



## 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 30/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 10 de septiembre de 2008, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la

**RESOLUCIÓN SOBRE EL CONFLICTO DE ACCESO PRESENTADO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. FRENTE A DESARROLLO DE LA TECNOLOGÍA DE LAS COMUNICACIONES S.C.A., POR EL QUE SOLICITA LA AUTORIZACION PARA LA DESCONEXIÓN DEL ACCESO Y LA RESOLUCIÓN DE LOS ACUERDOS VIGENTES (RO 2007/272).**

#### I. ANTECEDENTES DE HECHO.

##### **Primero.- Escrito presentado por Telefónica de España, S.A.U.**

Con fecha 6 de marzo de 2007 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., (en adelante, Telefónica), por el que venía a presentar conflicto de acceso frente a DESARROLLO DE LA TECNOLOGÍA DE LAS COMUNICACIONES, S.C.A. (en adelante, DTI2). En su escrito, Telefónica expone, básicamente, lo siguiente:

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

Telefónica alega que DTI2 le adeuda importantes cantidades en concepto de servicios de acceso al bucle de abonado, incumpliendo gravemente una de las obligaciones esenciales contenidas en los diferentes acuerdos de acceso al bucle vigentes entre ambas partes.

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

Para probar este hecho, Telefónica adjunta como grupo documental número 6, diversos requerimientos de pago realizados y alguna contestación de DTI2 en la que se limita a invocar supuestos defectos de facturación y a reclamar



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

penalizaciones por supuestos retrasos. Telefónica alega que se puede deducir de estas contestaciones que DTI2 no tiene ninguna intención de pago.

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

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

Por otra parte, Telefónica acompaña a su escrito la siguiente documentación:

- Como grupo documental número 1, Telefónica aporta los contratos, suscritos con fecha 17 de junio de 2004 en el marco de la OBA 2004.
- Como grupo documental número 2, Telefónica adjunta un correo electrónico de fecha 21 de febrero de 2007 por el que remite a DTI2 los contratos tipo a firmar por ambas entidades en el marco de la OBA 2006.
- Como grupo documental número 3, Telefónica aporta una relación nominal de facturas, identificando la fecha de vencimiento, la fecha de la factura, número e importe. Aporta un listado de 4.922 facturas desde al año 2002 hasta el año 2007, distribuidas de la siguiente manera: 21 facturas correspondientes a servicios Infranet; 4.899 facturas correspondientes a servicios OBA y 23 facturas correspondientes a servicios de telefonía.
- Como grupo documental número 4, Telefónica aporta un muestreo aleatorio de las facturas impagadas de los referidos servicios.
- Como grupo documental número 5, Telefónica aporta una comunicación entre ambas operadoras, de fecha 4 de octubre de 2005, por la que se expide una factura negativa por un importe de 41.571,16 euros a favor de DTI2 debido al devengo de penalizaciones.
- Como grupo documental número 6, Telefónica aporta diversos requerimientos de pago realizados a DTI2.
- Como grupo documental número 7, Telefónica aporta comunicación de DTI2 dirigida a aquélla dando respuesta al último requerimiento de fecha 13 de febrero de 2007.

En base a todo ello, Telefónica solicita que se autorice, de manera urgente, la desconexión del acceso a la red de Telefónica de DTI2 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 adeuda a Telefónica por dichos conceptos más los intereses de demora y se ordene



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la constitución del aval previsto contractualmente y/o a la constitución de un mecanismo de prepagado para consumos futuros por idéntica cantidad.

### **Segundo.- Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento.**

Mediante sendos escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 12 de marzo de 2007, 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 concedió a DTI2 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 alegara lo que tuviese por conveniente.

### **Tercero.- Escrito presentado por Telefónica.**

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 aquella 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.

### **Cuarto.- Escrito presentado por DTI2.**

Con fecha 5 de abril de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de DTI2 mediante el cual presentaba "*las líneas generales*" que desarrollaría en su posterior escrito de alegaciones, todo ello para evitar que se le considerase decaído en su derecho a formular alegaciones.

En particular, DTI2 manifiesta:

- Que, de las deudas sobre las que existe acuerdo entre ambos operadores se concluye que Telefónica es deudora de DTI2, por lo que no hay base para la desconexión solicitada. Asimismo y en base a este mismo hecho, niega la necesidad de cualquier medida de aval o aseguramiento del pago.
- Que las deudas sobre las que no existe acuerdo entre ambos operadores no son base para una solicitud de desconexión.
- Que Telefónica está incumpliendo los acuerdos de nivel de servicios, el abono de penalizaciones y la facturación desglosada como medio de control de la efectiva prestación de los servicios, que es previo a su pago.
- Que Telefónica pretende excluir del mercado a un competidor y evitar el pago de las penalizaciones debidas.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

-

### Quinto.- Escrito de alegaciones posterior presentado por DTI2.

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, Telefónica incumple sistemáticamente los Acuerdos de Nivel de Servicio ya que contienen penalizaciones automáticas que ésta no aplica. Asimismo, los contratos firmados entre ambas contienen un anexo de facturación que recoge la forma en la que debe de realizarse el proceso de facturación y cobro, incumpléndose por Telefónica.
- Sobre la facturación, DTI2 pone de manifiesto numerosos errores en las facturas presentadas por Telefónica. Así, según DTI2, se han aportado numerosas facturas que fueron abonadas con anterioridad a la fecha de interposición del conflicto, otras muchas se refieren a servicios inexistentes, otras recogen servicios que aún no han sido provisionados, otras están duplicadas, por lo que la cantidad reclamada por Telefónica no es real.
- Sobre las penalizaciones, DTI2 alega que Telefónica se abstiene con carácter general de aplicar las penalizaciones en las que incurre. Según los cálculos realizados por ella, Telefónica le debe más en concepto de penalizaciones que lo que ella le debe por provisión de servicios. DTI2 considera que es ella quien está financiando a Telefónica y no al contrario, tal y como alega en su escrito de interposición del conflicto.
- Sobre la deuda alegada por Telefónica, DTI2 señala que no es líquida. El vencimiento de las facturas nace 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 pueden ser líquidas y tampoco vencidas.
- Que, respecto al derecho de solicitar aval que invoca Telefónica, DTI2 indica que la cláusula 5.3 de la OBA que rige este mecanismo establece que le asistirá ese derecho cuando se constate la existencia de impagos sin causa justificada en derecho o demoras en el pago de dos facturas emitidas por Telefónica 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 ocurre ya que Telefónica no emite las facturas conforme a las normas establecidas en el contrato. El contrato establece una facturación agrupada que permita identificar unitariamente los servicios y periodos incluyendo las penalizaciones con los métodos de cálculo empleados



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

para realizar la compensación de las mismas. Por tanto, el no pago por parte de DTI2 no supone un impago de los previstos para la constitución de avales.

- Que, respecto a la cuantía del aval pretendido por Telefónica, DTI2 señala que se tendría que establecer refiriéndola a la facturación de los últimos periodos. Por ello, resulta necesario que Telefónica facture debidamente puesto que podría darse el caso de que facturase mal a un operador que incurriese en las causas objetivas para la constitución de un aval y por ello la cuantía del mismo fuese superior a lo debido. El operador se vería en una situación de indefensión al ser inidentificables los servicios que incluyen las facturas.

Asimismo, DTI2 acompaña a su escrito de alegaciones documentación acreditativa, como documentos números 1 a 76.

### **Sexto.- Escritos presentados por Telefónica.**

Con fecha 29 de mayo 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 40.870,82 euros desde la fecha de interposición del conflicto, resultando un total de 329.638,67 euros pendientes por la prestación de diversos servicios.

Asimismo, con fecha 20 de junio 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 44.572,98 euros desde la fecha de interposición del conflicto, resultando un total de 334.339,73 euros pendientes por la prestación de diversos servicios.

### **Séptimo.- Requerimiento de información.**

Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 17 de julio de 2007, se requirió a Telefónica que informase a la Comisión de 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.

### **Octavo.- Contestación al requerimiento de información.**

Con fecha 21 de agosto de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica 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.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### Noveno.- Informe de audiencia.

Con fecha de 25 de septiembre de 2007 se comunicaba a los interesados el resultado de la instrucción del presente procedimiento procediéndose a dar trámite de audiencia a las entidades interesadas.

El informe de los servicios alcanzaba las siguientes conclusiones:

**“PRIMERA.-** Declarar que, en el conflicto de acceso planteado entre Telefónica y DTI2, ha quedado acreditado el incumplimiento grave por parte de DTI2 de sus obligaciones de pago por los servicios prestados al amparo de los acuerdos de acceso al bucle firmados en 2004.

**SEGUNDA.-** Se insta a Telefónica a que compruebe de nuevo sus facturas, recalculé la deuda si fuera necesario a la luz de las alegaciones y documentación aportada por DTI2 y las notifique en un plazo de quince días naturales a DTI2.

Tras la recepción de las facturas a pagar, DTI2 tendrá otro plazo de cinco días naturales para comprobarlas y proceder a su pago.

**TERCERA.-** En el supuesto de impago en el plazo establecido (o consignación en debida forma), se propone autorizar a Telefónica a resolver los acuerdos de acceso vigentes con DTI2 previa presentación en la Comisión, con una claridad y detalle exhaustivos, de los trámites llevados a cabo para exigir el pago y de la contestación de DTI2.

**CUARTA.-** En el supuesto de que los contratos de acceso al bucle permanezcan vigentes, 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. 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.”

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.

### Décimo.- Trámite de audiencia.

Con fecha 14 de octubre de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica por el que vino a presentar alegaciones al trámite de audiencia. En el citado escrito Telefónica, básicamente, se muestra conforme con las conclusiones alcanzadas en el informe y aporta en formato electrónico un listado con todas las facturas pendientes de pago.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fecha 7 de noviembre de 2007, tras solicitar la ampliación del plazo inicialmente otorgado, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de DTI2 por el que vino a presentar alegaciones al trámite de audiencia. En el citado escrito DTI2, básicamente, se muestra disconforme con las conclusiones alcanzadas en el informe aportando distintos argumentos jurídicos que se analizan en los apartados siguientes.

En concreto, alega que DTI2 no ha incumplido con su obligación esencial de pago ni ha reconocido la existencia de impagos sino que se ha negado al pago de servicios que no se le han prestado en las condiciones pactadas. Asimismo, alega que Telefónica ha incurrido en un triple incumplimiento contractual, esto es: (i) incumplimiento o cumplimiento defectuoso en la prestación de los servicios, (ii) incumplimiento de la obligación de abonar las penalizaciones derivadas del incumplimiento anterior, y (iii) cumplimiento defectuoso de la forma de realizar el proceso de facturación y cobro.

### **Decimoprimer.- Requerimiento de información.**

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 7 de marzo de 2008 se requería a Telefónica la presentación del mismo anexo que adjuntaba a su escrito de alegaciones de fecha 14 de octubre de 2007 en formato electrónico. Asimismo, reiteraba los perjuicios que le causa el impago sistemático por DTI2.

### **Decimosegundo.- Informe y trámite de audiencia.**

Con fecha de 10 de julio de 2008 se comunicaba a los interesados el resultado de la instrucción del presente procedimiento procediéndose a dar un segundo trámite de audiencia a las entidades interesadas, teniendo en cuenta las alegaciones presentadas con fechas 14 de octubre de 2007 y 7 de noviembre de 2007.

El informe de los servicios alcanzaba las siguientes conclusiones:

**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. 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.*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 al trámite de audiencia. En el citado escrito, DTI2 alcanza dos conclusiones diferentes: por un lado se muestra conforme respecto de la decisión de desestimar la solicitud de Telefónica y, por otro lado, se muestra disconforme con la decisión de autorizar la constitución de aval a favor de Telefónica al considerar que no se dan los requisitos necesarios para ello.

Presenta, 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 temas pendientes.

Con fecha 1 de agosto de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica por el que vino a presentar alegaciones al trámite de audiencia. En el citado escrito, Telefónica se muestra disconforme con la primera decisión alcanzada en el informe de audiencia sobre la desestimación de su solicitud de resolución. Principalmente, alega que los supuestos errores en la facturación no pueden amparar un impago generalizado y sistemático del operador. En todo caso, ha procedido a emitir 8 nuevas facturas (una por cada servicio de acceso contratado) que anulan las 5.317 facturas anteriores corrigiendo la cantidad reclamada en - 16.528,91 euros.

Por último, respecto del aval considera necesario que esta Comisión resuelva expresamente sobre el plazo para su constitución teniendo en cuenta que el requerimiento se efectuó en agosto de 2007 y no se ha constituido hasta la fecha.

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 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 CMT la siguiente función:



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“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 DT12.

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 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 incumplimiento 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.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **Segundo.- Objeto del procedimiento**

En concreto, en el presente procedimiento Telefónica solicita a esta Comisión, que debido al elevado importe al que asciende la cantidad debida por DTI2, autorice la desconexión del acceso a su red, la resolución de todos los acuerdos relativos a servicios de acceso al bucle vigentes entre Telefónica y DTI2, así como declarar la obligación de pago por parte de DTI2 de las cantidades que adeuda a Telefónica por la prestación de servicios de acceso más los correspondientes intereses de demora. Solicita, asimismo, la constitución de un mecanismo de aseguramiento del pago como un aval y/o un sistema de prepago para consumos futuros.

Respecto de la solicitud de Telefónica es preciso matizar dos aspectos concretos. En primer lugar, si bien Telefónica solicita la desconexión del acceso a su red, esta Comisión, de acuerdo con los contratos de acceso firmados, únicamente, ha de determinar si considera acreditado el incumplimiento que justifique la resolución contractual. Esto es así porque, a diferencia de lo que ocurre en interconexión, en donde la Comisión, siempre que se acrediten los incumplimientos en los términos previstos en la OIR, autorizará la resolución del acuerdo de interconexión suscrito y vigente entre ambos y la consiguiente desconexión de las redes de ambos operadores determinando la forma en que ha de procederse a la desconexión de las redes en el caso de resolución contractual, en los servicios de acceso no existe la posibilidad de desconexión de redes.

En segundo lugar, es necesario señalar que si bien Telefónica solicita la resolución de los acuerdos de acceso suscritos entre las partes fundamentada en un incumplimiento de DTI2 de su obligación de pago de los servicios de acceso recibidos, también denuncia la existencia de impagos en otros servicios distintos e independientes de los propios acuerdos como son los servicios de telefonía tradicional y servicios no regulados. No obstante, en este procedimiento se tratarán las cuestiones relativas a los servicios regulados en el marco de la OBA, cuyo incumplimiento permitiría la resolución de los acuerdos de acceso firmados, así como la constitución de un mecanismo de aseguramiento de pago.

El objeto del procedimiento es 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.

En este sentido, la presente Resolución se pronunciará 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.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### Tercero.- Sobre la naturaleza jurídica de los acuerdos de acceso.

Una vez determinada la competencia de esta Comisión para intervenir en el conflicto planteado y antes de analizar las cuestiones de fondo en él propuestas, es necesario analizar la naturaleza jurídica de los acuerdos de acceso con el objeto de, posteriormente, poder determinar las cuestiones que pueden ser objeto de resolución en el mismo, por tratarse de relaciones reguladas en el Capítulo III del Título II de la LGTel (acceso a redes y recursos asociados e interconexión).

El acuerdo de acceso puede definirse como el contrato que vincula a dos operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas y que regula las relaciones de acceso entre ambos. Los acuerdos de acceso, según se ha puesto de manifiesto por esta Comisión en distintas ocasiones, gozan de una doble naturaleza, pública y privada (de naturaleza idéntica a los acuerdos generales de interconexión).

La Audiencia Nacional, en su Sentencia de fecha 3 de diciembre de 2004, manifestaba respecto a la naturaleza de los acuerdos generales de interconexión (siendo de total aplicación a los acuerdos de acceso), lo siguiente:

*“Precisamente es la intervención administrativa en sus diversas formas la que dificulta la calificación jurídica del denominado en la Ley «acuerdo de interconexión», acuerdo del que puede afirmarse 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. Puede incluso afirmarse que las prerrogativas de la Administración en relación con estos contratos, en principio de naturaleza privada, son superiores a las que ostenta en los contratos administrativos.*

*En todo caso puede afirmarse que entre las características propias del Acuerdo de Interconexión como contrato están las de ser un contrato bilateral, sinalagmático por la reciprocidad de las prestaciones, y oneroso.”*

El artículo 4 de la Directiva de Acceso establece que los operadores ofrecerán acceso e interconexión a otras empresas en condiciones acordes con las obligaciones impuestas por las autoridades nacionales de reglamentación, en este caso, por la CMT, en la propia Oferta de Acceso al Bucle de Abonado. Este carácter semipúblico se observa del mismo modo en el apartado 4 del artículo 11 de la LGTel cuando habilita a esta Comisión para intervenir con objeto de fomentar y garantizar la adecuación del acceso, la interconexión -que constituye un tipo particular de acceso entre los operadores de redes públicas - y la interoperabilidad de los servicios. Las características propias del servicio de acceso justifican la intervención de la Comisión.

Sin embargo, a pesar de estas especialidades, el acuerdo de acceso es un contrato privado. Así, el apartado 3 del artículo 11 de la LGTel, establece que «no existirán



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*restricciones que impidan que los operadores negocien entre sí acuerdos de acceso e interconexión».* Por tanto, se afirma la libertad de las partes tanto para negociar las condiciones de acceso a la red de Telefónica como para decidir el contenido de los acuerdos que lleguen a firmar, cumpliendo con la normativa aplicable.

El único límite a la libertad de pactos recogida en el Derecho común consiste en la posibilidad de intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la formación de la voluntad contractual de las partes, aunque conforme al principio de intervención mínima que ha de regir la actuación de la Administración, esta intervención sólo se podrá producir en los casos en que esté justificada y tenga por objeto fomentar y garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios (artículo 11.4 de la LGTel) o la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel. Así como salvaguardar el cumplimiento de la normativa aplicable.

Por otra parte, en su faceta estrictamente contractual, el acuerdo de acceso es un contrato privado de arrendamiento de servicios, definido en el artículo 1.544 del Código Civil (en adelante, C.c.) como aquél en que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto (se obligan recíprocamente a prestarse determinados servicios de acceso a cambio de un precio cierto por los mismos).

Por tanto, sobre la base de su naturaleza contractual, y sin perder de vista las capacidades de intervención que asisten a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (aunque sometidas al principio de intervención mínima), los Acuerdos de Acceso quedan sujetos, tanto en su interpretación como en su ejecución, a las normas propias del Derecho común.

Los acuerdos de acceso entre Telefónica y DTI2 incluyen todos los elementos esenciales de todo contrato (artículo 1.261 del C.c.), objeto del contrato, causa de las obligaciones y prestación de consentimiento de ambas partes (existiendo éste desde el mismo momento en que DTI2 aceptó la Oferta de Acceso al bucle de abonado de Telefónica y sus posteriores modificaciones).

En definitiva, los acuerdos de acceso al bucle suscritos entre Telefónica y DTI2 tienen fuerza de ley entre las partes contratantes (artículo 1.091 del C.c.) y son obligatorios en todos sus términos desde la fecha en que fueron acordados por ambas, teniendo en cuenta todas las modificaciones posteriores.

### **Cuarto.- Sobre el contenido de los acuerdos de acceso suscritos entre Telefónica y DTI2.**

Como ha sido señalado en el Fundamento de Derecho Tercero, los acuerdos de acceso son el instrumento contractual que viene a disciplinar las relaciones de acceso entre dos operadores y, conforme a su naturaleza, tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes.

Los acuerdos de acceso son contratos de arrendamiento de servicios consistentes en la prestación de determinados servicios de acceso a cambio de un precio cierto,



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de acuerdo con el artículo 1.544 del C.c. Por tanto, nos encontramos ante contratos onerosos en los que tanto la prestación de los servicios de acceso como el pago del precio por la prestación de tales servicios conforman las obligaciones esenciales del contrato.

Con fecha 14 de marzo de 2007, Telefónica y DTI2 suscribieron los siguientes nuevos acuerdos, aplicándose a partir de ese momento las condiciones reguladas en la OBA 2006:

- Contrato tipo para la provisión del acceso completamente desagregado al bucle de abonado.
- Contrato tipo para la provisión del acceso indirecto al bucle de abonado.
- Contrato tipo para la provisión del acceso compartido al bucle de abonado.
- Contrato tipo para la provisión del servicio de ubicación en las modalidades de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de abonado.

No obstante, hasta esa fecha eran de aplicación las condiciones establecidas en la OBA 2004 (resultante de la Resolución de 31 de marzo de 2004 - expediente MTZ 2003/1000), en virtud de los contratos firmados en fecha 17 de junio de 2004. Ésta era la oferta que regulaba las relaciones entre ambos operadores hasta la firma de los nuevos contratos tipo. Si tenemos en cuenta que la mayor parte de la deuda exigida ahora por Telefónica comprende desde el año 2004 hasta finales del año 2006, según se desprende del anexo documental número 3 que acompaña Telefónica al escrito de interposición del conflicto, habrá que analizar los hechos y la existencia y consecuencias del impago al amparo de la OBA 2004.

No obstante, tal y como señala Telefónica en su escrito inicial de interposición de conflicto, el contenido obligacional de ambas Ofertas no ha sufrido modificaciones de relevancia.

Telefónica y DTI2, en el marco de la OBA 2004, tal y como se desprende de la documentación incluida en el expediente, tenían suscritos los siguientes contratos para la provisión de distintos servicios: i) Contrato tipo para la provisión del acceso completamente desagregado al bucle de abonado, ii) Contrato tipo para la provisión del acceso indirecto al bucle de abonado, iii) Contrato tipo para la provisión del acceso compartido al bucle de abonado y iv) Contrato tipo para la provisión del servicio de ubicación en las modalidades de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de abonado.

Estos contratos, firmados con fecha 17 de junio de 2004, contienen cláusulas de carácter general sobre los procedimientos a seguir en relación con la facturación de los servicios y el pago de los mismos, los efectos que tienen los retrasos en el pago y las causas de extinción del contrato. Asimismo, en todo lo no previsto en los citados contratos, los operadores se someten a lo estipulado en la OBA vigente a la fecha de firma del contrato, es decir, la OBA 2004.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **i) Contrato tipo para la provisión del acceso completamente desagregado al bucle de abonado.**

Mediante este contrato, según se establece en su cláusula segunda, Telefónica se compromete a ofrecer a DTI2 el acceso completamente desagregado al bucle de abonado, con las características técnicas y económicas que se detallan en el anexo de servicios y anexo de precios que acompañan al mismo.

A los efectos de este contrato, se entiende por acceso completamente desagregado al bucle o subbucle, la conexión a la red de Telefónica que permite a DTI2 el uso exclusivo de los elementos que forman parte del bucle o subbucle de abonado o del bucle o subbucle vacante.

El acceso completamente desagregado al par incluye los siguientes servicios asociados: tendido de cable interno, tendido de cable externo, prolongación del par, servicio de entrega de señal y servicio de provisión de información.

Según la cláusula tercera del citado contrato, dichos servicios se proveerán en los plazos y según las condiciones recogidas en el anexo de servicios.

En caso de incumplimiento de los plazos establecidos para la provisión de los distintos servicios relativos al acceso completamente desagregado al bucle de abonado cuya responsabilidad sea de Telefónica, se aplicará la penalización prevista en los correspondientes Acuerdos de Nivel de Servicio.

De acuerdo con la cláusula quinta del contrato, Telefónica facturará y cobrará a DTI2 los importes que procedan como consecuencia de la prestación de diferentes servicios, de acuerdo con la periodicidad y cuantía que figuran en el anexo de precios y en el anexo de facturación.

En el supuesto de que DTI2 no realice el pago puntual de alguna cantidad debida automáticamente se colocará en situación de mora, sin necesidad de requerimiento alguno por parte de Telefónica. Desde el momento en que DTI2 incurra en mora, quedará obligado al abono de los intereses correspondientes.

### **ii) Contrato tipo para la provisión del acceso compartido al bucle de abonado.**

Mediante este Contrato, Telefónica se compromete a ofrecer a DTI2 el acceso compartido al bucle de abonado, con las características y en las condiciones técnicas y económicas que se detallan en el anexo de servicios y anexo de precios que acompañan al mismo.

A los efectos de este Contrato, se entiende por acceso compartido al bucle o subbucle de abonado, tanto en servicio como vacante, la conexión a la red de Telefónica que permite a DTI2 el uso de frecuencias no vocales del espectro sobre



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dicho bucle o subbucle de abonado, manteniéndose por Telefónica la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público.

El acceso compartido al par incluye los siguientes servicios asociados: tendido de cable interno, tendido de cable externo, prolongación del par, servicio de entrega de señal y servicio de provisión de información.

Según la cláusula tercera del citado contrato, dichos servicios se proveerán en los plazos y según las condiciones recogidas en el anexo de servicios.

En caso de incumplimiento de los plazos establecidos para la provisión de los distintos servicios relativos al acceso compartido al bucle de abonado cuya responsabilidad sea de Telefónica, se aplicará la penalización prevista en los correspondientes Acuerdos de Nivel de Servicio. La cuantía de dicha penalización se descontará del precio total de instalación o alta del servicio a satisfacer por DTI2.

De acuerdo con la cláusula quinta del contrato, Telefónica facturará y cobrará a DTI2 los importes que procedan como consecuencia de la prestación de diferentes servicios, de acuerdo con la periodicidad y cuantía que figuran en el anexo de precios y en el anexo de facturación.

En el supuesto de que DTI2 no realice el pago puntual de alguna cantidad debida, automáticamente se colocará en situación de mora, sin necesidad de requerimiento alguno por parte de Telefónica. Desde el momento en que DTI2 incurra en mora, quedará obligado al abono de los intereses correspondientes.

### **iii) Contrato tipo para la provisión del acceso indirecto al bucle de abonado.**

Mediante el presente contrato, Telefónica se obliga a prestar a DTI2 el servicio de acceso indirecto al bucle de abonado sobre tecnologías ADSL en la modalidad que éste contrate con las características y en las condiciones que se especifiquen en el respectivo documento de descripción del servicio que se acompaña, como Anexo a este contrato (cláusula primera).

Telefónica, será responsable de la gestión de la red que soporta dicha facilidad y facturará al operador según un esquema de tarifa plana por usuario y modalidad de conexión solicitados.

Según la cláusula decimoprimeras del citado contrato, DTI2 se obliga a abonar a Telefónica los precios recogidos en el anexo de precios que se acompaña por la provisión de la variante del servicio de acceso indirecto al bucle de abonado contratado.

La cláusula decimoséptima del contrato establece que la falta de pago puntual de alguna cantidad debida por parte de DTI2, lo colocará automáticamente en situación de mora, sin necesidad de requerimiento alguno por parte de Telefónica. Desde el



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

momento en que DTI2 incurra en mora, quedará obligado al abono de los intereses correspondientes.

Asimismo, la indisponibilidad del servicio de acceso indirecto dará lugar a la penalización prevista en los correspondientes Acuerdos de Nivel de Servicios, salvo en aquellos supuestos en los que la interrupción sea responsabilidad del usuario, de DTI2, o consecuencia de situaciones de fuerza mayor o de exceso de pedidos.

**iv) Contrato tipo para la provisión del servicio de ubicación en las modalidades de acceso completamente desagregado y compartido al bucle de abonado.**

Mediante este contrato se regulan las condiciones de prestación de dos modalidades diferentes de ubicación: física y distante.

La ubicación física tiene por objeto la provisión por Telefónica a DTI2 del uso de espacios, recursos técnicos, condiciones de seguridad y de acondicionamiento en aquellos edificios donde se albergan los elementos de red, para la instalación de los equipos que éste precise relacionados con el acceso al bucle de abonado, a cambio de las contraprestaciones económicas que se recogen en el Anexo de precios aplicables a espacios de ubicación en edificios convencionales de Telefónica, con las características y condiciones que se especifican en el Anexo de Servicio de Ubicación.

A efectos de este contrato, la ubicación distante tiene por objeto la provisión por Telefónica a DTI2 de espacio en parcelas sobre las que Telefónica ostenta un derecho de uso y en las cuales se asientan edificios calificados como tipificados que albergan repartidores de abonados, a cambio de las contraprestaciones económicas que se recogen en el Anexo de Precios Ubicación Distante, y con las características y condiciones que se especifican en el Anexo de Servicio de Ubicación.

De acuerdo con el contenido de la cláusula cuarta del contrato, Telefónica se obliga a realizar las actuaciones necesarias que le correspondan para tener disponible el Servicio de Ubicación en los plazos establecidos y conforme a lo dispuesto en el Anexo de Servicio de Ubicación.

En caso de que se produzca un retraso en la entrega del servicio de ubicación sobre el plazo total resultante de los procedimientos establecidos, cuya responsabilidad sea de Telefónica, se aplicará la penalización prevista en los correspondientes Acuerdos de Nivel de Servicio. La cuantía de las penalizaciones se descontará del precio de habilitación a satisfacer por el DTI2.

Este servicio de ubicación debido a sus características específicas contiene normas especiales. Así, se establece que DTI2 pagará a Telefónica el 20% del precio estimado proporcional que le corresponda del precio total de habilitación del Servicio de Ubicación y prestará afianzamiento, mediante aval o cualquier otro medio de aseguramiento del pago, de la cantidad restante en el momento de la



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

firma y aceptación de cada Proyecto Específico. DTI2 realizará el pago del monto restante dentro de los 30 días siguientes a la entrega del servicio.

En caso de impago del 20% del precio estimado proporcional que le corresponda en el momento de la firma y aceptación de cada Proyecto específico, Telefónica considerará anulada la petición de ubicación, reclamando a DTI2 los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le haya ocasionado.

La cláusula decimosexta del contrato establece que la falta de pago puntual de alguna cantidad debida por parte de DTI2, lo colocará automáticamente en situación de mora, sin necesidad de requerimiento alguno por parte de Telefónica. Desde el momento en que DTI2 incurra en mora, quedará obligado al abono de los intereses correspondientes.

**Quinto.- Sobre el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de los acuerdos de acceso suscritos entre Telefónica y DTI2 y, en concreto, sobre la existencia de un grave incumplimiento que fundamente la resolución contractual solicitada por Telefónica.**

Con respecto a las causas generales de extinción de los acuerdos, todos los contratos de acceso anteriores señalan que procederá la extinción *“por resolución fundada en grave incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones esenciales contenidas en este Acuerdo, una vez transcurridos 2 meses desde que la parte incumplidora haya exigido a la otra, por escrito, el cumplimiento de las mencionadas obligaciones. La apreciación de la concurrencia de esta circunstancia habrá de efectuarse por las partes de mutuo acuerdo o, en su caso, someterse a la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”*.

Con carácter general, es doctrina establecida por esta Comisión ante procedimientos de naturaleza similar<sup>1</sup> bien en el ámbito de servicios de acceso bien en el ámbito de servicios de interconexión, que el impago de servicios previamente consumidos supone un incumplimiento grave de una de las obligaciones esenciales del mismo, y consecuentemente puede ser alegado por Telefónica como causa de resolución de los acuerdos de acceso, de acuerdo con lo establecido en el mismo.

Telefónica alega que DTI2 no paga los servicios recibidos y que tiene una gran deuda contraída que crece exponencialmente debido a la obligación que tiene de continuar prestando los servicios. Pone de manifiesto que este impago supone un incumplimiento grave que fundamenta su solicitud de resolución contractual.

Efectivamente, de toda la documentación aportada por ambos operadores y de las alegaciones vertidas en el seno del presente procedimiento ha quedado acreditada la existencia de cantidades impagadas por DTI2 lo que supone un incumplimiento de su obligación de abonar los servicios recibidos.

---

<sup>1</sup> Entre otras, ver las Resoluciones del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de diciembre de 2004 (Exp. RO 2004/1617), de 27 de marzo de 2003 (Exp. RO 2002/8001) y de 24 de enero de 2003 (Exp. RO 2002/7917).



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DTI2, en su escrito de fecha 30 de julio de 2008, niega que haya quedado acreditado tal impago, entre otros motivos, porque esta Comisión no ha tomado en consideración la compensación realizada por DTI2 y ofrecida a Telefónica con fecha 2 de noviembre de 2007. DTI2 alega que, por un lado, Telefónica no ha impugnado esta liquidación y, por otro, que la propia Telefónica ya ha utilizado la compensación como método de pago válido entre ambos operadores con fecha octubre de 2005.

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.

Teniendo en cuenta que el impago es un incumplimiento que justifica la resolución contractual y no habiendo probado DTI2 que no ha incumplido, cabría entender que aplica la resolución. No obstante, DTI2 alega la *exceptio non rite adimpleti contractus* que procede a analizarse a continuación.

### *Exceptio non rite adimpleti contractus*

DTI2 alega que no existe tal deuda al no resultar exigible debido a la mala facturación realizada por Telefónica y que, en todo caso, considera que tiene un saldo positivo acreedor con Telefónica debido a las penalizaciones devengadas por la mala prestación de los correspondientes servicios. Así, DTI2 afirma que se ha producido un triple incumplimiento por parte de Telefónica (pagina 40 y 42 de su escrito de alegaciones de fecha 7 de noviembre de 2007), consistente en:



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- “Cumplimiento defectuoso, retrasado y/o inadecuado de la prestación de los servicios a que está obligada.
- Incumplimiento de la obligación de abonar las penalizaciones anteriores.
- Cumplimiento notoriamente defectuoso de la forma de realizar el proceso de facturación y cobro.”

Considera que este incumplimiento de Telefónica le da opción para ejercitar la llamada “*exceptio non rite adimpleti contractus*”, esto es, la excepción del contrato no cumplido.

De acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, si el acreedor exige el cumplimiento de la obligación recíproca del deudor o la resolución contractual (de acuerdo con el artículo 1.124 del Código Civil), sin que él haya cumplido, este deudor podrá oponer la llamada “*exceptio non rite adimpleti contractus*”, que no está expresamente regulada en el Código Civil, pero deriva de los artículos 1.100, 1.124 y 1.308, y ha sido reiteradamente aplicada por la jurisprudencia en sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 10 enero y de 9 julio de 1991, 3 de diciembre de 1992, 15 de noviembre de 1993, 21 de marzo de 1994, 8 de junio de 1996.

Sin embargo, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1997, el deudor que alega esta “*exceptio non rite adimpleti contractus*” tiene que basarla en el incumplimiento real y efectivo de la otra parte, que frustre la finalidad del contrato, no bastando el cumplimiento defectuoso de la obligación.

Por tanto, teniendo en cuenta que el presente procedimiento versa sobre la solicitud de Telefónica cuyo fin es la resolución contractual debe analizarse si existe el incumplimiento invocado por DTI2 como excepción a dicha resolución.

Respecto al incumplimiento en la provisión de los servicios, según se desprende tanto de procedimientos tramitados ante esta Comisión con anterioridad como de las alegaciones vertidas por DTI2 en el presente procedimiento, no se puede afirmar que Telefónica haya dado un cumplimiento exacto del contenido de la Oferta en cuanto a la prestación de los servicios de acceso contratados.

Así, en la Resolución de 30 de diciembre de 2004 - RO 2004/1009 - que resolvía un conflicto de acceso entre ambos operadores ya se acreditaban retrasos en la entrega de determinados servicios de acceso y se obligaba al pago de las penalizaciones asociadas.

Asimismo, en la Resolución de 16 de noviembre de 2006 que ponía fin al procedimiento sancionador incoado contra Telefónica por el que se le imponía una sanción de 20 millones de euros – RO 2004/1811- se consideraba como hecho probado el incumplimiento por Telefónica “*de manera continuada y generalizada los procedimientos y condiciones de provisión de los servicios incluidos en su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado durante el periodo de tiempo comprendido entre al menos los meses de enero de 2004 y abril de 2005*” (página 23 de la citada



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resolución) considerando los incumplimientos ocurridos en numerosos conflictos tramitados en esas fechas, entre los que destacaba, el citado RO 2004/1009.

Por tanto, ha existido un cumplimiento defectuoso de los servicios de acceso contratados.

Sin embargo, en el marco de este procedimiento, es necesario tener en cuenta que de lo alegado por los dos operadores y de la documentación aportada en el mismo, se deduce que Telefónica ha cumplido parcialmente con su obligación asumida de proveer o prestar los servicios OBA contratados por DTI2. En este sentido, es necesario tener en cuenta el documento número 74 anexo al escrito de alegaciones de DTI2 de fecha 10 de mayo de 2007 consistente en una comunicación dirigida a Telefónica mediante el que manifiesta que:

*“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.”*

Es obvio que si Telefónica no hubiese proveído ningún servicio de acceso, DTI2 sencillamente estaría fuera del mercado porque no estaría en situación de poder ofrecer ninguna prestación en base a estos servicios regulados. En la página 11 del Anexo 2 del escrito de alegaciones de DTI2 de fecha 7 de noviembre de 2007, dicha operadora afirma que tiene activas 400 líneas entre todas las modalidades lo que implica que, al menos, la provisión de determinados servicios se ha realizado con éxito.

Por todo ello, esta Comisión llega a la conclusión de que Telefónica ha cumplido con parte de su obligación de entregar determinados servicios. Cuestión distinta es determinar en qué condiciones se han prestado y cuáles son las consecuencias que se desprenden del incumplimiento de los requisitos de entrega, cuestiones que quedaron resueltas en el citado expediente, RO 2004/1009, y en el procedimiento RO 2005/1638 que ponía fin a un periodo de información previa abierto como consecuencia de la denuncia de DTI2 de incumplimiento del primer procedimiento por parte de Telefónica.

Respecto al incumplimiento en el abono de penalizaciones. Cabe señalar que, ya en la citada Resolución de 30 de diciembre de 2004 (RO 2004/1009), se acreditaban retrasos en la entrega de determinados servicios de acceso y se instaba al pago de las penalizaciones asociadas. Sin embargo, se señalaba que:

*“La determinación del montante exacto que en concepto de penalización TELEFÓNICA debiera aplicar a favor de DTI2 no puede ser determinado en este momento, al no haberse provisionado todos los servicios solicitados*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*según la información que obra en el expediente, ni haberse resuelto las incidencias abiertas en relación con las referidas provisiones.”*

Telefónica, en cumplimiento de la citada Resolución de 30 de diciembre de 2004, con fecha 6 de octubre de 2005, remitió Burofax a DTI2 (con copia a esta Comisión) por el que le comunicaba que DTI2 le adeudaba 41.571,16 euros en concepto de penalizaciones y que procedía a compensarlo con la deuda existente entre ambos operadores en ese momento. DTI2 se mostró disconforme con la liquidación efectuada, poniéndolo de manifiesto en numerosas ocasiones. Es decir, a pesar del ofrecimiento de pago mediante compensación realizado por Telefónica, DTI2 nunca lo aceptó por no estar de acuerdo con las cantidades liquidadas.

DTI2, además, pone de manifiesto que han existido retrasos con posterioridad a la citada Resolución y que Telefónica no ha procedido al pago de las penalizaciones asociadas de forma automática, tal y como señala la OBA, por lo que se aumentaba la deuda existente en concepto de penalizaciones.

Es necesario añadir que DTI2 ha aportado mucha documentación acreditativa de la que se deduce que podría existir una deuda por penalizaciones cercana a los 300.000 euros.

DTI2 solicita, en su escrito de fecha 30 de julio de 2008, que se modifique esta cantidad puesto que, bajo sus cálculos, la cantidad pendiente debida por penalizaciones es mucho mayor. Esta Comisión ya ha tenido en cuenta toda la documentación acreditativa aportada por ambos operadores durante la tramitación de este procedimiento para, de forma estimativa, calcular la citada cantidad por lo que no procede modificar dicho cálculo.

Por otro lado, Telefónica no ha acreditado su cumplimiento de la obligación de abonar las penalizaciones por retrasos a DTI2 (salvo el ofrecimiento de pago mediante compensación de fecha 6 de octubre de 2005) o aportado alguna razón que justifique este retraso en el pago de las penalizaciones.

Respecto al incumplimiento en la facturación de los servicios, DTI2 niega la existencia de la deuda porque considera que ésta no es exigible al considerar que Telefónica incumple los criterios establecidos en la OBA, en materia de facturación.

Pues bien, la facturación es un aspecto muy importante de las relaciones comerciales entre operadores. En concreto, el ordenamiento jurídico español<sup>2</sup> impone a los empresarios la obligación general 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.

<sup>2</sup> La obligación de facturar se encuentra recogida, en concreto, en el Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, y se modifica el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta Comisión ha considerado adecuado establecer en la Oferta mayorista de Telefónica de servicios regulados de acceso, determinados requisitos adicionales en la facturación cuyo objetivo es garantizar una mayor transparencia de cara al operador alternativo para que éste pueda comprobar la realidad de los servicios que le factura Telefónica.

Los distintos acuerdos de acceso, firmados y vigentes a la fecha en que se realizó la facturación, contienen las siguientes previsiones:

- En los contratos para la provisión del acceso completamente desagregado y del acceso compartido al bucle se establece, en los anexos de facturación, que la *“facturación de los servicios prestados se facturarán al Operador autorizado por Telefónica conforme lo establecido en el apartado 5 de la OBA vigente a la fecha del contrato”*.
- En el contrato para la provisión del acceso indirecto al bucle no se establece ninguna particularidad en cuanto a la facturación, sometiéndose a lo estipulado con carácter general en la OBA (por tanto, se aplica, también, el citado apartado 5).
- En el contrato para la provisión del servicio de ubicación, la cláusula 16.2 sobre facturación y pago establece que *“Telefónica facturará mensualmente y por anticipado los precios recurrentes mensuales contemplados en los anexos<sup>3</sup> 2 y 3 del presente Contrato. Las facturas mensuales comenzarán a devengarse desde el momento en que tenga lugar la entrega efectiva del servicio de ubicación. La factura se emitirá antes del día quince de cada mes y se abonará dentro de los treinta días siguientes a la fecha de su emisión”*.

El citado apartado 5 de la OBA establece, con carácter general, que la factura será de carácter mensual, única, desglosada por conceptos e incluirá los impuestos indirectos que procedan.

DTI2 aporta una cantidad ingente de documentación para probar que Telefónica no está facturando correctamente y que así se lo ha hecho saber desde el principio del conflicto.

Se comprueba que, periódicamente, DTI2 comunica a Telefónica errores en los que ha incurrido a la hora de elaborar las facturas, documentos número 9 y siguientes del anexo documental. Incluso se deduce de la documentación aportada que es la propia Telefónica la que reconoce la existencia de posibles fallos en la facturación.

En primer lugar es necesario señalar que DTI2 no podrá ampararse en supuestos defectos formales de las facturas para considerarlas nulas y, por tanto, impagar. Las formalidades que se incluyen en la OBA existen para facilitar el trato entre los

---

<sup>3</sup> Se refiere al Anexo de precios.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores y no para servir de justificación para un incumplimiento sistemático de las obligaciones esenciales que contienen los acuerdos de acceso.

En segundo lugar, es importante poner de manifiesto que en la primera audiencia que se remitió a los operadores para que efectuasen alegaciones se concluía que, efectivamente, existían indicios (de entidad suficiente) de que Telefónica estaba incurriendo en determinados errores en la facturación que debía subsanar. Mediante escrito de alegaciones de 14 de octubre de 2007, Telefónica señalaba que ya habían comenzado las labores de comprobación y que, una vez finalizadas, Telefónica *“comunicará y explicará, una vez más, a DTI2 las razones de la improcedencia de sus alegaciones y, en su caso, por supuesto, realizará las rectificaciones que fueran precisas”*.

Como consecuencia de ello, Telefónica señala en su escrito de alegaciones de fecha 1 de agosto de 2008, que ha emitido 8 nuevas facturas, una por cada servicio de acceso contratado, anulando las 5.317 facturas anteriores. Esta nueva facturación ha arrojado una diferencia de 16.528,91 euros a favor de DTI2, notificándose al operador con fecha 29 de julio de 2008 (según documento adjunto).

Telefónica alega que los errores en la facturación son mínimos, por un lado existen defectos formales que no afectan a los importes facturados y, por otro lado, algún error puntual que afecta a las cantidades totales facturadas (en concreto, en prolongación de par y en entrega de señal). Trae a colación distinta Jurisprudencia menor para afirmar que supuestos defectos formales en la facturación no pueden justificar el impago de los servicios.

Considera que estos errores no pueden justificar un impago, continuo, generalizado y sistemático de los servicios de acceso prestados, mostrándose en desacuerdo con la decisión alcanzada en el segundo informe de audiencia (antecedente de hecho décimo).

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.

Sin embargo, esta Comisión ha de analizar los motivos esgrimidos por DTI2 para argumentar la existencia de la citada excepción de contrato no cumplido. Y, de los tres aspectos señalados (provisión, penalizaciones y facturación), esta Comisión ha constatado la existencia de infracciones por parte de Telefónica en todos ellos, de tal envergadura que, tal y como alega DTI2, hacen conveniente la desestimación de la solicitud de Telefónica de resolución contractual.

Por todo ello, se declara procedente estimar la excepción planteada por DTI2 y no cabe, por tanto, aceptar la solicitud de Telefónica sobre el ejercicio de la facultad de resolución prevista en los acuerdos de acceso suscritos.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Adicionalmente, DTI2 en su escrito de fecha 30 de julio de 2008, solicita que la Comisión resuelva expresamente sobre la procedencia de aplicar a las cantidades pendientes por penalizaciones, los intereses de demora que se hayan generado desde el momento en que las mismas debieron ser pagadas.

Sin embargo, el objeto de este procedimiento no ha sido la declaración de la procedencia del pago de cantidades, en consecuencia, tampoco cabe declarar la procedencia de los intereses devengados.

### **Sexto.- Sobre la solicitud de Telefónica de constituir un aval y/ o un mecanismo de prepago para consumos futuros.**

Telefónica, subsidiariamente a su petición de resolución contractual y para el caso de que DTI2 procediese a regularizar su situación ante esta situación de impagos generalizados solicita que, de conformidad con los acuerdos de acceso vigentes, se obligue a DTI2 a constituir un aval a su favor y/o que se imponga un mecanismo de prepago para consumos futuros.

DTI2 alega, en contra, que no existen impagos (tal y como se ha analizado) ni tampoco demoras en el pago de facturas puesto que todas las considera mal giradas. En su escrito de alegaciones de fecha 30 de julio de 2008 reitera que no existen los requisitos para que se pueda exigir el aval.

Esta Comisión considera que la solicitud de aval debe ser analizada de forma independiente a la conclusión alcanzada respecto de la naturaleza del incumplimiento para negar la procedencia de la resolución contractual.

La cláusula 5.3 de los acuerdos vigentes entre ambas partes, relativos al acceso desagregado compartido, así como al acceso completamente desagregado, determina que, con posterioridad al comienzo de la prestación del servicio de acceso al bucle, se podrá exigir 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 Telefónica relativas a servicios de acceso prestados en el marco del presente contrato o a servicios distintos al de acceso y siempre que la deuda continua vigente. Para ello se considerara constatada la existencia de impagos o demoras en el pago cuando se emiten las facturas y se presentan a su cobro conforme a las normas establecidas en el presente Acuerdo”*.

A efectos de comprobar si procede o no la solicitud de aval, habrá que determinar si se dan los requisitos de la cláusula 5.3 citada que diferencia entre dos situaciones: que existan impagos sin causa justificada en Derecho o demoras en el pago de dos facturas emitidas por Telefónica.

DTI2 alega que, conforme al tenor literal de la citada cláusula, para que se considere constatada la existencia de impagos o demoras en el pago se deben emitir las facturas y presentarse a su cobro conforme a las normas establecidas en



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la OBA. Teniendo en cuenta que Telefónica no cumple con los requisitos OBA, no se podrá constatar la existencia de impagos que justifiquen la solicitud de aval.

Pues bien, esta Comisión consideran que si bien no ha quedado acreditado un incumplimiento grave por parte de DTI2 que justifique de forma proporcionada la resolución contractual dado que existen hechos de suma importancia sin esclarecer, no es menos cierto que ha quedado patente a lo largo del presente Informe que existen cantidades impagadas y que DTI2 no ha procedido ni siquiera al pago parcial de las mismas en las cantidades no controvertidas.

Es decir, sin perjuicio de que existan razones que aconsejen no calificar a este impago como grave incumplimiento no se puede negar la existencia del mismo, esto es, del propio impago. En conclusión, se puede afirmar que DTI2 ha incurrido en impagos sin causa justificada en Derecho siendo el volumen impagado de suficiente entidad para constatarse la procedencia de la constitución de una garantía.

DTI2 alega en su escrito de alegaciones de fecha 30 de julio de 2008 que no existe impago puesto que no existe deuda por las razones ya expuestas. Pues bien, aunque es cierto que se ha admitido la excepción planteada por DTI2 al considerar esta Comisión que Telefónica no ha dado un cumplimiento exacto de sus obligaciones contractuales debiendo desestimar su solicitud de resolución contractual, lo que no se puede negar es la existencia de la propia deuda, tal y como se ha señalado con anterioridad. Los servicios han sido prestados y no han sido abonados, cualesquiera que sean las razones que lo justifiquen.

DTI2 debe ser consciente que, respecto de las obligaciones esenciales de los acuerdos de acceso, tiene una posición deudora que significa que Telefónica tiene derecho a exigir la constitución de garantía a DTI2 y así lo ha hecho con fecha 10 de agosto de 2007 (antecedente de hecho noveno), de conformidad con las normas establecidas en la cláusula 5.3 de los acuerdos vigentes entre ambos operadores en relación con el acceso desagregado compartido y acceso completamente desagregado.

Telefónica considera necesario que esta Comisión resuelva expresamente sobre el plazo para su constitución teniendo en cuenta que desde la fecha del requerimiento aún no se ha hecho efectivo dicho aval por parte de DTI2.

Pues bien, esta Comisión considera razonable otorgar a DTI2 un plazo de 1 mes para la constitución de la garantía, en base al principio de proporcionalidad, desde la notificación de la presente Resolución, de acuerdo con el contenido de la OBA.

Por último, en cuanto a los servicios de ubicación y de acceso indirecto tanto en la OBA 2004 como en la posterior modificación llevada a cabo en el año 2006, ya se contemplaba el derecho que asiste a Telefónica a exigir los mecanismos de aseguramiento de pago específicos en los correspondientes contratos suscritos (cláusula decimosexta y decimotercera, respectivamente).



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Respecto de la cuantía de la garantía y demás aspectos procedimentales de la misma (como el plazo para su constitución, comunicación previa a la Comisión, etc.), el Informe de audiencia concluía que las partes se atenderán al contenido de los contratos suscritos entre ambos.

Sin embargo, DTI2 en su escrito de alegaciones de fecha 30 de julio de 2008 pone de manifiesto que, respecto de la cuantía final de la garantía a fijar en los servicios de acceso completamente desagregado y de acceso compartido al bucle de abonado, los acuerdos suscritos señalan que *“Para el supuesto de que el servicio se venga prestando durante más de 12 meses, 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 del Acuerdo.”*

DTI2 considera que la expresión “cantidades totales facturadas” se refiere, en todo caso, a cantidades totales facturadas por Telefónica en los últimos tres meses en el importe sobre el que DTI2 no haya expresado discrepancia.

Teniendo en cuenta el grado de conflictividad existente entre ambos operadores y el hecho de que Telefónica haya procedido a subsanar los errores cuantitativos incurridos en la facturación, esta Comisión considera oportuno determinar, en base al principio de buena fe y de seguridad comercial que rigen las relaciones comerciales, que la cuantía de la garantía se debe referenciar a las cantidades totales facturadas en los últimos tres meses correspondientes a los servicios de acceso que se estén actualmente prestando, tal y como señalan los acuerdos suscritos.

A juicio de esta Comisión, 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.

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

### RESUELVE

**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



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, 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.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera