecidas en las cláusulas 13 y 16 de los acuerdos vigentes entre ambas, relativos al acceso indirecto y ubicación.”

TERCERO.- Recurso de reposición interpuesto por DTI2.

El recurso interpuesto por DTI2 contra el Resuelve Segundo de la Resolución de 10 de septiembre de 2008 se fundamenta en los siguientes argumentos básicos:

- TESAU incurrió en graves incumplimientos, tanto en cuanto a la obligación principal de prestación de servicios de acceso al bucle de abonado como en las obligaciones accesorias de facturar correctamente los servicios y de proceder a la liquidación automática y al posterior pago de las penalizaciones debidas por incumplimiento del nivel de calidad acordado.
- DTI2 no ha impagado ni retrasado el pago de deuda alguna que pudiese existir a favor de TESAU por servicios de acceso al bucle y que tenga el carácter de líquida, vencida y exigible. En cuanto a las deudas que tenían ese carácter, éstas fueron pagadas puntualmente y, en especial, en virtud de acuerdo de compensación entre ambas compañías.
- En la actualidad DTI2 no adeuda cantidad alguna a TESAU, puesto que la cantidad efectivamente debida (cuando se proceda a una



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

regularización y liquidación definitivas) será inferior a la reclamada por TESAU, que ha sido objeto de compensación en su integridad.

- Aunque DTI2 entienda que no concurren los requisitos necesarios para constituir una garantía a favor de TESAU, mediante documento de 2 de noviembre de 2007 procedió al prepago de servicios por aproximadamente los tres años siguientes, constituyendo un derecho de retención a favor de TESAU por el resto del importe que la misma adeuda a DTI2, de modo que dicha compañía dispone de una garantía a favor que supera cualquier previsión razonable de uso de los servicios de DTI2.
- El apartado segundo del Resuelve de la Resolución de 10 de septiembre de 2008 incurre en nulidad por motivación inadecuada o, a juicio de DTI2, errónea, además de contravenir el ordenamiento jurídico, y, concretamente, por infringir las disposiciones reguladoras de la OBA y el acuerdo entre ambos operadores, lesionando no sólo el interés de DTI2 sino también el interés público.
- En caso de que esta Comisión estimase necesaria la constitución de la garantía, se fije su cuantía tomando como referencia las cantidades totales facturadas por TESAU en los últimos tres meses si bien en el importe sobre el que DTI2 no haya expresado desacuerdo. Y, en cuanto a los requisitos de ejecución del aval, TESAU sólo debería ejecutar dicha garantía para el cobro de cantidades líquidas, esto es, sobre las que DTI2 no hubiese indicado discrepancia así como sobre aquellas sumas que una resolución administrativa o judicial hubiera declarada adeudadas por DTI2 a TESAU. La no inclusión de estas condiciones en la resolución recurrida podría ser tachada de incongruencia omisiva.

Al amparo de lo anterior, DTI2 solicita en su recurso:

- Que se declare la nulidad del Resuelve Segundo de la Resolución de 10 de septiembre de 2008 (RO 2007/272), señalando que no procede imponer a DTI2 la obligación de constituir garantía alguna a favor de TESAU.
- Que, subsidiariamente, y en el supuesto de que se considerase necesario el otorgamiento de fianza, se incorporen al texto de la misma las precisiones incluidas por DTI2 en su recurso y que se han indicado anteriormente.
- Que, en todo caso, se mantenga el contenido del Resuelve Primero de la Resolución de 10 de septiembre de 2008.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO.- Alegaciones efectuadas por TESAU.

En fecha 19 de noviembre de 2008 tuvo entrada en el registro general de esta Comisión escrito de alegaciones de TESAU de fecha 14 de noviembre de 2008 con relación al recurso de reposición interpuesto por DTI2.

Los principales argumentos contenidos en dicho escrito de alegaciones son fundamentalmente los siguientes:

- DTI2 no fundamenta su recurso en ninguna de las causas de nulidad o anulabilidad previstas en los artículos 62 y 63 LRJPAC, según lo ordenado en el artículo 107.1 LRJPAC.
- TESAU tiene derecho a exigir a DTI2 la constitución de aval, de acuerdo con lo previsto en la cláusula 5.3 de los acuerdos vigentes entre ambos operadores, al concurrir todos y cada uno de los requisitos para su exigencia y, especialmente, una situación generalizada de impago.
- No concurre ninguna de las presuntas causas de nulidad alegadas por DTI2, al estar la resolución recurrida correctamente motivada ni concurrir en ella ningún tipo de incongruencia.
- La incorporación del expediente MTZ 2008/120 a este procedimiento resulta improcedente, tanto en la forma como en el fondo, ya que si lo pretendido por DTI2 era solicitar prueba, la misma resultaba extemporánea e improcedente por innecesaria y ajena al objeto del conflicto, vulnerando su admisión los artículos 80 y 81 de la Ley 30/1992.

QUINTO.- Escrito de alegaciones DTI2.

El día 19 de noviembre de 2008 entró en el registro general de esta Comisión escrito de DTI2 fechado el 13 de noviembre, en el que dicho operador declara que, no obstante haber recurrido en reposición el Resuelve Segundo de la Resolución de 10 de septiembre de 2008, tiene intención de cumplirlo. Por ello, y como **Documento Número Cuatro**, DTI2 presenta copia de aval otorgado por la entidad CajaMar en fecha 7 de noviembre de 2008, acompañando como **Documento Número Cinco** la comunicación de dicho aval a TESAU.

El citado escrito original se ha incorporado al expediente RO 2008/1965 sobre verificación del cumplimiento de la Resolución de 10 de septiembre de 2008 (RO 2007/272).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- ADMISIÓN A TRÁMITE Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO

La Resolución de esta Comisión de fecha 10 de septiembre de 2008 pone fin a la vía administrativa por lo que es recurrible en reposición, tal y como dispone el artículo 116 de la LRJPAC.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, fundamentando sus solicitudes sobre la base de los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, tal y como exige el artículo 107 de la propia LRJPAC.

Por todo ello, esta Comisión considera que el recurso ha sido interpuesto cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la citada Ley.

Teniendo en cuenta lo anterior, se admite a trámite el recurso de reposición presentado contra la Resolución de esta Comisión de fecha 10 de septiembre de 2008.

SEGUNDO.- COMPETENCIA Y PLAZO PARA RESOLVER

La competencia para resolver el presente procedimiento corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

Asimismo, el presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, tal y como dispone el artículo 117.2 de la LRJPAC.

II.- **FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES**

PRIMERO.- LA CONSTITUCIÓN DE FIANZAS EN GARANTÍA DEL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES.

El objeto del presente recurso se circunscribe específicamente al contenido del Resuelve Segundo de la Resolución de 10 de septiembre de 2008 (RO 2008/272) y, por tanto, a la procedencia o no de la constitución de aval a favor de TESAU por parte de la entidad recurrente DTI2. Tal y como indicó esta



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comisión en la página 24 de la Resolución recurrida, la solicitud de aval debe ser analizada de forma independiente y específica del resto de cuestiones que en su día resultaron recurridas.

La figura del aval o fianza viene definida por el artículo 1822 del Código Civil (en adelante, CC) en los siguientes términos:

“Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste.”

En el artículo 1825 del mismo texto legal se prevé la posibilidad de afianzar deudas futuras:

“Puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no podrá reclamarse contra el fiador hasta que la deuda sea líquida”.

El artículo 1827 señala que la fianza nunca se presume sino que debe ser expresamente constituida.

Sobre el concepto de fianza se ha pronunciado el Tribunal Supremo en distintas sentencias, entre otras, en las SSTS de 2 de abril y 2 octubre de 1990 (RJ 1990\2687 y RJ 1990\7464), de 17 de noviembre de 1998 (RJ 1998\8747), de 2 de marzo y de 30 de octubre de 2006 (RJ 2006\5770 y RJ 2006\8904).

En el Fundamento Tercero de la STS de 2 de octubre de 1990 ya se decía que:

“Conviene recordar que el contrato de fianza es definido por el C. Civil, como aquél por virtud del cual «se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste», aclarándose seguidamente que «el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Si se hubiera obligado a más, se reduciría su obligación a los límites de la del deudor» “

En el Fundamento Cuarto de la STS de 2 de marzo de 2006 se caracteriza estos contratos como:

“consensuales, accesorios y subsidiarios que son, requieren para que puedan producir efectos jurídicos, la constancia de una manifestación de voluntad expresa, por parte del fiador (Sentencia de 18 de noviembre de 1963 [RJ 1963, 4834]), la preexistencia de la obligación principal, cuyo cumplimiento garantiza (Sentencia de 25 de febrero de 1958 [RJ 1958, 1043]) y la circunstancia de que el fiador no se haya obligado a más que el deudor principal, en la cantidad o en lo oneroso de los deberes por él asumidos (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1977 [RJ 1977, 128]).”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Acerca del afianzamiento de deudas futuras, las SSTs de 13 de octubre de 2005 (RJ 2005\7340) y de 28 de febrero de 2006 (RJ 2006\724) lo confirman. En el Fundamento Primero de la segunda sentencia citada se dice que:

“La interpretación del término «obligaciones futuras» que emplea el art. 1825 del Código Civil ha sido controvertida por la doctrina si bien puede afirmarse como mayoritaria la de quienes entienden que dentro del concepto de obligación futura han de integrarse todas aquellas que en el momento de la constitución de la garantía no hayan nacido, independientemente de que su proceso de formación esté iniciado, pendiente de ulteriores integraciones que la completen o sin que tal proceso se haya iniciado todavía, quedando vinculado a un hecho futuro.”

Tratándose en este caso concreto de conflicto entre TESAU y DTI2, de un afianzamiento de relaciones comerciales entre sociedades mercantiles, también resultan de aplicación en este caso las disposiciones del Código de Comercio (en adelante CCOM) sobre fianza o aval, de acuerdo con lo previsto en el artículo 439 CCOM.

La jurisprudencia ha destacado dos especificidades de la fianza mercantil con relación a la civil: de un lado, la necesidad de *constancia escrita* para su existencia con base al tenor literal del art. 440 CCOM (bajo pena de nulidad); y de otro, la *responsabilidad solidaria implícita* o presunta del avalista junto con el avalado (esto es, sin necesidad de que la solidaridad sea acordada expresamente en el aval).

La primera característica (escritura) ha sido indicada por el Tribunal Supremo entre, otras, en las SSTs de 17 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9002), de 30 de enero de 1990 (RJ 1990\102) y de 14 de noviembre de 1988 (RJ 1988\9037). En el Fundamento Segundo de la STS de 17 de diciembre de 1996 se señala que:

“así como la fianza civil no necesita formalidad alguna, la regulada para los actos de comercio, por razones de la seguridad de las operaciones de esta índole, requiere la detallada en el artículo 440 citado, la cual constituye requisito «sine qua non» para su existencia.”

Con relación a la segunda característica, ésta viene reconocida entre otras, por las SSTs de 26 de mayo de 2004 (RJ 2004\4261) y de 15 de abril de 2005 (RJ 2005\3242). En el Fundamento Segundo de la segunda sentencia citada se dice que:

“el fiador mercantil carece de los beneficios de excusión y de división de que goza el fiador civil.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Una vez examinada la finalidad y características de la fianza o aval en las obligaciones y contratos, así como las particularidades de la misma en las operaciones mercantiles, conviene examinar las disposiciones relativas a su constitución con relación a las obligaciones derivadas de la OBA.

SEGUNDO.- LA CONSTITUCIÓN DE FIANZAS EN GARANTÍA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE PAGO DERIVADAS DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO (OBA).

En materia de acceso e interconexión, para que sea obligatoria la constitución de fianzas o avales, es necesario que, o bien ello haya sido previsto por los operadores en el correspondiente acuerdo de interconexión (AGI) de conformidad con el modelo de oferta mayorista aprobado por esta Comisión, o bien, que esta Comisión, mediante resolución, haya acordado expresamente la modificación del AGI y la necesidad de incluir en el mismo una cláusula en este sentido.

Así se dice, por ejemplo, en el Fundamento Cuarto de nuestra anterior Resolución de 20 de mayo de 2004 (RO 2003\1761, página 10):

*“De acuerdo tanto con la normativa sectorial como con el Derecho contractual, para que T. pueda compeler a J. a la constitución de un aval, es necesario, o **bien una previsión en este sentido en el AGI vigente** entre ambas entidades, o bien que **se produzca una modificación del AGI por esta Comisión** de forma que se incluya la citada previsión.”*

Y en la página 11 de esta misma Resolución de 20 de mayo de 2004 se añade que:

*“La exigencia de constitución de un medio de garantía ha sido acordada por esta Comisión en ocasiones en las que una de las partes de un Acuerdo de Interconexión se encontraba en una situación de dificultad económica acreditada que **hacía peligrar objetivamente el pago de los servicios de interconexión** que venían siéndole prestados por el operador dominante.”*

En el mismo sentido que el párrafo transcrito se pronuncian las Resoluciones de esta Comisión de fechas 21 de noviembre de 2002 (RO 2002\7245) y de 5 de junio de 2003 (RO 2002\7845). En la página 28 de la Resolución de 21 de noviembre se impone la obligación de constituir fianza por concurrir “*indicios de mayor riesgo de impago en la contratación*”. Y en la página 18 de la Resolución de 5 de junio de 2003 se hace referencia a una situación de “*suspensión de pagos*”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La obligación de constituir garantías específicas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de pago de la OBA por parte de los operadores receptores de estos servicios se introdujo en la OBA 2006, mediante Resolución de 14 de septiembre de 2006 (MTZ 2005\1054). La incorporación a la OBA de estas garantías, antes introducidas en la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR) se razona en la página 207 de la propia Resolución:

“En efecto, si bien en un principio se rechazó (Resolución de 25 de mayo de 2000) la incorporación de dichos mecanismos en la OIR de TESAU, posteriormente, dado el incremento del número de operadores en el mercado, el aumento del número de posibles servicios a prestar y las distintas ofertas de precios y servicios, se consideró razonable (Resolución de 9 de agosto de 2001) la incorporación de garantías que aseguraran el pago de los servicios prestados por TESAU -sin exclusión de servicios en los que no se pudieran exigir dichos mecanismos- en los supuestos en los que los operadores no pudieran hacer frente a todas las inversiones y obligaciones que éstos hubieran asumido, habiéndose introducido en la última modificación de la OIR aprobada (Resolución de 23 de noviembre de 2005) algunas modificaciones relativas a las nuevas condiciones para la exigencia de las garantías, a la definición de la cuantía económica de las mismas, así como al procedimiento de revisión de la cuantía.

Aquellas circunstancias que motivaron la incorporación de los mecanismos de aseguramiento de pago son las que, al concurrir también en la prestación de los servicios de acceso al bucle de abonado, aconsejan, salvando las peculiaridades propias de cada servicio, la introducción de un sistema homogéneo de garantías que rija tanto en la prestación de servicios de interconexión como de acceso.”

Se concluye en la misma Resolución que:

“De lo expuesto por TESAU se infería la necesidad de incorporar una cláusula de afianzamiento en los contratos tipo de acceso completamente desagregado y acceso compartido, con el fin de garantizar el pago de las cantidades que se pudieran adeudar como consecuencia del cumplimiento del contrato. Con ello se aseguraba un adecuado equilibrio entre las obligaciones derivadas de los correspondientes contratos y su suficiente garantía.”

En efecto, si, como señala, entre otras, la S AN de 27 de enero de 2006 (JUR 2006\123572), las ofertas mayoristas, como la OBA o la OIR, constituyen ofertas unilaterales vinculantes para el operador dominante, las cuales, una vez aceptadas por los operadores alternativos destinatarios, obligan a la prestación de todos los servicios en ellas contenidos en sus estrictos términos, las fianzas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

o avales a prestar por dichos operadores alternativos constituirían la contrapartida de esa obligación.

TERCERO.- SOBRE EL CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN DE CONSTITUCIÓN DE FIANZA EN LA OBA 2006 Y EN EL ACUERDO DE ACCESO ENTRE TESAU Y DTI2.

El contenido de la obligación de constitución de fianza y el alcance de la misma vienen regulados, como se recuerda en la página 24 de la Resolución recurrida, en la cláusula 5.3 de los acuerdos vigentes entre TESAU y DTI2, relativos al acceso desagregado compartido así como al acceso completamente desagregado. Contenido que coincide con el de la cláusula 5.3 de la OBA 2006, en la versión aprobada mediante Resolución de esta Comisión de fecha 14 de septiembre de 2007 (MTZ 2005/1054).

Ambas partes han aceptado y admitido expresamente este extremo en el procedimiento RO 2007/272, tal y como se desprende de los escritos y documentación anexa presentados en el mismo. Así consta, por parte de TESAU, en la página 12 y en el Grupo Documental 2 de su escrito inicial de fecha 1 de marzo de 2007. Y, con referencia a DTI2, se deduce tanto del contenido del Documento 1 aportado por la operadora en su escrito de oposición (consistente en un fax de fecha 9 de octubre de 2006 de aceptación expresa de la OBA 2006 por DTI2 e invitación a TESAU a la firma del acuerdo general del bucle 2006) como en los contratos tipo firmados por ambas partes de fecha 14 de marzo de 2007 y acompañados en el escrito de DTI2 de 2 de noviembre de 2007.

De acuerdo con el contenido de la cláusula aplicable del contrato tipo aceptado por ambos operadores, podrá exigirse por parte de TESAU a DTI2 la constitución de garantía cuando:

“se constate la existencia de impagos sin causa justificada en derecho o demoras en el pago de dos facturas emitidas por TESAU relativas a servicios de acceso prestados en el marco del presente contrato o a servicios distintos al de acceso y siempre que la deuda continúe vigente. Para ello se considerará constatada la existencia de impagos o demoras en el pago cuando se emitan las facturas y se presenten a su cobro conforme a las normas establecidas en el presente Acuerdo.”

Como se desprende del contenido de esta cláusula, para que nazca obligación de constitución de fianza no es necesario el impago injustificado sino que basta la demora, ya sea justificada o injustificada, en el pago de facturas al operador prestador del servicio de acceso. Y con relación a la facturación irregular o defectuosa, en la página 23 de la Resolución de 10 de septiembre de 2008 (y dentro del Fundamento Quinto no impugnado) ya se decía que aquélla no es causa suficiente del impago de servicios:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“Esta Comisión ya se ha manifestado a lo largo de la presente Resolución sobre el hecho de que **una facturación defectuosa de los servicios no puede justificar un impago de los servicios contratados**. En concreto, los errores formales de las facturas no pueden escudar un impago, tal y como alega Telefónica.”*

Y en este caso, como se decía en la página 25 de la Resolución impugnada, y como se expone y se acredita en el Fundamento Quinto de dicha Resolución (véase página 18 de la Resolución de 10 de septiembre), puede afirmarse que existen cantidades impagadas por parte de DTI2 por prestación de servicios de TESAU y que dicha entidad no había procedido, en la fecha de dictarse la resolución impugnada, ni siquiera al pago parcial de las mismas en los importes no controvertidos.

Del examen de la documentación del expediente RO 2007/272 se desprende la existencia efectiva de la deuda por el suministro de servicios OBA. Deben destacarse especialmente las manifestaciones vertidas por DTI2 en el Documento número 74 del Anexo 4 (Documentos acreditativos) de su escrito de oposición. Se trata de un escrito de DTI2 a TESAU de 30 de agosto de 2004, en el que la entidad recurrente reconoce, pese a la concurrencia de irregularidades de facturación, la realidad de la prestación de servicios y que el importe de los mismos se adeuda a TESAU, en los siguientes términos:

*“No obstante, DTI2 **no pretende discutir en ningún momento el pago de las facturas, cuyo importe será abonado por DTI2 a TESAU**, ya que entiende que, aunque sus facturas no están correctas en absoluto en la forma y contienen diversos errores en importes y contenido, esto no significa que no hayan de pagarse nunca los servicios, toda vez que, aunque con un nivel de calidad objetivo bastante bajo con arreglo a lo establecido en su OBA, **estos servicios, en su mayor parte, han sido prestados por ustedes.**”*

No obstante, y como se desprende del requerimiento de TESAU a DTI2 de 10 de agosto de 2007 que se encuentra también en el propio expediente administrativo, desde esa fecha en que se le solicitó por última vez a DTI2 la constitución de garantía, no consta ni el abono efectivo de los servicios prestados ni que se haya otorgado garantía alguna de pago. Por todo ello, se estima necesaria la constitución por parte de DTI2 de una fianza a favor de TESAU.

Por último, y sobre la exigencia por parte de la entidad recurrente a esta Comisión de la cuantificación exacta del importe de la deuda, debemos recordar el contenido del Fundamento Primero de nuestra Resolución anterior de 12 de junio de 2008 (AJ 2007/1380), en la que se señala que este cometido



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

podría hallarse fuera de las competencias contenidas en los artículos 11.4 de la Ley 32/2003 y en el artículo 23.3.b) del Real Decreto 2296/2004:

“Por lo tanto, la conexión entre ambos asuntos exigía tener en cuenta el pronunciamiento acerca del montante de las deudas cruzadas entre ambos operadores con el fin de asegurar la coherencia entre ambas resoluciones. No obstante, las dos partes han decidido reservar el conocimiento del asunto a los tribunales ordinarios, al tratarse de cuestiones propias de una relación de servicios privada y por lo tanto en la que podría ser insuficiente la habilitación contenida en el artículo 11.4 de la LGTel y en el artículo 23.3.b) del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración¹ a favor de esta Comisión.”

En este sentido debe recordarse el contenido del Fundamento Segundo de la SAN de 27 de diciembre de 2005 (JUR 2006\121144), donde, con relación a un conflicto de interconexión, se decía que:

*“De los hechos expuestos y de la propia argumentación jurídica de las partes, que invocan preceptos de derecho privado, se constata que la cuestión suscitada no afecta a los principios citados sino a las relaciones “inter privados” que suscribieron los acuerdos. En este sentido es adecuado puntualizar que **sólo en aquellos aspectos de dichos acuerdos que afecten a principios de trascendencia jurídico pública puede intervenir el Organismo regulador, quedando fuera de su ámbito las cuestiones jurídico privadas que sean ajenas a tales principios**. Por tanto, si bien a priori no se puede descartar la competencia de la Comisión para conocer de los conflictos relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión y de sus anexos, el Organismo Regulador no puede extenderse en el ejercicio de esta competencia a discernir cuestiones jurídico privadas las cuales quedan incorporadas a los acuerdos de interconexión por voluntad de las partes y que sean ajenas a los intereses público implicados. La Administración debió limitarse a señalar si existía o no discriminación y si existía debía precisar los motivos para anular.”*

Por otro lado, el objeto del procedimiento RO 2007/272 (definido en el Fundamento de Derecho Segundo de la Resolución recurrida, pág. 10) consistía en:

“dilucidar el conflicto de acceso planteado por Telefónica contra DTI2 por el supuesto incumplimiento y/o retraso por parte de esta última de las obligaciones de pago que tiene contraídas por la prestación de distintos servicios en el marco de la OBA”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para ello, la Resolución debía pronunciarse sobre:

“la posibilidad de autorizar la resolución de los acuerdos de acceso suscritos y vigentes entre ambos, así como el análisis de la solicitud de aval realizada por Telefónica. Por tanto, habrá de resolver sobre la estimación o denegación de la solicitud de Telefónica. “

Por tanto, el objetivo del procedimiento de resolución del conflicto consistía no en la concreción de las cantidades adeudadas, ni tan siquiera la determinación del importe total de las mismas sino en la acreditación de la existencia de cantidades pendientes de pago y en la procedencia o no de autorizar la desconexión de DTI2 del acceso a la red de TESAU y, en su caso, la constitución del aval.

Considerando todo lo anterior puede concluirse que, de la documentación obrante en el expediente, se desprende:

- La prestación efectiva de servicios por parte del TESAU a DTI2.
- El impago de servicios por parte de DTI2.

Y con respecto al resto de cuestiones reproducidas de nuevo por la recurrente en las páginas 2 y 3 de su recurso, éstas ya fueron debatidas en el Fundamento Quinto con relación al Resuelve Primero de la Resolución de 10 de septiembre de 2008. Así, se trataron:

- La excepción por incumplimiento contractual de TESAU (exceptio non adimplenti contractus o excepción por contrato no cumplido), objeto de análisis en las páginas 18 a 24 de la resolución recurrida.
- La existencia y forma de aplicación de un posible acuerdo de compensación voluntaria entre TESAU y DTI2, analizada expresamente en la página 18 de la Resolución de 10 de septiembre de 2008.
- El incumplimiento por TESAU de la provisión o suministro de los servicios con relación a la entidad recurrente, estudiada en las páginas 19 y 20 de la resolución impugnada.
- El incumplimiento por TESAU de liquidar y hacer efectivas las penalizaciones acordadas, abordado en las páginas 20 y 21 de la Resolución de 10 de septiembre de 2008.
- Y el incumplimiento de las obligaciones de facturación por parte de TESAU, tratado exhaustivamente en las páginas 21 a 23 de la Resolución objeto de recurso.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Y concretamente, respecto a la cuestión de la compensación, reiterada por la recurrente en la página 4 del recurso mediante referencia a un escrito anterior de 2 de noviembre de 2007, en los párrafos tres a cinco de la mencionada página 18 de la Resolución objeto de recurso ya señalamos que:

*“Pues bien, la compensación de deudas es un modo de extinción de obligaciones pecuniarias o de deudas. Existe la compensación legal o automática que aparece regulada en los artículos 1195 a 1202 del Código Civil. Para que esta compensación se pueda efectuar tienen que concurrir los requisitos previstos en el artículo 1196 de dicha norma. En virtud de lo dispuesto en este artículo para que la compensación pueda tener lugar es preciso que las deudas estén vencidas, sean líquidas y exigibles. En el presente caso **no cabe la aplicación de esta compensación automática puesto que las discrepancias surgidas en torno a las cantidades pendientes han provocado la iliquidez en dichas cantidades.***

Se podrían omitir estos requisitos legales cuando se trate de una compensación voluntaria entre las partes. DTI2 alega que existe un pacto de compensación entre ambos operadores que le permitiría omitir estos requisitos. De lo alegado por Telefónica no parece deducirse la existencia de tal pacto sino todo lo contrario ya que, tras el escrito de fecha 2 de noviembre de 2007 (por el que propone la compensación de deudas, incluso, ad futurum), denuncia ante esta Comisión la falta de intención de pago de DTI2 y, en todo caso, no consta a esta Comisión la realización de pago alguno.

*Desde otro punto de vista, respecto a la acreditación de la existencia de impagos el hecho de que DTI2 haya ofrecido la compensación de cantidades en fecha noviembre de 2007 a Telefónica **implica, necesariamente,** la existencia de dos deudas con signo contrario, en consecuencia, **la existencia de cantidades no pagadas por servicios de acceso por DTI2.**”*

CUARTO.- SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA-

En las páginas 5 a 9 de su recurso, DTI2 señala que la Resolución recurrida carecería de la adecuada motivación por incurrir en un “manifiesto error” como consecuencia de una presunta interpretación “errónea” de la documentación obrante en el expediente. Según la recurrente, de los documentos existentes en el procedimiento RO 2007/272 se desprendería la existencia de un presunto pago por compensación de deudas entre ambos operadores y una serie de incumplimientos por parte de TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En primer lugar, y respecto a los requisitos de motivación de los actos y resoluciones administrativos, debe recordarse que el artículo 54.1 LRJPAC señala que la motivación requerirá una “*sucinta* referencia de hechos y fundamentos de derecho”. El carácter “sucinto” de la motivación administrativa ha sido ratificado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias. Entre otras podemos citar, y respecto a resoluciones emanadas de esta propia Comisión, las SSTs de 9 de marzo de 2006 (RJ 2006\1004) y de de 20 de enero de 2005 (RJ 2005\4).

En el Fundamento Tercero de la STS de 9 de marzo de 2006 se dice textualmente que:

“(...) puede señalarse que el acto de requerimiento, tal cual señala la sentencia de instancia, tiene la motivación suficiente, con referencia a hechos -publicación de la noticia del concurso en la prensa-, y fundamentos de derecho -relación de potestades que determinan el requerimiento-, lo que unido a desarrollarse el trámite dentro de un determinado procedimiento informativo con un objeto concreto, hay que considerar cumplido el requisito del artículo 54 mencionado, que solo exige sucinta «referencia a hechos y fundamentos de derecho»

En el mismo sentido se pronuncia el Fundamento Segundo de la STS de 20 de enero de 2005, también relativa a un Resolución dictada por esta Comisión, añadiendo que la motivación, aun siendo parca o sucinta, debe permitir “*colegir la lógica de la decisión adoptada*”.

En este caso, es indudable la existencia de una motivación en la Resolución recurrida sobre los extremos específicamente señalados por la entidad impugnante, esto es, tanto sobre la existencia de deuda de DTI2 por servicios prestados e inexistencia de posible compensación de la misma, como acerca de la existencia y entidad de los incumplimientos de TESAU. Precisamente, estas circunstancias fueron especialmente analizadas, como hemos indicado anteriormente, en el Fundamento jurídico Quinto de la Resolución de 10 de septiembre de 2008. Un fundamento jurídico vinculado directamente al Resuelve Primero de esta Resolución que no ha sido impugnado por la recurrente. Concretamente en la página 18 de la Resolución de 10 de septiembre de 2008 se aborda la cuestión de la deuda y su imposible compensación y en las páginas 18 a 24 se analizan pormenorizadamente los incumplimientos de TESAU alegados en su día por la entidad impugnante.

Por tanto, la motivación ha existido. Otra cosa muy distinta es que la recurrente esté o no de acuerdo con el contenido de la misma, aunque dicha motivación exista, como señala el Fundamento Primero de la STS de 30 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8343), referida a otra Resolución dictada por esta Comisión,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“(...) podrá compartirse o no la motivación de la resolución impugnada, pero no resulta posible negar la evidencia de su existencia (..)”.

QUINTO.- SOBRE LA OBSERVANCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO POR LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA.

En la página 9 del recurso DTI2 alega la concurrencia de una presunta nulidad por “*contravenir el ordenamiento jurídico*”, basada en que:

“al no haber existido hechos que conforme al marco regulatorio aplicable, sean causa habilitante para la exigencia de garantía, no puede la Comisión ordenar a DTI2 la constitución de la misma.”

Con relación a las causas de nulidad y anulabilidad de los actos y resoluciones administrativas, y dada la gravedad de las mismas, los Tribunales han requerido que no solamente sea debidamente razonada su concurrencia sino también oportunamente acreditada. Entre otras, cabe destacar la STS de 18 de diciembre de 1991 (RJ 1991\9455, Fundamento 2º) así como la S AN de 21 de abril de 1999 (RJCA 1999\2624, Fundamento 4º). En el Fundamento de Derecho Segundo de la STS de 18 de diciembre de 1991 se dice claramente que:

“La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha venido reiteradamente manteniendo que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación y cautela la teoría jurídica de las nulidades y anulabilidades (...)”

La infracción del ordenamiento jurídico está prevista como causa de anulabilidad en el apartado 1 del artículo 63 LRJPAC, si bien en este caso, la entidad recurrente efectúa una mención genérica y sin citar precepto concreto alguno. El Tribunal Supremo, y en aquellos recursos en los que la mención a la infracción del ordenamiento constituye un requisito necesario, ha venido exigiendo del recurrente la concreción de la disposición infringida. Entre otras, pueden mencionarse las SSTS de 15 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8571) y de 5 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10088).

No obstante y aun admitiendo a trámite la alegación genérica sobre una presunta infracción del ordenamiento jurídico, dicha alegación no podría ser estimada, por no concurrir en este caso vulneración alguna. En efecto, analizando el expediente del que trae causa la Resolución impugnada, se observa que se ha cumplido con el contenido de los artículos 13.1.a) de la Ley 32/2003 y 7 del Real Decreto 2296/2004 sobre ofertas de referencia (aquí concretamente, la OBA), puesto que mediante la Resolución de 10 de septiembre de 2008 se está aplicando lo previsto expresamente en la cláusula 5.3 de la OBA 2006 en materia de constitución de fianzas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Y en cuanto a la tramitación del procedimiento que ha dado lugar a la resolución recurrida, en la misma no se ha omitido ningún trámite. Es más, a la vista de la documentación y alegaciones presentadas por las partes en la primera audiencia, se acordó conceder a las mismas un segundo trámite de audiencia para favorecer e incluso incrementar las posibilidades de contradicción.

SEXTO.- SOBRE LA SOLICITUD SUBSIDIARIA EFECTUADA POR LA ENTIDAD RECURRENTE RELATIVA AL IMPORTE Y REQUISITOS DE EJECUCIÓN DE LA FIANZA.

Subsidiariamente a la solicitud de nulidad de la Resolución impugnada por los motivos analizados en los Fundamentos anteriores y no acogidos favorablemente, DTI manifiesta en las páginas 9 a 12 del recurso que, en caso de acordar procedente la constitución del aval o fianza, se declare expresamente determinadas circunstancias relativas a su cuantía y a los requisitos necesarios para su ejecución.

En cuanto al importe de la fianza, la entidad impugnante solicita que se tome como referencia las cantidades totales facturadas por TESAU en los últimos meses y que no hayan sido objeto de discrepancia u oposición por DTI2.

Respecto a los requisitos de ejecución de la garantía, el operador recurrente demanda que TESAU sólo pueda ejecutar dicha garantía para el cobro de cantidades no discutidas por DTI2 así como para el cobro de aquellos importes que una resolución administrativa o judicial haya declarado adeudadas por DTI2 a TESAU.

Si se compara el contenido de la solicitud de la recurrente con el contenido de la cláusula 5.3 de la OBA 2006 aplicable al acuerdo de interconexión entre ambos operadores, se observa claramente que los requisitos adicionales solicitados por DTI2 en su escrito no aparecen en ella. Considerando esta circunstancia, la solicitud subsidiaria de DTI2 no puede ser acogida por las siguientes razones que se exponen de forma razonada a continuación:

- porque vulneraría el artículo 1091 del Código Civil, sobre el carácter obligatorio de los contratos entre las partes y el principio de intervención mínima por parte de esta Comisión.
- porque dejaría el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo de interconexión en manos de una de las partes (DTI2), vulnerando el artículo 1256 del Código Civil.
- porque las facturas, aunque emitidas unilateralmente por uno de los operadores, son los documentos que con carácter habitual documentan los créditos o deudas mercantiles y de los cuales resulta una “base de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

buena apariencia jurídica de la deuda” tal y como se reconoce expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

6.1.- El artículo 1091 del Código Civil y el carácter obligatorio del contenido de los contratos para las partes en relación con el principio de intervención mínima de esta Comisión en las relaciones de acceso e interconexión entre operadores.

Los acuerdos de acceso e interconexión tienen naturaleza contractual, según se desprende explícitamente, entre otras sentencias, de las anteriormente citadas SS AN de 3 de diciembre de 2004 (RJCA 2005\804) y de 19 de mayo de 2005 (RJCA 2005\921). En el Fundamento 8º de la primera de las resoluciones mencionadas se dice expresamente respecto a dichos acuerdos que:

“tiene una indudable naturaleza contractual, aunque sometido a unos importantes poderes de intervención por parte de la Administración, de los que es titular en nuestro Ordenamiento Jurídico la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.”

Y artículo 1091 del Código Civil declara que

“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.”

El contenido de este precepto ha sido reiteradamente recordado y aplicado por la jurisprudencia, y, entre otras, por las SSTS de 23 de febrero de 2007 (RJ 2007\658) y 20 de julio de 2007 (RJ 2007\4694) así como por las anteriores SSTS de 22 de junio de 1996 (RJ 1996\6607) y 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9018)

En el Fundamento Primero de la STS de 23 de febrero de 2007 se dice que:

“A lo que hay que añadir el texto del artículo 1091 del Código Civil que proclama el principio de lex privata del contrato: Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos.”

Y en el Fundamento Segundo de la STS de 20 de julio de 2007 el Tribunal Supremo señala que el contenido de una cláusula introducida por las partes de común acuerdo no puede ser denunciada o impugnada por otra bajo el pretexto de ser “caprichosa” o “arbitraria” puesto que:

“fueron los contratantes los que en ejercicio de su libertad contractual introdujeron la misma en el contrato.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La obligatoriedad de observar el contenido de los acuerdos de acceso e interconexión por los operadores firmantes de los mismos ha sido reiteradamente manifestada por esta Comisión en sucesivas resoluciones. Entre otras, pueden mencionarse las Resoluciones de 27 de junio de 2002 (RO 2002/6073) y de 13 de septiembre de 2001 (DT 1999/610).

Concretamente, en el Fundamento Tercero (página 7) de nuestra Resolución de 27 de junio de 2002 se dice que:

*“Cumplidos los requisitos a que hace referencia el artículo 1278 Cc ya mencionado, hemos de remitirnos a lo dispuesto en el artículo 1091 Cc, en cuya virtud, «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos». Por tanto, el AGI de 27 de octubre de 1998 y los **Addenda al mismo suscritos entre T. y L. tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y son de obligado cumplimiento por las partes suscribientes en todos sus términos desde las fechas de su firma.**”*

Por otro lado, esta Comisión ha recordado en muchas ocasiones el principio de intervención mínima en materia de acuerdos de acceso e interconexión entre operadores. Concretamente, y también en el Fundamento Tercero (página 7) de la anteriormente citada Resolución de 27 de junio de 2002 se dice que:

*“Una vez establecido el carácter contractual del AGI y la excepcionalidad y **la vigencia del principio de intervención mínima por parte de los Poderes Públicos, y en concreto de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones,** la ejecución del contenido de las diferentes cláusulas integrantes del mismo se regirán, como regla general, por las reglas generales de los contratos privados.”*

El principio de intervención mínima de los poderes públicos en el ámbito de las telecomunicaciones, a raíz de la promulgación de la vigente Ley 32/2003, ha sido reconocido, entre otras resoluciones, por el Fundamento Segundo de la SAN de 24 de junio de 2004 (RJCA 2004\810):

*“Conviene, igualmente, tener presente que **la actual LGT 32/2003 aunque en cumplimiento del principio de intervención mínima** avanza en la liberalización de la prestación de servicios y la instalación y explotación de redes hasta el punto de entender que la habilitación para dicha prestación viene concedida de forma general e inmediata por la Ley, se amplía las prestaciones incluidas dentro del «servicio universal» y además se amplía el catálogo de derechos de los consumidores (art. 38), derechos que se formulan en relación a los servicios de comunicaciones electrónicas «in genere» siguiendo el camino marcado al respecto por la Directiva 2002/22/CE.”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por todo ello, en este caso no puede acogerse la pretensión de DTI2 de modificar unilateralmente el contenido de una cláusula aceptada en su momento por ambas partes e introducida de común acuerdo de las mismas. Y, por tanto, esta Comisión no está incurriendo en una presunta “*incongruencia omisiva*”, al no acoger la solicitud de la recurrente de introducir las modificaciones contractuales solicitadas (véase página 11 del recurso) sino que actúa respetando tanto el artículo 1091 del Código Civil como el citado principio de intervención mínima.

Por otro lado, debe recordarse que la incongruencia omisiva por parte de los poderes públicos consiste en no resolver sobre alguna de las pretensiones o cuestiones planteadas en el procedimiento, como recuerdan las SSTS de 5 de marzo de 2008 (RJ 2008\2134) o de 15 de marzo de 2005 (RJ 2005\3502). Y en este caso concreto, esta Comisión sí resolvió, aunque en sentido desestimatorio, sobre las peticiones planteadas por la recurrente sobre las características y formalidades del aval. Concretamente, en la página 26 de la Resolución se dijo que:

“no procede establecer una excepción a las reglas de fijación de la cuantía del aval establecidas en los acuerdos suscritos ya que supondría reconocer la existencia de discrepancias entre los operadores a priori. Los acuerdos suscritos entre las partes recogen una serie de normas que han de respetarse por ellos y no deben ser modificadas de forma unilateral a petición de cualquiera de las partes.”

6.2.- El artículo 1256 del Código Civil y la prohibición de dejar el cumplimiento de los contratos al arbitrio de una de las partes.

El artículo 1256 del Código Civil declara que:

“La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.”

Sobre el citado artículo 1256 se han pronunciado repetidamente el Tribunal Supremo, entre otras, en las SSTS de 17 de junio de 2008 (RJ 2008\4251), de 9 de marzo de 2005 (RJ 2005\2223) y de 16 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9510). Particularmente claro se muestra el Fundamento Cuarto de la última sentencia mencionada, al manifestar que:

“ante los términos claros, precisos y documentados, y en consecuencia externamente manifestados por las partes no pueden aceptarse creencias meramente subjetivas, que como de tal índole solamente significan el deseo de quien lo haga de alterar indebidamente los términos de un contrato, con olvido de que, según dispone el artículo 1256 del Código Civil, la validez y el cumplimiento de los contratos no



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, porque, como indica el artículo 1281 de dicho Cuerpo Legal sustantivo, cuando los términos de un contrato son claros, sin producción de duda alguna, con el consiguiente reflejo externo de la voluntad de las partes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas, y pretender uno de los contratantes no adaptarse a ellos tanto supone tratar de cumplirlas con sometimiento a su arbitrio, lo que no es de admitir conforme expresamente establece el artículo 1256 del Código Civil.

En el caso de que se aceptaran las tesis de la recurrente, y aunque TESAU hubiese prestado efectivamente sus servicios OBA a DTI2, la ejecución del contrato y de la fianza por demora o impago del mismo dependería en último extremo de que las facturas giradas por TESAU no fuesen rechazadas expresamente por DTI2. En la práctica, ello desvirtuaría la eficacia y la propia naturaleza tanto del contrato principal como de la fianza otorgada en garantía del mismo, puesto que el cumplimiento de ambos negocios quedaría en manos de la entidad avalada.

6.3.- Las facturas en el tráfico mercantil y su tutela jurisdiccional.

Tal y como se ha señalado en las páginas 21 a 22 de la resolución recurrida, la facturación constituye un aspecto muy importante de las relaciones comerciales entre los operadores. En el artículo 2 del Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, que aprueba el Reglamento regulador de las obligaciones de facturación, se impone a los empresarios el deber de facturar. Esto es, de expedir factura por cada operación realizada a fin de servir de información a la Administración Tributaria, especialmente en lo referente a las transacciones económicas derivadas del desarrollo de actividades empresariales o profesionales.

De acuerdo con el apartado XIX de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), las facturas son

“documentos de los que resulta una base de buena apariencia jurídica de la deuda”.

En similares términos prosigue el mencionado apartado XIX de la Exposición de Motivos indicando que:

“Si se trata de los documentos que la ley misma considera base de aquella apariencia o si el tribunal así lo entiende, quien aparezca como deudor es inmediatamente colocado ante la opción de pagar o «dar razones», de suerte que si el deudor no comparece o no se opone, está suficientemente justificado despachar ejecución, como se dispone.”

Los Tribunales, aplicando la figura del juicio monitorio, han confirmado la virtualidad de las facturas para, por sí solas, iniciar el procedimiento de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ejecución. Así, por ejemplo, en el Fundamento Segundo de la S AP Madrid núm. 615/2004 (Sección 12) de 28 de septiembre de 2004 (JUR 2004\298756), y con relación a la expedición de facturas por la prestación de servicios (como en el caso que nos ocupa) la Audiencia competente señaló que:

“En principio no parece que la titularidad de un crédito derivado de la prestación de un servicio en el que no se dan entregas de mercancías -por tanto no existirán albaranes- y que se documenta con facturas -de redacción unilateral por parte del acreedor como permite la ley- constituya un obstáculo para la admisión a tramite de un procedimiento monitorio, y, por lo que se refiere al carácter de la deuda tampoco parece que la misma no sea líquida, vencida y exigible a la vista de tales documentos y de la justificación sobre el origen de la deuda que se da en la solicitud de procedimiento monitorio, por lo que ha de entenderse que existe el principio de prueba "frente al deudor" exigido para admitir a tramite el procedimiento, debiendo ser estimado el recurso y revocada la resolución recurrida, declarando el derecho del peticionario a que se admita a tramite el procedimiento, procediéndose seguidamente por el Juzgado de instancia conforme al tramite que proceda.”

No solamente en el derecho procesal español se contempla la virtualidad de las facturas para la acreditación de deudas sino que en el ámbito de la Unión Europea, se han dictados dos principales reglamentos al respecto: de un lado, el Reglamento 1896/2006, de 12 de diciembre, que establece un procedimiento monitorio europeo y entrará en vigor el próximo 12 de diciembre de 2008¹, y, de otro, el Reglamento (CE) n° 861/2007, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía y entrará en vigor desde el 1 de enero de 2009². Ambas disposiciones están vinculadas con el anterior Reglamento (CE) n° 805/2004, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados³.

Por último, debe indicarse que los tribunales han admitido, para la ejecución de avales, la mera presentación de facturas junto con el requerimiento de pago de las mismas al deudor, como se recuerda, por ejemplo, en el Fundamento Cuarto de la S AP Santa Cruz de Tenerife de 7 de junio de 2004 (JUR 2004\198204):

*“el requisito de forma que se exige supone la acreditación, por parte del beneficiario, del incumplimiento por parte del avalado, **mediante la presentación de las facturas de las que resulte la deuda junto con el requerimiento de pago**, comprobación que solo es exigible en casos*

¹ DOUE n° L 399 de 30/12/2006 p. 0001 – 0032.

² DOUE n° L 199 de 31/07/2007 p. 0001 – 0022.

³ DOUE n° L 143 de 30/04/2004 p. 0015 – 0039.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de fianza ordinaria y accesorio y que resulta innecesaria en los supuestos del aval a primer requerimiento.”

Por todo lo anterior, cabe desestimar la pretensión de la recurrente de limitar la virtualidad de las facturas emitidas por TESAU a aquéllas que no hubieran sido discutidas por DTI2.

SÉPTIMO.- SOBRE LA SOLICITUD DE LA ENTIDAD RECURRENTE DE INCORPORAR AL PRESENTE PROCEDIMIENTO LA DOCUMENTACIÓN OBRANTE EN EL EXPEDIENTE MTZ 2008/120.

En la página 13 y última del recurso, DTI2 solicita expresamente la incorporación al presente recurso de reposición de los documentos y alegaciones previstos en otro expediente y, concretamente, de los obrantes en el expediente MTZ 2008/120.

Sin embargo, dicha documentación se refiere a dos extremos (presuntas irregularidades en la facturación y presuntos impagos de penalizaciones por parte de TESAU) que ya fueron objeto de análisis y resolución definitivos en el Fundamento Quinto y Resuelve Primero de la propia Resolución recurrida (concretamente, en las páginas 20 a 24). Análisis y resolución que han sido aceptados expresamente por la recurrente en el apartado c) del Solicito de su recurso.

Por tanto, al referirse la documentación indicada a aspectos no debatidos o fuera del objeto del propio recurso, en el sentido de las SSTs de 16 de julio de 1999 (RJ 1999\5888) y 17 de enero de 1986 (RJ 1986\1113), no puede acogerse la solicitud de incorporación de la misma. En el Fundamento Segundo de la STS de 17 de enero de 1986 se dice que:

*“el recurso debe contraerse a la revisión de la conformidad del contenido del acto que se refuta con el ordenamiento jurídico, **sin debatir cuestiones extrañas al contenido de aquél**”*

Los Tribunales han venido rechazando la solicitud de aportación de expedientes en los casos en que, como éste, no está relacionada con el objeto de recurso o de debate. Así, por ejemplo, pueden mencionarse, entre otras las SSTs de 24 de mayo de 2007 (RJ 2007\5897), de 3 de octubre de 2006 (RJ 2006\8289), de 20 de julio de 2005 (RJ 2005\9274) y de 14 de febrero de 2003 (RJ 2003\3076).

En el Fundamento Segundo de la STS de 14 de febrero de 2003 se dice que:

“respecto de la incorporación de la documental consistente en aportar los documentos de los recursos 320/1992 y 397/1992, argumentó la Sala



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*de instancia que tales pruebas **no tienen relación con la cuestión litigiosa** o se refieren a un proyecto de expropiación distinto.”*

Y como se ha reiterado a lo largo de esta Resolución, el objeto del Fundamento Quinto y del Resuelve Primero de la resolución recurrida no resulta una cuestión litigiosa o de debate, al haber sido aceptada expresamente por la entidad recurrente.

OCTAVO.- Sobre los escritos de alegaciones de TESAU y DTI2.

Con relación al escrito de alegaciones al recurso presentado por TESAU en fecha 19 de noviembre de 2008, debemos señalar que todas las cuestiones contenidas en dicho escrito ya han sido objeto de tratamiento en los anteriores Fundamentos de Derecho de esta Resolución. Así, la cuestión relativa a la falta de fundamentación de la nulidad del recurso se aborda en el Fundamento Quinto, las cuestiones relativas a la constitución del aval en el Fundamento Tercero, la motivación de la resolución recurrida en el Fundamento Cuarto y la solicitud de incorporación del expediente MTZ 2008/120 en el anterior Fundamento Séptimo.

Respecto al escrito presentado también el mismo día 19 de noviembre de 2008 por la entidad recurrente DTI2 relativo al posible otorgamiento del aval previsto en el Resuelve Segundo de la resolución recurrida, debemos efectuar las siguientes observaciones:

- La Resolución de 10 de septiembre de 2008 era y es inmediatamente ejecutiva, según se desprende de los artículos 56 y 57 LRJPAC, habiéndolo reconocido expresamente los Tribunales con relación a las resoluciones de esta Comisión en repetidas ocasiones, como en las STS de 20 de diciembre de 2006 (RJ 2007\166) y de 13 de marzo de 2007 (RJ 2007\2572).
- La cuestión sobre el correcto o incorrecto cumplimiento de la resolución recurrida en sus exactos términos no constituye ni forma parte del objeto del presente recurso, el cual se circunscribe a determinar la adecuación a Derecho del contenido del Resuelve Segundo de la citada Resolución de 10 de septiembre de 2008.
- El escrito de DTI2 y su documentación anexa ha sido aportado al expediente RO 2008/1965 sobre verificación del cumplimiento de la Resolución de 10 de septiembre de 2008, y por tanto, la Comisión analizará la cuestión relativa al efectivo cumplimiento de la Resolución recurrida y se adoptarán, en su caso, las medidas legales oportunas para asegurar su ejecutividad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por todo cuanto antecede, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

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.

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, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu