

MEMORIA JUSTIFICATIVA DE LA COMUNICACIÓN COM/D TSA/003/23, DE 2 DE JULIO DE 2024, POR LA QUE SE PUBLICAN LAS DIRECTRICES SOBRE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA DE IMPAGOS DE SERVICIOS MAYORISTAS DE ACCESO A REDES Y SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

I OBJETO DE LA COMUNICACIÓN. NECESIDAD DE LA PROPUESTA

En el Plan de Actuaciones 2021-2022 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) fijó como objetivo “*Revisar los criterios de actuación ante las controversias entre operadores en materia de impagos de los servicios de acceso e interconexión, con el objetivo de incrementar la eficiencia en la actuación del organismo y agilizar la intervención en estos casos*”, en el marco de la acción estratégica 4, referente a las Bases para la Gestión Eficiente, Transparente y Autónoma.

El 28 de junio de 2022 se aprobó la Ley 11/2022 General de Telecomunicaciones (LGTel), que transpone a nuestro ordenamiento jurídico lo dispuesto en la Directiva (UE) 2018/1972, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas. En este marco normativo sectorial se regula una nueva clasificación de los servicios de comunicaciones electrónicas y de proveedores de servicios de comunicaciones interpersonales, y se amplía el ámbito subjetivo de los posibles conflictos de acceso e interconexión que pueden plantearse ante este organismo en ejercicio de su facultad como mediador público.

Esta normativa sectorial reconoce la competencia de la CNMC para intervenir en las relaciones entre operadores, entre operadores y proveedores de recursos asociados y entre operadores y otras entidades beneficiarias de las obligaciones de acceso e interconexión, a petición de cualquiera de las partes implicadas o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en los artículos 3, 28 y 100.2.j) de la LGTel y 23.3.a) del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre-.

La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC) reconoce también la competencia de esta Comisión para la resolución de conflictos entre operadores -artículos 6.4 y 12.1.a)-.

En ejercicio de esta competencia, la CNMC ha venido resolviendo las disputas entre operadores en materia de impagos de servicios mayoristas de acceso e

interconexión de redes de comunicaciones electrónicas¹, a petición de alguna de las partes, tratando de ser cada vez más eficiente, siempre que ello ha sido posible, atendiendo a la actitud adoptada por los operadores interesados en el procedimiento en defensa de sus intereses legítimos.

El fin ha sido, por un lado, fomentar y garantizar la adecuación del acceso a redes y la interconexión mutua entre estas, la interoperabilidad de los servicios o la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel -en particular, garantizar los derechos de los usuarios en la recepción de servicios de telecomunicaciones-, y por otro lado, reducir los efectos negativos que tiene, para las partes interesadas, mantener su relación contractual -por un lado, el operador de acceso tendría que continuar subvencionado los servicios a un operador que viene incumpliendo sus obligaciones de pago, y, por otro, el operador deudor seguiría acumulando las facturas impagadas, incrementando su ya difícil situación financiera-.

Transcurridos algo más de diez años desde la creación de este organismo, y a la luz de la experiencia adquirida, resulta conveniente aprobar una Comunicación donde se explicita de manera transparente la forma en que la CNMC ha tramitado las controversias que se le han venido planteando en materia de impagos de servicios de acceso e interconexión de redes, sobre la base del análisis de las Resoluciones aprobadas entre 2015-2024 por este organismo, es decir, desde que entró en funcionamiento el 7 de octubre de 2013 hasta enero de 2024.

De acuerdo con el Plan de Actuaciones 2021-2022, la finalidad principal de la presente Comunicación es la de divulgar (i) las directrices sobre el procedimiento utilizado por la CNMC para la aprobación de los conflictos en materia de impagos de los servicios mayoristas de acceso e interconexión de redes, y (ii) una guía de criterios de actuación, a seguir en el futuro tanto por este organismo como por los operadores y prestadores de recursos asociados que sean partes interesadas en nuevos procedimientos de conflictos en esta materia.

En este último sentido, el objeto de esta Comunicación es dotar a este organismo y a los agentes económicos de un instrumento que establezca, con la suficiente previsibilidad, las pautas que han sido tomadas en consideración por este organismo a la hora de resolver las citadas controversias, así como fijar los principios generales que podrán regir su actuación en el futuro, a la luz de la experiencia adquirida hasta la fecha.

¹ Por el momento no se ha resuelto ningún procedimiento de conflicto sobre el cese del servicio de acceso a recursos asociados, como infraestructuras físicas, debido al impago de este servicio.

II ESTRUCTURA DE LA COMUNICACIÓN

La Comunicación analiza las siguientes cuestiones:

1. Definiciones contenidas en la LGTel:
 - Operador
 - Proveedor de recursos asociados
 - Servicio de comunicaciones electrónicas
 - Red de comunicaciones electrónicas
 - Servicios de acceso e interconexión
 - Usuario y usuario final
2. Regulación de los servicios mayoristas de acceso a redes, servicios de comunicaciones electrónicas y recursos asociados.
3. Contratos mayoristas de acceso a redes de comunicaciones electrónicas y a recursos asociados.
4. Procedimiento seguido por la CNMC en la instrucción y resolución de los conflictos.
5. Conclusiones: guía de criterios de actuación

Se incluye, asimismo, en Anexo, un listado con las resoluciones adoptadas hasta el momento por la CNMC en conflictos de suspensión o cese de tales servicios mayoristas de acceso debido su impago.

III DESCRIPCIÓN DE LA TRAMITACIÓN

Con fecha 8 de enero de 2024, el Consejo de la CNMC acordó someter a trámite de información pública la propuesta del *“Proyecto de Comunicación por la que se publican directrices relativas a la resolución de los conflictos en materia de impagos de servicios mayoristas de acceso a redes y servicios de comunicaciones electrónicas”*, dando la posibilidad de remitir alegaciones hasta el 8 de febrero de 2024.

Una vez concluido el plazo, se han recibido observaciones de los siguientes operadores entre el 6 y el 8 de febrero de 2024: Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica), Masmovil Ibercom, S.A. (Grupo Masmovil), Vodafone España, S.A.U. (Vodafone), Lyntia Networks, S.A.U (Lyntia), Digi Spain Telecom, S.L. (Digi), Asociación Nacional de Operadores de Telecomunicaciones y Servicios de Internet (AOTEC), Asociación de Operadores de Telecomunicaciones Empresariales (ASOTEM) y Asociación de Operadores de Telecomunicaciones Locales De Andalucía (ACUTEL).

Esta Comisión agradece las contribuciones de los diferentes operadores y asociaciones que han participado en la consulta pública y han aportado su visión atendiendo a su experiencia. En las siguientes secciones, se examinan las principales alegaciones recabadas en relación con las cuestiones que fueron puestas de manifiesto en la consulta pública.

Debe señalarse que algunas de las consideraciones formuladas no son objeto de incorporación específica en la Comunicación, al tratarse de cuestiones individuales o sobre las que esta Comisión no dispone de habilitación competencial. En caso de estimarse necesario, la Comunicación podrá ser objeto de revisión en el futuro por parte de este organismo.

IV CONSIDERACIONES GENERALES

- **Alegaciones**

Vodafone, ACUTEL, Digi y Lyntia consideran que la publicación de estas directrices es bienvenida, positiva, de utilidad para los operadores y que supone un ejercicio de transparencia de la CNMC. Por su parte, **Telefónica** discrepa de la idea de que la CNMC apruebe estas directrices y una guía de actuación sobre cómo tramitará y resolverá los conflictos de impago, así como que solo analice en el proyecto sometido a consulta pública los conflictos resueltos los últimos ocho (8) años sin justificación, a su parecer, cuando con anterioridad a 2015 ya se resolvieron conflictos sobre esta misma materia.

- **Análisis y valoración**

Esta Comisión agradece todas las aportaciones recibidas y se congratula de que las directrices propuestas hayan tenido una buena acogida por una parte del sector. El periodo de 8 años escogido para analizar los conflictos resueltos en esta materia se ha considerado suficientemente amplio, ya que ofrece una muestra representativa de todas las cuestiones que se pueden plantear en este tipo de conflictos y además abarca todos los conflictos resueltos por la CNMC desde que entró en funcionamiento el 7 de octubre de 2013; ello sin perjuicio de la existencia de conflictos en materia de impagos resueltos con anterioridad por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT).

Además, se informa de que se procede a valorar e incluir, tanto en el texto de la Comunicación de las directrices como en su Anexo, la Resolución de 5 de mayo de

2016 (CFT/DTSA/021/15)², que Telefónica cita en su escrito de alegaciones, ya que esta resolución estaría incluida en el citado periodo analizado.

V HABILITACIÓN COMPETENCIAL DE LA CNMC PARA RESOLVER CONFLICTOS ENTRE OPERADORES

- **Alegaciones**

Telefónica alega la supuesta falta de competencias de esta Comisión para intervenir en un conflicto de impago de servicios mayoristas de acceso e interconexión, ya que considera que la desconexión de servicios es una cuestión meramente patrimonial, que afecta al ámbito privado y civil de los operadores, como consecuencia de la resolución del contrato.

Además, esta operadora entiende que el control del justo equilibrio de los intereses de las partes se ha de realizar por la jurisdicción civil, no por la CNMC, que debe solo dedicarse a proteger los derechos de los usuarios finales del operador deudor, de conformidad con lo previsto en el artículo 67.8 de la LGTel y 9.3 de la Carta de derechos del usuario de servicios de comunicaciones electrónicas, aprobada por el Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo.

Finalmente, Telefónica alega que la facultad de la CNMC para intervenir en las negociaciones entre operadores, al objeto de fomentar y garantizar el acceso a redes y la interconexión, se limita al momento preparatorio e inicial de la relación contractual con el operador y no a la fase final de resolución contractual y desconexión de los servicios. Esta operadora añade que la facultad de intervención de la CNMC en los conflictos entre operadores por motivo de impago y la necesidad de autorización para la desconexión de los servicios mayoristas no se prevé ni en la LGTel, ni en la LCNMC. En concreto, Telefónica manifiesta que esta falta de competencia se manifiesta en los contratos tipo mayoristas regulados, donde no se indica expresamente que la CNMC deba autorizar la desconexión de los servicios.

Vodafone considera que las directrices deberían añadir a las entidades obligadas a dar acceso a sus infraestructuras pasivas para el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, de acuerdo con los artículos 52 a 54 de la LGTel. Estas entidades no tienen por qué ser operadores y, sin embargo, pueden sufrir impagos por sus servicios de acceso. Esta operadora entiende que la CNMC debe poder conocer y resolver los posibles conflictos que susciten estos prestadores de recursos asociados.

² Resolución de 5 de mayo de 2016 del conflicto por la que se autoriza a Telefónica de España, S.A.U. a desconectar las redes y rescindir el acuerdo general de interconexión suscrito con Winona Tecno, S.L.

- **Análisis y valoración**

En relación con estas cuestiones, en primer lugar, resulta contradictorio que Telefónica no reconozca la habilitación competencial de esta Comisión para resolver los conflictos en materia de impago de servicios mayoristas de acceso a redes y de comunicaciones electrónicas y que tanto en el pasado como recientemente, en noviembre de 2023³, esta operadora haya acudido a esta Comisión para interponer conflicto y que se le autorice el cese de los servicios de acceso e interconexión debido al impago de estos servicios por parte de operadores deudores.

Por una parte, la habilitación competencial de la CNMC prevista en el artículo 28 de la LGTel en materia de conflictos es lo suficientemente genérica como para que esta Comisión esté capacitada para resolver cualquier tipo de conflicto, a petición de una parte interesada, en relación con las obligaciones existentes en virtud de lo dispuesto en la propia LGTel y su normativa de desarrollo, sin que se excluyan los conflictos sobre el mantenimiento de los servicios de acceso cuando hay impagos de servicios mayoristas.

Entre las obligaciones previstas en la normativa sectorial que han de cumplir todos los operadores, con independencia de la red o servicio que presten, está la de garantizar la interoperabilidad de servicios. En ese sentido, los operadores que exploten redes de comunicaciones electrónicas están obligados a garantizar la interconexión de las redes y el acceso a estas y a los recursos asociados (no solo a negociarla acordarla), conforme lo dispuesto en la LGTel y su normativa de desarrollo⁴ (artículos 17.c) y 18.a) del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Decreto 424/2005, de 15 de abril⁵. (Subrayado nuestro)

Además, se recuerda que, como establece en citado artículo 28 de la LGTel, es una potestad de los operadores el acudir a la CNMC para resolver sus controversias

³ De hecho, el 18 de enero de 2024, la Sala de Supervisión Regulatoria aprobó una medida cautelar solicitada por esta operadora, para que el operador deudor constituya un aval o un sistema de prepago, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.2 del Anexo V de la OIR-IP, que garantice el pago de los servicios prestados <https://www.cnmc.es/expedientes/cftdtsa33823>

⁴ Entre otros, conforme se establece en los artículos 14, 18, 46 y 52 a 54 de la LGTel.

⁵ De acuerdo con la Disposición Transitoria Primera de la LGTel “*Las normas reglamentarias en materia de telecomunicaciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley o dictadas en desarrollo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones o de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, continuarán vigentes en lo que no se opongan a esta ley, hasta que se apruebe su normativa de desarrollo*”.

existentes con otros operadores o prestadores de recursos asociados. En ese caso, este organismo resolverá dicha controversia atendiendo a las pretensiones planteadas por los operadores y prestadores, como sucede con las solicitudes de desconexión de redes y el cese de servicios de acceso, como consecuencia del impago de estos servicios mayoristas prestados.

Es por ello que esta Comisión no ha incluido en los contratos-tipo de los servicios mayoristas regulados a Telefónica la obligación de acudir a este organismo para su desconexión en caso de impago, puesto que la normativa sectorial ya prevé la posibilidad de que los operadores acudan a la CNMC para solicitar la suspensión o desconexión de los servicios o para la resolución de sus disputas derivadas de la ejecución del contrato, tal y como establece en el citado artículo 28 de la LGTel.

Asimismo, en las directrices que se aprueban ahora por Comunicación la CNMC no está imponiendo a los operadores la obligación de acudir a este organismo en casos de impago de los servicios mayoristas prestados. Estas directrices solo persiguen aportar transparencia sobre cómo la CNMC ha estado tramitando y resolviendo este tipo de conflictos planteados por los operadores que operan el mercado de comunicaciones electrónicas, incluido Telefónica, y aportar una guía de criterios para fomentar su resolución más ágil y eficaz.

Por otra parte, no es posible admitir que la desconexión de las redes o el cese de los servicios de acceso y el control del justo equilibrio de los intereses de las partes sean cuestiones que deba dirimir la jurisdicción civil. Precisamente la jurisprudencia ha reconocido la competencia de esta Comisión para supervisar estos extremos, así como las condiciones técnicas (desconexión de redes y cese del servicio de acceso) y económicas (determinación y revisión de precios y fijación de mecanismos de aseguramiento del pago) vinculadas a los contratos de acceso e interconexión⁶, teniendo la CNMC excluida, por otra parte, la habilitación para resolver sobre las cuestiones patrimoniales derivadas de dichos contratos. En concreto, la CNMC no insta nunca al pago (i) de los servicios, (ii) de las penalizaciones devengadas por incidencias en la prestación de los servicios mayoristas (p.ej. por incumplimientos puntuales de los niveles de calidad o de los plazos regulados), (iii) de los intereses de demora o (iv) de las indemnizaciones por daños y perjuicios.

Por último, se recuerda a Telefónica que nada le impide acudir a los órganos jurisdiccionales si así lo considera conveniente para solicitar el pago por los

⁶ A tales efectos, ver Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 2 de diciembre de 2016 (recurso de casación 2010/2014) y Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de abril de 2021 (recurso 764/2018), que se remite en sus fundamentos a la Sentencia del TS de 5 de febrero de 2013 (recurso de casación 4914/2009).

servicios mayoristas de acceso prestados a un operador deudor, junto con la posibilidad de presentar un conflicto ante la CNMC en materia de suspensión o desconexión de las redes, en línea con los conflictos interpuestos tanto en la actualidad como en pasado por esta misma operadora.

En segundo lugar, esta Comisión está de acuerdo con la petición de Vodafone, dado que las entidades obligadas a dar acceso a sus infraestructuras pasivas para el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, en virtud de lo dispuesto en los artículos 52 a 54 de la LGTel, son considerados prestadores de recursos asociados, teniendo en cuenta la definición recogida en el apartado 59 del Anexo II de la LGTel (ver también el apartado 4.2 de la Comunicación).

Por ello, se aclarará en el texto de la Comunicación la potestad de estos prestadores de recursos asociados, ya reconocida en el artículo 28 de la LGTel, de plantear ante la CNMC el cese de los servicios de acceso a sus infraestructuras físicas con motivo de su impago por algún operador.

VI CONTRATOS MAYORISTAS DE ACCESO A REDES DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS Y A RECURSOS ASOCIADOS

- **Alegaciones**

Telefónica alega que las cláusulas relativas a la facturación y pago de los servicios y a las garantías de pago son de contenido económico, por lo que la CNMC no tiene competencias para intervenir. Además, esta operadora manifiesta que los avales y prepagos no funcionan de forma efectiva.

Esta operadora también señala que los contratos de prestación de servicios mayoristas comerciales están amparados en el principio de libertad de pactos entre las partes establecido en el artículo 1255 del Código Civil, por lo que no resulta obligatorio que dichos acuerdos tengan un contenido análogo al fijado por la CNMC en los contratos-tipo regulados.

Vodafone y **Digi** alegan que el hecho de tener o no pactados mecanismos de aseguramiento del pago no puede suponer un obstáculo para la interposición de un conflicto con las mismas garantías, bastando el mero incumplimiento de la obligación de pago. **Vodafone** añade que la adopción de medidas cautelares debe ser ágil e imponer avales o prepagos, incluso de oficio por la CNMC.

Esta misma operadora, así como **ASOTEM**, también solicitan que no se supedite la desconexión de redes o el cese del acceso a servicios mayoristas a la existencia de alternativas en el mercado, sino que se deberían adoptar mecanismos de aseguramiento del pago. En este sentido, **Telefónica** alega que existen

alternativas para dar continuidad a los servicios que el operador deudor presta a sus usuarios, por lo que la desconexión de redes no tiene impacto en el mercado. Por su parte, **AOTEC** pide regular ex ante la posible falta de alternativas en el mercado en una cláusula del contrato y propone que los prestadores de servicios de interconexión comuniquen sus modelos de contratos a esta Comisión, para que la misma valore si el contrato contempla este tipo de cláusulas.

- **Análisis y valoración**

Resulta contradictorio que Telefónica cuestione la competencia de la CNMC para pronunciarse sobre el establecimiento de mecanismos de aseguramiento del pago y que ponga en duda la eficacia de tales garantías para el cobro de la deuda y que prácticamente a la vez esta operadora recurra a este organismo para que adopte una medida cautelar al respecto⁷. Además, se indica que esta Comisión no se está pronunciando sobre el pago de las facturaciones de los servicios de acceso e interconexión en los conflictos resueltos hasta la actualidad y, por tanto, tampoco se indica nada al respecto en la propuesta de Comunicación. Como ya se ha comentado, esta Comisión es consciente de la limitación de su habilitación competencial para resolver sobre cuestiones patrimoniales derivadas de dichos contratos.

Sin embargo, cuestión distinta es la habilitación competencial de esta Comisión para pronunciarse sobre las cláusulas relativas a los mecanismos de aseguramiento del pago, que, como se indica en el citado proyecto de Comunicación, ha sido confirmada en varias ocasiones por la Audiencia Nacional (AN) -ver Sentencias de 29 de mayo de 2009, 26 de abril de 2010 y 19 de septiembre de 2011⁸-.

De hecho, la última sentencia versó sobre el recurso interpuesto por Telefónica contra la Resolución de la CMT de 2 de julio de 2009, relativa a la modificación de las ofertas mayoristas en relación con el sistema de penalizaciones y de garantías de pago (MTZ 2008/120). En este recurso, Telefónica solo cuestionó la competencia de la Comisión para imponer el pago efectivo de las penalizaciones reguladas en las ofertas mayoristas de referencia, lo que estimó la AN en su fallo. En concreto, la AN anuló esa parte de la Resolución recurrida, pero mantuvo el resto de la citada resolución, en relación con el establecimiento del sistema de garantías de pago regulado en las ofertas de referencia de servicios mayoristas de acceso e interconexión.

⁷ Ver nota al pie 2.

⁸ Recursos contenciosos-administrativos nº 912/2006, 506/2008 y 486/2009.

Sobre los mecanismos de aseguramiento del pago se indica que, en el proyecto de Comunicación o directrices sometidas a consulta pública, esta Comisión no supedita la posibilidad de interponer conflicto a la necesidad de prever este tipo de garantías de pago en los contratos, sino que solo se considera razonable que *“los operadores, con carácter previo a la interposición del conflicto, pacten planes de pagos, adicionales a los mecanismos de aseguramiento del pago previstos en el contrato, cuando estos hayan sido ya ejecutados debido al impago acumulado de los servicios, o en sustitución de estos, de modo que se facilite al operador deudor afrontar sus obligaciones económicas derivadas del contrato si le es posible”*. No obstante, esta Comisión también reconoce que esto no siempre ocurre.

Un objetivo de esta Comisión es que su intervención sea mínima y que los operadores solucionen sus disputas de buena fe y mutuo acuerdo, pero si ello no es posible cualquiera de los operadores o prestadores de recursos asociados puede interponer un conflicto ante esta Comisión y solicitar las medidas cautelares que considere más oportunas para la defensa de sus intereses, como puede ser la de obligar al operador deudor a la constitución de un aval o prepago, para asegurar el pago de la deuda devengada o que se pueda devengar.

Sobre no supeditar la desconexión de redes o el cese del acceso a servicios mayoristas a la existencia de alternativas en el mercado y regularlo como una cláusula de los contratos de servicios mayoristas, aunque la Comunicación señala que, antes de autorizar el cese de los servicios, esta Comisión analiza que no concurren otras razones que aconsejen salvaguardar el acceso o la interconexión de redes -como que haya alternativas mayoristas en el mercado que permitan al operador deudor pactar tales servicios con otros operadores y que este haya tenido tiempo para negociar una modificación de precios o un contrato con un tercer operador-, nunca ha sido necesario tomar este tipo de medida y se ha autorizado el cese del servicio mayorista tras la adopción de la resolución que ha puesto fin al conflicto.

Aun así, esta Comisión es consciente de que, gracias al esfuerzo inversor de los operadores y a la regulación de los mercados de banda ancha, se ha incrementado la competencia en prácticamente todo el ámbito nacional en estos mercados (a excepción de en municipios de baja densidad poblacional⁹); y lo mismo puede decirse de otros mercados que han ido desregulándose. También se comparte que supeditar la desconexión de las redes o el cese de los servicios de acceso a la necesidad de que haya alternativas en el mercado para el operador deudor puede

⁹ Actualmente se encuentran desregulados 696 municipios del mercado de servicios de acceso de banda ancha prestados mediante redes fijas, por considerar que existe competencia en servicios de banda ancha rápida y ultrarrápida (BAU). Estos municipios comprenden alrededor del 70% de la población española (mercados 1 y 3b).

aumentar la deuda contraída. Todo operador es responsable de preservar el mantenimiento de su negocio, de garantizar la prestación de sus servicios a sus clientes, así como de cumplir con sus obligaciones contractuales.

Por ello, se han revisado los párrafos de la Comunicación que hacen referencia a este punto y se matizan las consideraciones realizadas. No obstante, debe recordarse que la CNMC ha de considerar todas las alegaciones presentadas en un procedimiento administrativo de conflicto y ha de preservar los intereses generales concurrentes y en particular los considerados en la normativa sectorial - artículos 103 de la Constitución española y 3, 14.5 y 28.3 de la LGTel-

Por otra parte, se rechaza la necesidad de regular una cláusula en los contratos sobre la falta de alternativas en el mercado, como pide AOTEC, que libremente pueden pactar los operadores. Tampoco se considera necesario que esta Comisión revise dichas cláusulas en caso de acordarse, salvo que sea solicitado específicamente por los operadores.

Finalmente, se señala a Telefónica que ni en la Comunicación o directrices, ni en resoluciones anteriores, esta Comisión ha indicado que sea obligatorio que los acuerdos comerciales de acceso e interconexión (no regulados ex ante), que firmen los operadores, deban tener un contenido análogo al fijado por la CNMC en los contratos-tipo regulados al operador con PSM; por lo que esta alegación se considera infundada.

Lo que sí recomienda esta Comisión, de acuerdo con la experiencia adquirida, es que es útil que los operadores alternativos utilicen cláusulas claras o similares a las establecidas en dichos contratos-tipo, que prevean las consecuencias que pueden derivarse del retraso continuado o el impago de una o más facturas, así como mecanismos de aseguramiento de los pagos por los servicios prestados.

VII PROCEDIMIENTO SEGUIDO POR LA CNMC EN LA INSTRUCCIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

- **Alegaciones**

Sobre el plazo de resolución de los conflictos, **Telefónica, Vodafone, ASOTEM, ACUTEL y Grupo Masmovil** proponen, en general, que se reduzcan los plazos de tramitación. En concreto, este último pide que los plazos se reduzcan a la mitad (tramitación urgente), puesto que considera que *“así se evitaría la generación de una deuda adicional, ya que rara es la ocasión, por parte del operador afectado por el impago, en la cual se llega a recuperar cantidad alguna, y esta reducción en el plazo tampoco supondría la vulneración de ningún derecho hacia el operador*

deudor". En esta misma línea, **ASOTEM** también pide que se utilice la tramitación urgente para evitar que no aumente más la deuda.

Telefónica alega también que si se redujera el plazo de resolución de los procedimientos se disminuirían los perjuicios generados por la deuda. De hecho, esta operadora propone eliminar todo el apartado 6 del proyecto de Comunicación de directrices, dedicado al "*Procedimiento seguido por la CNMC en la instrucción y resolución de los conflictos*", de modo que sea suficiente la comunicación de corte de servicios a la CNMC y al operador deudor. Esta operadora entiende que el equilibrio entre las partes sólo se reestablece con un proceso ágil de desconexión de los servicios, que evite que la deuda siga incrementándose de manera irremediable.

Además, Telefónica alega que no se debería esperar a que se hayan ejecutado las garantías previstas en el contrato (depósito, aval, prepago, etc.), antes de proceder al cese o corte de los servicios, al tratarse de mecanismos que pueden ser potestativamente utilizados por el operador acreedor o bien ser ejecutados en paralelo con el cese de los servicios, si estos resultan insuficientes para cubrir la deuda contraída.

Por su parte, **ACUTEL** propone suprimir las referencias sobre que se podrá prescindir del trámite de audiencia y sacar resolución directa ante el silencio del deudor.

- **Análisis y valoración**

La CNMC es sensible con esta demanda de los operadores y los motivos que la justifican, por lo que intentará reducir al máximo el plazo de resolución de los conflictos. Sin embargo, los operadores deben tener en cuenta que este organismo, en cuanto Administración Pública, se encuentra sujeto a los principios y trámites previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), para la instrucción y resolución de los procedimientos administrativos.

Ello implica que esta Comisión no pueda prescindir, por defecto, del trámite de audiencia, fuera de las excepciones que permite la LPAC (artículo 82.3 y 4¹⁰) o

¹⁰ "3. Si antes del vencimiento del plazo los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite.

4. Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado".

reducir los plazos de tramitación a la mitad, si no concurren los condicionantes establecidos para aplicar la tramitación de urgencia, conforme establece el artículo 33 de la LPAC:

1. Cuando razones de interés público lo aconsejen, se podrá acordar, de oficio o a petición del interesado, la aplicación al procedimiento de la tramitación de urgencia, por la cual se reducirán a la mitad los plazos establecidos para el procedimiento ordinario, salvo los relativos a la presentación de solicitudes y recursos.

2. No cabrá recurso alguno contra el acuerdo que declare la aplicación de la tramitación de urgencia al procedimiento, sin perjuicio del procedente contra la resolución que ponga fin al procedimiento.

Las razones que argumentan los operadores para solicitar a esta Comisión que adopte, por defecto, la tramitación de urgencia, en los procedimientos de conflicto en materia de impagos de los servicios mayoristas, versan sobre el no aumento de la deuda ya devengada, lo que es muy legítimo, pero no de interés público sino particular.

No deben confundirse estas razones económicas con los objetivos de interés general previstos en el artículo 3 de la LGTel que debe observar este organismo (entre ellos, promover la competencia efectiva en los mercados; así como el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, fomentando la conectividad y la interoperabilidad extremo a extremo y su acceso, en condiciones de igualdad y no discriminación; o defender los intereses de los usuarios finales), y que justifican la intervención de la CNMC en caso de disputas entre operadores o entre operadores y prestadores de recursos asociados, entre otros.

Porque el objetivo que debe perseguir esta Comisión es el mantenimiento de los servicios de acceso e interconexión y el justo equilibrio de las contraprestaciones, no la desconexión de las redes o el cese de los servicios. Sin embargo, ello no siempre es posible, teniendo el operador acreedor que subvencionar los servicios del operador deudor, lo que lleva a este organismo a autorizar la desconexión de las redes o el cese de los servicios de acceso, lo que obliga a los usuarios finales del operador deudor a cambiar de operador, si no quieren perder los servicios de comunicaciones electrónicas que vienen disfrutando.

Por otro lado, tampoco se acepta la solicitud de ACUTEL de suprimir las referencias sobre que se podrá prescindir del trámite de audiencia y sacar resolución directa ante el silencio del deudor, ya que es una posibilidad que permite el artículo 82.4 de la LPAC y esta Comisión no puede retrasar la tramitación de estos

procedimientos precisamente por los motivos indicados por algunos operadores, antes tratados.

Igualmente, no se derogará todo el apartado 6 del proyecto de Comunicación de directrices, como propone Telefónica, ya que este apartado solo recoge el procedimiento seguido hasta el momento por la CNMC en la resolución de los conflictos de referencia, siguiendo lo dispuesto en la LGTel y en la LPAC.

Sobre que no sea necesaria la intervención de la CNMC en este tipo de disputas, siendo suficiente la comunicación de corte de los servicios mayoristas al operador deudor y a esta Comisión, ya se ha señalado que es una potestad de los operadores el acudir a este organismo para la resolución de los conflictos que surjan sobre el cese de servicios mayoristas debido a su impago, por lo que Telefónica puede no acudir a la CNMC a través de la interposición de un conflicto aunque sí es necesario que comunique el cese de los servicios a esta Administración. Esta operadora debe tener en cuenta que pueden ser los operadores deudores los que pueden acudir a la CNMC si consideran que se les está lesionando algún derecho contractual o regulatorio, con el cese de los servicios de acceso e interconexión.

Además, se indica a esta operadora que esta Comisión está de acuerdo con que las garantías de pago puedan ejecutarse en paralelo con el cese de los servicios. No obstante, si las garantías que constituya el operador deudor fueran suficientes para cubrir toda la deuda devengada, no procedería acordar el cese de los servicios o habría que analizar esta medida con mayor detenimiento atendiendo a las circunstancias concurrentes.

En otro caso, se estima proporcionado recomendar que los operadores acuerden la ejecución de las garantías previstas en el contrato (depósito, aval, prepago, etc.), antes de proceder al cese o corte de los servicios. Además, puede que el uso de estos mecanismos no siempre sea potestativo para el operador acreedor, ya que dependerá de los términos en los que estén pactados los contratos al respecto.

Telefónica debe tener en cuenta que el objetivo de interés público de esta Comisión es fomentar la competencia y garantizar el acceso a redes y recursos asociados y a su interconexión (negociación y mantenimiento), como ya se ha indicado (artículo 3 de la LGTel). Por lo que si el operador deudor pudiera garantizar la deuda contraída y futura mediante la constitución de avales, prepagos o un plan de pagos y el operador acreedor no le permitiera la constitución de este tipo de garantías, en contra de lo dispuesto en su contrato, el operador deudor podrá interponer un conflicto ante esta Comisión acreditando dicho aspecto y solicitando la medida cautelar de suspender el cese de los servicios prestados por el operador acreedor; solicitud que deberá ser analizada por esta Comisión, pudiendo ser aceptada por este organismo según cada caso concreto.

VIII GUÍA DE CRITERIOS

- **Alegaciones**

En relación con la guía de criterios sobre la tramitación de los procedimientos de conflicto en materia de ceses de servicios por impagos, varios operadores y asociaciones de estos han presentado propuestas de cambio.

En concreto, **ACUTEL** y **Lyntia** solicitan incluir en la guía de criterios un supuesto aparte en el que se recoja la posibilidad del operador deudor de reclamar que el operador acreedor no cumple correctamente con la prestación de los servicios mayoristas de acceso e interconexión.

En relación con el punto 3 del Criterio segundo, **Digi** y **Vodafone** solicitan que en la guía se indique cómo pedir una medida cautelar. En particular, **Vodafone** solicita que baste la información que aporte el operador acreedor (facturas de servicios, impagos de facturas, comunicaciones, otra información) y que la CNMC prevea qué posible información adicional pudiera ser necesaria, para requerirla lo antes posible.

Sobre este punto, **Telefónica** considera desproporcionada la documentación que debería aportar el operador acreedor a la CNMC. Esta operadora entiende que aligerando al máximo dicha información se conseguirá el objetivo de agilizar la acción de la CNMC.

En relación con el punto 4 del Criterio tercero, sobre los conflictos de impagos de servicios mayoristas de acceso e interconexión a redes, **ASOTEM** y **AOTEC** alegan que esperar el mes para que los usuarios puedan cambiar de operador supone un incremento de la deuda, por ello proponen que en trámite de audiencia y por urgencia se adopte una medida cautelar que obligue al operador deudor a que haga el comunicado a los clientes en 5 días hábiles. Durante ese mes que disponen los usuarios tras la comunicación del operador deudor, estas dos asociaciones de operadores proponen que la CNMC podría adoptar la resolución haciéndola coincidir con la fecha de fin del mes.

Digi propone también revisar la redacción del punto 7 del Criterio cuarto, relativo al procedimiento seguido por la CNMC para resolver los conflictos entre operadores, ya que considera que los puntos 8 a 10 ya recogen la pérdida sobrevenida del objeto y el desistimiento.

Finalmente, **Telefónica** propone una guía de criterios alternativa, ya que entiende que la celeridad necesaria no se consigue prescindiendo del trámite de audiencia, conforme se propone en el apartado 6 del proyecto de Comunicación. Esta operadora considera que deberían bastar las comunicaciones del operador

acreedor al operador deudor y a la CNMC del corte de los servicios, para que la CNMC pueda vigilar que el operador deudor respeta los derechos de los usuarios. Telefónica alega que de este modo se: (i) impediría que la deuda siga incrementándose; (ii) restituiría el equilibrio contractual; y (iii) interrumpiría la financiación de servicios a un operador que además es competidor directo.

- **Análisis y valoración**

Respecto a lo de incluir un supuesto que recoja la posibilidad del operador deudor de reclamar que el operador acreedor no cumple correctamente con la prestación de los servicios mayoristas, esta Comisión no considera procedente incluir este supuesto, ya que la existencia de deficiencias en la prestación del servicio mayorista no justifica su impago, sino la reclamación de la restitución de las condiciones de suministro pactadas y de las correspondientes penalizaciones que en su caso hubieran sido acordadas en el contrato para estos casos. En cualquier caso, en el marco de los procedimientos de conflictos se analizan todas las circunstancias alegadas por las partes.

Además, salvo que así lo pacten los operadores, el pago de dichas penalizaciones no es compensable con el impago de los servicios, ya que ambos pagos son de distinta naturaleza, tal y cómo se ha indicado en los procedimientos de conflicto de ceses de servicios donde se ha planteado esta cuestión por parte del operador deudor¹¹.

En esos casos, el operador que sufre dichas deficiencias en la prestación de los servicios puede interponer un conflicto ante esta Comisión, aportando las pruebas oportunas para su correcto análisis, en cuanto la CNMC es competente para comprobar las condiciones de suministro de los servicios (por ejemplo, calidad y plazos) y su cumplimiento en el marco de los contratos regulados y también si así lo solicita un operador en relación con las condiciones de servicio pactados en un contrato mayorista no sujeto a regulación.

En cambio, si el problema es que el operador no paga las penalizaciones devengadas por las deficiencias de sus servicios prestados, en contra de lo dispuesto en el contrato, no es competencia de esta Comisión analizar esta cuestión al pertenecer a la esfera jurídico-privada de las partes; por lo que el operador que reclame dichas penalizaciones deberá hacerlo en la vía judicial.

Sobre la petición de incluir en la guía cómo pedir una medida cautelar y delimitar la información que esta Comisión necesita que aporte el operador acreedor para

¹¹ Ver CFT/DTSA/029/17/Desconexión Acceso Telefónica vs Ocean's.

adoptar dichas medidas, en primer lugar, se indica que los criterios o presupuestos para que una medida cautelar pueda ser adoptada han sido sistematizados por la doctrina y la jurisprudencia, siendo estos:

- La existencia de apariencia de buen derecho (“*fumus boni iuris*”) o de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida.
- Previsión razonable de la necesidad y urgencia de la medida (“*periculum in mora*”) para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.
- La inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.
- Es necesario que la medida a adoptar sea proporcional e idónea en la ponderación que hace la Administración entre el interés público que trata de satisfacer la actuación administrativa y los posibles perjuicios que se irroguen a los afectados por la misma.

Por lo que son estos los criterios que han de cumplir las medidas cautelares que los operadores acreedores soliciten a este organismo y que estos deberán tener en cuenta a la hora de aportar los datos o documentos que justifiquen dichos presupuestos. Por consiguiente, no se considera necesario incluir estos criterios en la Comunicación.

En segundo lugar, en el punto 3 del criterio Cuarto de la guía de criterios de actuación, ya se indica la información que se considera apropiada que sea aportada junto con el escrito de interposición del conflicto, para evitar solicitar información adicional al operador (la cual no se entiende que sea excesiva, sino que es razonable y apropiada para precisamente agilizar la tramitación y resolución del procedimiento, en contra de lo que alega Telefónica). También se señala que es muy oportuno que estas medidas cautelares sean solicitadas en el momento de interponer el conflicto, para que puedan ser adoptadas por este organismo lo antes posible.

Esta Comisión entiende lo alegado por las dos asociaciones de operadores sobre que es posible que aumente la deuda durante el mes de preaviso a los usuarios como consecuencia de la desconexión de los servicios al operador deudor. Sin embargo, la CNMC no puede imponer que el operador deudor avise a los clientes antes de finalizar la instrucción del conflicto, a través de la adopción de una medida cautelar, ya que ello le supondría la pérdida de dichos clientes antes de conocer si efectivamente se le van a desconectar los servicios, lo que complicaría aún más el pago de la deuda devengada o el establecimiento de planes de pago y la constitución de mecanismos de garantías. Es responsabilidad del operador deudor tomar las acciones oportunas a este respecto en cuanto conozca que va a cesar la prestación de los servicios mayoristas de acceso y/o interconexión.

Tampoco procede limitar de antemano y a un mes el plazo para que esta Comisión adopte la resolución que ponga fin al conflicto, tras la adopción de las medidas cautelares como las solicitadas. Como ya se comenta en la Comunicación y se ha señalado antes, el modo de evitar que la deuda devengada por la prestación de servicios no pagados siga aumentando es la de pactar medidas de aseguramiento en el contrato y/o solicitar una medida cautelar con la interposición del conflicto, solicitando la constitución de alguna de estas medidas en caso de que el operador deudor no las constituya voluntariamente.

Es más, junto con la solicitud de medidas cautelares los operadores (o incluso esta Comisión de oficio) podrán pedir el apercibimiento del cumplimiento de la resolución que las adopte, bajo la imposición de multas coercitivas en caso contrario. Este aspecto se incluirá en la Comunicación.

Además, si el operador deudor no constituyera dichas garantías de aseguramiento del pago, tras la medida cautelar, ello justificaría que esta Comisión adoptara la resolución lo antes posible autorizando el cese de servicios.

Respecto a lo alegado por Digi sobre los puntos 7 a 10 del Criterio cuarto, se considera razonable su solicitud, por lo que se adaptará el texto de estos puntos para evitar repeticiones sobre las diferentes posibilidades de terminar el procedimiento de conflicto, por desistimiento de alguna de las partes o por desaparición del objeto, según la actitud que adopte el operador deudor (por ejemplo, si garantiza el pago de las deudas devengadas y futuras o acepta el corte de los servicios, debido a su imposibilidad de hacer frente a los pagos del servicio o por cambio de operador mayorista de acceso).

Por último, como ya se ha indicado en el anterior punto VII, se rechaza incluir la guía de criterios alternativa propuesta por Telefónica. Si Telefónica no quisiera acudir a este organismo para solucionar sus disputas con otros operadores en materia de impagos y cese de los servicios, no está obligada a hacerlo, sin perjuicio de lo dispuesto en sus ofertas de referencia en caso de que esta operadora quiera denegar la provisión de nuevos servicios de interconexión o la ampliación de los existentes al operador que se encuentre en situación de impago y con la aplicación de un sistema de prepago, como ya se indicó en el proyecto de Comunicación (ver apartado 6.2.2).

IX CUESTIONES ADICIONALES

- **Alegación**

Vodafone propone que se puedan reabrir conflictos si no se cumplen con las garantías de pago (avales/prepagos) y sumar intereses de demora por el tiempo de impago.

- **Análisis y valoración**

En caso de que no se constituyan las garantías de pago acordadas entre operadores o impuestas por esta Comisión en medida cautelar, durante la instrucción de un conflicto, de acuerdo con la práctica de esta Comisión, lo normal es que se autorice el cese de los servicios de acceso al operador deudor en la resolución que ponga fin al procedimiento de conflicto.

Cuestión distinta es que el operador deudor dejase de cumplir con las garantías de pago constituidas tras la resolución de un conflicto en materia de impagos. En ese caso, se indica que, más que reabrir dicho procedimiento de conflicto que ya estaría resuelto, los operadores acreedores podrán solicitar en el marco de un nuevo procedimiento de conflicto el cese definitivo de los servicios de acceso prestados o comunicar el cese a la CNMC conforme establezca el contrato suscrito, con suficiente antelación. Este nuevo procedimiento de conflicto podrá instruirse y resolverse de forma más ágil, al hallarse ya en esta Comisión información sobre la conducta del operador deudor procedente del anterior conflicto.

En cuanto a sumar los intereses de demora por el tiempo que dure el impago, se indica a Vodafone que, si bien esta es una solicitud razonable, que está incluida en las ofertas de referencia de los servicios mayoristas de acceso regulados, no compete a esta Comisión pronunciarse al respecto. Como ya se ha señalado, este es un aspecto meramente patrimonial que afecta al ámbito privado y civil de los operadores y que los operadores acreedores pueden reclamar en vía jurisdiccional.
