



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 15/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 24 de abril de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente RO 2007/773 se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN PRESENTADO POR TELE2 COMMUNICATIONS SERVICES, S.L. CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., SOCIEDAD UNIPERSONAL RELATIVO A LA ACREDITACIÓN DE IMPAGOS EN SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL.

I. ANTECEDENTES

Primero.- Escrito presentado por TELE2 COMMUNICATIONS SERVICES, S.L.

Con fecha 27 de marzo de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de D. Heliodoro Alcaraz García de la Barrera, en nombre y representación de COMUNITEL GLOBAL, S.A.¹ (en adelante, TELE2) por el que plantea conflicto de interconexión.

¹ Con fecha 24 de octubre de 2007 mediante Resolución del Secretario de esta Comisión se procedió a cancelar la inscripción efectuada en el Registro de operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas correspondiente a la entidad COMUNITEL GLOBAL, S.A.U. como persona autorizada para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y se procedió a la inscripción en el citado Registro de la modificación, por ampliación de la actividad de TELE2 COMMUNICATIONS SERVICES, S.L. como persona autorizada para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En concreto, la representación de TELE2 señalaba lo siguiente:

- Que en el marco del conflicto de interconexión tramitado por esta Comisión con el número de referencia RO 2005/1323, en el cual TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., SOCIEDAD UNIPERSONAL (en adelante, TELEFÓNICA) denunciaba que TELE2 había rechazado la repercusión de cantidades correspondientes a las llamadas efectuadas a servicios de tarificación adicional, que habían sido reclamadas y no pagadas por los usuarios llamantes, solicitando la devolución de dichos importes, TELE2 puso de manifiesto que: (i) no cuestionaba la procedencia del traslado de dichas devoluciones por parte de TELEFÓNICA (ii) que TELEFÓNICA estaba incumpliendo las obligaciones impuestas por la normativa vigente en materia de acreditación de impagos, en relación con una serie de supuestos impagos que ya habían sido repercutidos por TELEFÓNICA, solicitando ser indemnizada por tal incumplimiento.
- Que esta Comisión resolvió dicho conflicto entendiendo que TELEFÓNICA había actuado negligentemente y había abusado de su derecho, sin pronunciarse sin embargo, sobre la falta de acreditación de los impagos ya repercutidos por TELEFÓNICA a TELE2 y sobre el derecho de ésta a ser indemnizada.
- Que no estando de acuerdo TELE2 con la Resolución de 25 de mayo de 2006 (RO 2005/1323) interpuso recurso de reposición con fecha 3 de julio de 2006, solicitando la apertura de un nuevo procedimiento en el que se declarase que TELEFÓNICA debía indemnizar a TELE2 por los impagos repercutidos por aquella entidad que no han cumplido los requisitos establecidos en la OIR y en las diversas Resoluciones de esta Comisión.
- Que mediante Resolución de 13 de diciembre de 2006 (AJ 2006/962) esta Comisión desestimó el recurso de reposición interpuesto por TELE2 por considerar, entre otros motivos, que las pretensiones de ésta no fueron objeto del procedimiento durante su tramitación y que dichas peticiones se habían formulado de forma extemporánea.
- Que los ficheros remitidos por TELEFÓNICA a TELE2 con información relativa a cantidades impagadas por los usuarios de TELEFÓNICA que han efectuado llamadas a numeración de tarificación adicional asignada a TELE2 solicitando la devolución de las cantidades correspondientes, no reúnen los requisitos exigidos por la OIR en lo que se refiere a acreditación de impagos, omitiendo información relevante sin la cual TELE2 no puede analizar la procedencia o no del traslado de los impagos en cuestión.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que TELE2 ha venido requiriendo a TELEFÓNICA en todas las actas de consolidación suscritas entre ambos operadores desde agosto de 2002 la acreditación, en los términos exigidos por la normativa vigente, de los impagos que dicho operador ha venido repercutiendo a TELE2.
- Que con fecha 23 de marzo de 2004, 13 de julio de 2004 y 30 de septiembre de 2005 TELEFÓNICA remitió a TELE2 una serie de ficheros en concepto de acreditación de impagos correspondientes a llamadas efectuadas y supuestamente impagadas por los abonados de TELEFÓNICA a numeración de tarificación adicional asignada a TELE2 entre los meses de enero de 2002 y marzo de 2004.
- Que de esta relación de impagos TELEFÓNICA remite información en algunos supuestos más de dos años después desde la fecha de conocimiento del impago, sin acreditar los impagos de acuerdo con la normativa vigente y sin justificar determinadas cantidades.
- Que TELE2 ha abonado a TELEFÓNICA 2.002.222 € en concepto de impagos de abonados a llamadas efectuadas a servicios de tarificación adicional, repercutidos por TELEFÓNICA en todas las actas de consolidación firmadas desde junio de 2002 hasta mayo de 2005, efectuando el primer pago de dicha cantidad el 24 de junio de 2002 y el último el 24 de mayo de 2005, por las cantidades impagadas por los abonados desde enero de 2002 hasta marzo de 2004.
- Que tal y como ha mantenido esta Comisión en otros conflictos de impagos de llamadas efectuadas a servicios de tarificación adicional, TELEFÓNICA debe indemnizar a TELE2 con una cantidad equivalente a la factura impagada por el abonado al no haber actuado con la diligencia debida y no haber dado cumplimiento a las obligaciones derivadas de su función de intermediación, es decir, por una cantidad de 2.002.222 €, todo ello sin perjuicio del derecho de TELE2 a solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados ante la jurisdicción civil.
- Que TELEFÓNICA nunca ha facilitado a TELE2 la documentación que acredite que ha agotado todos los medios puestos a su alcance por la normativa sectorial para el cobro de las cantidades impagadas.
- Que con respecto a la acreditación de los impagos definitivos (i) o no se comunica el domicilio del usuario, la fecha de desconexión u otros datos (ii) o la información facilitada presenta ciertas discrepancias, como el hecho de que la efectividad de la baja es anterior a la fecha de la factura. Añade TELE2, que TELEFÓNICA tampoco ha comunicado en ningún momento su voluntad o no de continuar persiguiendo la deuda, e



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incluso cuando decide perseguirla si lo hace por la vía judicial o extrajudicial.

Expuestas estas consideraciones, TELE2 solicita a la CMT lo siguiente:

“Se declare la obligación de TELEFÓNICA de indemnizar a TELE2 con la cantidad de 2.002.222 €.

Se declare la obligación de TELEFÓNICA de acreditar los impagos correspondientes a servicios de tarificación adicional en los términos previstos en la OIR y en los plazos pertinentes, remitiendo a mi representada la información y documentación que se relaciona en dicha Oferta y en las Resoluciones de esta Comisión que resulten de aplicación en cada momento.

Se declare la inexistencia de obligación por parte de TELE2 de devolver a TELEFÓNICA las cantidades impagadas por los abonados de ésta que realizan llamadas a servicios de tarificación adicional, cuando este operador no facilite, dentro de plazo, a mi representada la información y documentación exigida en la OIR y demás Resoluciones aplicables en cada momento.”

Segundo.- Apertura de procedimiento para la resolución del conflicto.

Mediante sendos escritos fechados el día 27 de junio de 2007, y en cumplimiento de lo establecido 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), se comunicó a los interesados, TELE2 y TELEFÓNICA, que había quedado iniciado expediente administrativo para la resolución del conflicto planteado por la primera de estas entidades.

Tercero.- Requerimiento de información a TELEFÓNICA.

Con fecha 14 de noviembre de 2007 por parte de esta Comisión se evacuó requerimiento a TELEFÓNICA para que esta entidad aportara la siguiente información y documentación:

- Documentación acreditativa aportada por TELEFÓNICA de los datos que se le han remitido a TELE2 como justificante del impago de los usuarios llamantes de cada una de las facturas por llamadas realizadas a servicios de tarificación adicional (en adelante, STA) titularidad de TELE2 y denunciadas en el presente conflicto.
- Documentación acreditativa aportada por TELEFÓNICA y remitida a TELE2 de que se han agotado todos los medios puestos a su alcance en la normativa sectorial para asegurar el pago de las facturas por el abonado.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Documentación acreditativa de las fechas en las que se produjeron los impagos por los usuarios llamantes y fechas en las que TELEFÓNICA puso en conocimiento de TELE2 la existencia y reclamación de las facturas reclamadas.
- Documentación acreditativa por parte de TELEFÓNICA de que comunicó y justificó a TELE2 su decisión de continuar o no persiguiendo las deudas por vía judicial o extrajudicial derivadas del impago definitivo de las facturas reclamadas.
- Justificación de las discrepancias existentes en la información presentada por parte de TELEFÓNICA en los ficheros remitidos a TELE2 relativa a las fechas de las facturas emitidas y las fechas de efectividad de baja de la línea, al ser aquéllas posteriores a éstas.

Con fecha 17 de diciembre de 2007 tuvo entrada escrito de TELEFÓNICA dando contestación al requerimiento evacuado por parte de esta Comisión. En particular señaló lo siguiente:

- Respecto a la documentación acreditativa aportada por TELEFÓNICA de los datos que se le han remitido a TELE2 como justificante del impago de los usuarios llamantes de cada una de las facturas por llamadas a STA titularidad de TELE2, TELEFÓNICA manifiesta que teniendo en cuenta las sucesivas modificaciones de las que el tratamiento de impagos ha sido objeto en la OIR, hay que distinguir dos periodos regulatorios diferentes en los que las obligaciones impuestas por esta Comisión a TELEFÓNICA como encargada de la gestión de la facturación y el cobro de los STA han sido cumplidas.

Un primer período desde la Resolución de 17 de enero de 2002 sobre la modificación de la OIR 2001 para los servicios de red inteligente hasta la modificación de la OIR 2003 mediante la Resolución de 10 de julio del mismo año y desde este momento en adelante.

En la OIR 2001 no se recogía obligación alguna de TELEFÓNICA en cuanto a la gestión de la facturación y el cobro de los STA ni en cuanto a la acreditación de tales gestiones. Añade TELEFÓNICA, que no obstante y habida cuenta de las Resoluciones de 27 de junio y 30 de julio de 2002 de esta Comisión relativas a otros operadores, en las que se recogía la obligación de aportar determinados datos (número de la factura, mes de emisión y fecha de vencimiento de la misma, fecha en la que TELEFÓNICA tuvo conocimiento del impago, central de origen de la llamada, seis primeros dígitos del número llamante, número llamado, importe impagado, estado de la ejecución de las garantías constituidas por el abonado, estado de tramitación de la facturación y cobro de la factura impagada y operador que presta el servicio de inteligencia de red), TELEFÓNICA procedió a remitir a TELE2 los ficheros con dicha información.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El segundo período a partir de la Resolución de 10 de julio de 2003 recogió el cambio de modelo en el cual se condicionaba el abono en interconexión de las llamadas a STA al cobro previo², debiendo acreditar el impago y las gestiones realizadas, recogándose obligaciones específicas en materia de gestión de la facturación y del cobro de los STA en interconexión en la propia Oferta.

Con esta modificación TELEFÓNICA debía acreditar suficientemente a los operadores interconectados la existencia de impagos por parte de los abonados llamantes aportando: número de factura, mes de emisión y fecha de vencimiento de la factura, fecha, hora, comienzo y duración de la llamada, número llamante completo, CIF/DNI del llamante, número llamado, importe total impagado, información sobre el estado de la ejecución de las garantías constituidas por el abonado, estado de la tramitación de facturación y gestión de cobro de la factura impagada y operador que presta el servicio.

- Respecto de la documentación acreditativa aportada por TELEFÓNICA y remitida a TELE2 de que se han agotado todos los medios puestos a su alcance en la normativa sectorial para asegurar el pago de las facturas por el abonado, TELEFÓNICA aporta la documentación necesaria para que, según ella, TELE2 prosiguiera con las gestiones de cobro ya fuera en vía judicial o extrajudicial.
- Respecto de la documentación acreditativa de las fechas en que se produjeron los impagos por los usuarios llamantes y fechas en las que TELEFÓNICA puso en conocimiento de TELE2 la existencia y reclamación de las facturas, TELEFÓNICA manifiesta que como se desprende de los ficheros aportados en respuesta al presente requerimiento, las mismas se realizaron mensualmente.
- Respecto de la documentación acreditativa por parte de TELEFÓNICA de que se comunicó y justificó a TELE2 su decisión de continuar o no persiguiendo las deudas por vía judicial o extrajudicial derivadas del impago definitivo de las facturas, TELEFÓNICA aporta las mismas junto con el recibí correspondiente por parte de TELE2.
- Por último, en cuanto a las discrepancias existentes en la información presentada por parte de TELEFÓNICA en los ficheros que remite a TELE2 entre las fechas de las facturas emitidas y las fechas de efectividad de baja de la línea, por ser aquéllas posteriores a éstas, TELEFÓNICA señala que la fecha de efectividad de la baja es la fecha que indica el último día en que el cliente ha disfrutado de los servicios impagados. Así, en el caso de que haya desconexión por falta de pago, la fecha de efectividad de baja coincidirá con la fecha en la que se ha desconectado al cliente. Es por ello que necesariamente la fecha de emisión de la factura de los importes devengados pendientes tiene que ser siempre posterior a la fecha de efectividad de la baja.

² El cual entró en vigor el 1 de abril de 2004.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TELEFÓNICA aporta otra casuística en la que puede darse la situación descrita como es aquella en la que el propio cliente solicita la baja del servicio telefónico en el período transcurrido desde la emisión de la factura impagada hasta la desconexión efectiva de los STA. En estos casos la fecha de baja reflejada será esta última y también se emitirá una factura en fechas posteriores con los importes devengados.

Efectuadas estas alegaciones, TELEFÓNICA solicita que teniendo en cuenta la documentación aportada y habiendo cumplimentado el requerimiento que se le ha realizado, se proceda al archivo del presente procedimiento al cumplir TELEFÓNICA en todo caso con las Resoluciones de esta Comisión.

Cuarto.- Escrito de alegaciones de TELEFÓNICA de fecha 21 de diciembre de 2007.

El 28 de diciembre de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TELEFÓNICA en el que realiza las siguientes manifestaciones:

- Que la denuncia de TELE2 recae sobre una supuesta acreditación tardía de la facturación y gestión del cobro de las llamadas realizadas a los STA de TELE2 encomendada a TELEFÓNICA, es decir, que lo que se cuestiona es el cumplimiento por parte de ésta de las obligaciones de gestión de la facturación y el cobro fijadas en el contrato de mandato suscrito entre ambas partes (por medio del Acuerdo General de Interconexión, en adelante AGI) y la exigencia de una responsabilidad contractual.

Por lo anterior, tanto una posible indemnización como las consecuencias privadas derivadas de los incumplimientos o cumplimientos defectuosos del contrato de mandato solamente se pueden dilucidar por la jurisdicción ordinaria, y no por un órgano administrativo.

En conclusión, no estamos ante un conflicto de interconexión, como pretende hacer valer TELE2, sino ante una auténtica reclamación de responsabilidad civil contractual emanada de un contrato de mandato, debiendo procederse al archivo del presente procedimiento.

- Que TELE2 ha realizado el pago de las cantidades reclamadas sin ser compelido a ello y de forma voluntaria, reconociendo la procedencia de la compensación de cuantías de forma inequívoca, sin haber discrepado, en unos casos, y sin haber justificado las discrepancias en las actas de consolidación, en otros.

Que TELE2 tampoco procedió a negarse al pago y a consignar las cantidades objeto de discrepancia mientras se dirimía en vía judicial la acción indemnizatoria, por lo que no cabe más que concluir que TELE2 ha aceptado la procedencia del pago de las cantidades impagadas por los usuarios llamantes a sus STA a TELEFÓNICA, aunque ahora, cinco años después de la primera repercusión, la ponga en entredicho.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Que TELE2, al aceptar la compensación concurriendo su consentimiento inequívoco, ha reconocido y aceptado la procedencia de la misma en relación con las cuantías objeto de conflicto así como en cuanto a las gestiones del cobro realizadas por TELEFÓNICA y, por tanto, al haber sido una compensación extintiva de la obligación principal, ha desaparecido la acción de reclamación que ahora pretende hacer valer.

Que de las actas de consolidación se desprende que TELE2, en algunas de ellas, se limita meramente a reservarse el derecho a reclamar las cantidades no acreditadas pero permite y consiente en todo caso su repercusión, tanto con anterioridad como con posterioridad al envío de los cuatro ficheros que TELEFÓNICA le remitió acreditándole las gestiones de facturación y del cobro realizadas.

Que en las actas de cierre y regularización de los importes de interconexión relativas al año 2002 (acta 04/03bis) y 2003 (actas 10/03bis y 05/04bis) en las que se consolidan definitivamente los importes sobre los que ha habido discrepancias durante el periodo a que se refieren, TELE2 y TELEFÓNICA declararon su conformidad sobre ellos y la voluntad inequívoca de que tales importes fueran compensados por procedentes. Es más, TELE2 ha tardado más de cinco años (a contar desde la primera repercusión de los impagos a STA realizada por TELEFÓNICA) en reclamar las citadas cantidades, confirmando con ello su consentimiento respecto a la forma y plazo de acreditación de las gestiones de facturación del cobro por parte de TELEFÓNICA.

Que el AGI celebrado entre las partes asigna al Comité de Consolidación la resolución de discrepancias en consolidación, y dispone que en las actas de consolidación se recojan las discrepancias que *“impidan su consolidación y los motivos de las mismas, así como cualquier otra circunstancia que se considere relevante por cualquiera de las partes a los efectos de consolidación”*.

- Que no fue hasta que se modificó el contrato de interconexión entre las partes en virtud de la Resolución de 10 de julio de 2003 (OIR 2003) cuando se recogió en el AGI un procedimiento de gestión de la facturación y del cobro de los STA de otros operadores por TELEFÓNICA, no existiendo obligación contractual alguna para ésta hasta esa fecha en relación con la forma y plazos de repercusión de los impagos a TELE2.

Que en el AGI suscrito al amparo de la OIR 2001 (modificada posteriormente por la Resolución de 17 de enero de 2002) no se recogía obligación alguna de acreditación de la gestión de la facturación y del cobro de los STA por parte de TELEFÓNICA.

Que fue una vez aprobadas las Resoluciones de 27 de junio de 2002 y 30 de julio de 2002 que afectaban a las relaciones contractuales en cuanto al contrato de mandato entre TELEFÓNICA y otros operadores cuando se determinó por esta Comisión la información que TELEFÓNICA debía aportar



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

para comunicar los impagos y las gestiones de la facturación y cobro de las llamadas a STA de los mismos.

Que habida cuenta de los cambios introducidos en la OIR 2003, se modificaron los AGIs de TELEFÓNICA con los operadores, siendo entonces cuando se fijó contractualmente entre las partes un sistema de gestión de pagos e impagos de STA de TELE2 y la inclusión de tales datos. Así, mientras que bajo el anterior acuerdo TELEFÓNICA debía abonar los servicios a TELE2 con independencia de que se produjese el pago por parte del cliente llamante, en aras a la nueva redacción del contrato de mandato, se dio un giro en este aspecto, estableciendo que TELEFÓNICA no estaba obligada a abonar los importes de STA a TELE2 hasta que no hubiera percibido el pago de los mismos del abonado llamante.

- Que TELEFÓNICA no le ha causado perjuicio alguno a TELE2 pues de ser así no habría tardado cinco años en reclamar las cantidades relativas a impagos repercutidos en el año 2002 o más de dos años desde las últimas cantidades que aceptó por el anterior modelo, sin contar con que no habría seguido permitiendo la repercusión de tales impagos en las distintas consolidaciones de tráfico como se deriva de las actas aportadas.

Que las gestiones que se realizan para TELE2 son exactamente las mismas que las que TELEFÓNICA realiza para sí misma, ya que tales gestiones son para la factura impagada en su totalidad, sin diferenciar si los servicios impagados han sido prestados por uno u otro operador.

Que en caso de admitirse la devolución de importes previamente percibidos por TELEFÓNICA en consolidación a TELE2 se estaría produciendo, como consecuencia directa de ello, un enriquecimiento injusto por parte de éste y un empobrecimiento de TELEFÓNICA al tener que abonar unos importes que no le corresponde a ella soportar sino a TELE2 que podrá repetir contra el usuario llamante.

Que en el hipotético supuesto de que TELE2 acreditara algún tipo de perjuicio económico y se admitiese la generación del mismo por el transcurso de un determinado plazo de tiempo, la culpa es aplicable a este operador, que como titular del crédito debería haber actuado diligentemente en cuanto a la exigencia de su pago y no haber tardado hasta cinco años en reclamárselo a TELEFÓNICA.

Que resultaría injusto que TELEFÓNICA tuviera que asumir los importes declarados por un procedimiento de cobro de unas deudas que corresponden a TELE2 y a su cliente prestador de STA, disponiendo éstos de una acción no prescrita para reclamarla al deudor (usuario llamante) el pago de los mismos.

Que TELE2 no ha acreditado el supuesto perjuicio que se requiere para que proceda la indemnización solicitada al no aportar pruebas ni documentación que respalde la existencia de los perjuicios que le han generado las gestiones



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

realizadas por TELEFÓNICA. Es más, no ha aportado las razones por las que no podría repercutir tales impagos a los prestadores de STA cuyos servicios han resultado impagados cuando la acción de reclamación contra los mismos, sigan siendo clientes suyos o no, no ha prescrito y, en cualquier caso, no ha motivado ni probado la supuesta prescripción.

Que TELE2, una vez finalizadas las gestiones de facturación y gestión de cobro por parte de TELEFÓNICA, dispone de todos los mecanismos legales para perseguir el pago de la deuda tanto judicial como extrajudicialmente.

Efectuadas estas alegaciones TELEFÓNICA solicita:

“teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo y, en mérito al mismo, proceda al archivo del expediente por carecer de competencia para la resolución del conflicto planteado.

Subsidiariamente solicito que, para el hipotético supuesto de que no sea tenida en consideración la solicitud anterior proceda al archivo del expediente por haber cumplido Telefónica de España con sus obligaciones en cuanto a las gestiones de la facturación y del cobro de los impagos a servicios de tarificación adicional de TELE2 y por no haberle generado perjuicio alguno.”

Quinto.- Trámite de Audiencia a los interesados.

Mediante sendos escritos de fecha 18 de marzo de 2008, con salida de esta Comisión el 19 del mismo mes, una vez finalizada la instrucción del procedimiento y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJPAC, se procedió a comunicar a los interesados, TELE2 y TELEFÓNICA, la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente así como el Informe elaborado por los Servicios de esta Comisión de fecha 18 de marzo de 2008.

Sexto.- Escrito de alegaciones de TELEFÓNICA de fecha 2 de abril de 2008.

Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de TELEFÓNICA presentó escrito de alegaciones que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 7 de abril de 2008 en el que manifestaba su conformidad con las conclusiones alcanzadas en el Informe de los Servicios.

Séptimo.- Escrito de alegaciones de TELE2 de fecha 8 de abril de 2008.

Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de TELE2 presentó escrito de alegaciones que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 15 de abril de 2008 y en el que, en resumen, manifestaba lo siguiente:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que el nombre y el domicilio del llamante son datos relevantes y necesarios para poder iniciar cualquier procedimiento judicial y deben aportarse por el demandante en el escrito de demanda para que el demandado pueda ser emplazado (artículo 155 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
- Que el Comité de Consolidación nunca se llegó a formar y que las discrepancias siempre se han hecho constar en las actas de consolidación.
- Que TELE2 aceptó que se repercutieran en consolidación las cantidades impagadas de las que TELEFÓNICA hubiese tenido conocimiento, sin embargo, quedaba pendiente la obligación de TELEFÓNICA de acreditar suficientemente el impago de conformidad con lo establecido en la OIR.
- Que las actas de regularización de los años 2002 y 2003 en las que se señala que *“una vez cerrado el periodo mencionado, ninguna de las partes podrá reclamar a la otra cantidad alguna por tráfico de interconexión intercambiado en dicho período, salvo acuerdo expreso de las partes”* no impiden la reclamación que TELE2 formula, puesto que los importes reclamados no tienen el concepto de tráfico de interconexión.
- Que lo establecido en las Resoluciones de 27 de junio y 30 de julio de 2002 son aplicables al presente caso, puesto que los AGIS suscritos entre TELEFÓNICA y los operadores que actuaban en dichas resoluciones tienen idéntica redacción en cuanto a la regulación de los servicios de tarificación adicional que el suscrito con TELE2.
- Que en lo relativo a la obligación o no por parte de TELE2 de devolver a TELEFÓNICA las cantidades impagadas por los abonados cuando ésta no facilite en plazo la documentación recogida en la OIR, TELE2 desiste de dicha petición.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Habilitación competencial para conocer del conflicto planteado.

En relación con la solicitud de intervención presentada por TELE2, las competencias de esta Comisión para intervenir se derivan de lo dispuesto en la normativa sectorial.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En concreto, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.2, indica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto, entre otras cuestiones, el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y la resolución de los conflictos entre operadores. Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de esta Comisión para actuar en esta materia, recogida en el apartado 3. letra d) del mismo artículo, que establece que es función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso o interconexión.

El artículo 11.4 de la LGTel establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 del mismo texto legal. A tales efectos, el artículo 14 de la LGTel señala que conocerá la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo.

Asimismo, el artículo 14 de la LGTel establece que será la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones quien conozca de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de la propia Ley y de sus normas de desarrollo.

TELEFÓNICA, en su escrito de 21 de diciembre de 2007, manifiesta la inexistencia de un conflicto de interconexión por encontrarnos ante una reclamación de responsabilidad civil contractual, y ello en base a que la denuncia de TELE2 recae sobre una supuesta acreditación insuficiente de la facturación y gestión de cobro de las llamadas realizadas a los STA de TELE2 encomendada a TELEFÓNICA.

En contra de lo anterior, como se ha señalado por esta Comisión en diversas ocasiones, una vez que dos operadores celebran un acuerdo de interconexión, el apartado cuarto del artículo 11 de la LGTel señala que esta Comisión puede intervenir en su relación, 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 el artículo 3 de la LGTel, y ello por afectar a la esfera jurídico-pública. Por esta razón y teniendo en cuenta que el objeto del presente procedimiento no es otro que el



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la supuesta falta de acreditación por parte de TELEFÓNICA de los impagos correspondientes a las llamadas de servicios de tarificación adicional en los términos previstos en la OIR, esta Comisión resulta competente para conocer del mismo.

Así lo indica la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2005 (1161/2003) en la que señalaba lo siguiente:

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

Segundo.- Objeto del procedimiento.

El presente procedimiento tiene por objeto resolver el conflicto de interconexión planteado por TELE2 contra TELEFÓNICA en relación con la supuesta falta de acreditación por parte de TELEFÓNICA de los impagos correspondientes a las llamadas de STA asignadas a TELE2, entre los meses de enero de 2002 y marzo de 2004, en los términos previstos en la OIR, teniendo en cuenta que a partir del 1 de abril de 2004 se migró al nuevo modelo de servicios de red inteligente por el cual se condicionaba el abono en interconexión de las llamadas a STA al cobro previo. En concreto se procede a dar contestación a las siguientes cuestiones:

- a) La forma en que es necesario que TELEFÓNICA justifique los impagos que se produzcan en llamadas a STA prestados por TELE2 como condición para que pueda trasladarle las consecuencias del crédito del cliente llamante.
- b) La disconformidad o no por parte de TELE2 en las actas de consolidación firmadas entre las partes en el periodo en cuestión.
- c) La obligación o no de TELEFÓNICA de indemnizar a TELE2 por no haber actuado con la diligencia debida y no haber dado cumplimiento a las obligaciones derivadas de su función de intermediación.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Mediante escrito de fecha 8 de abril de 2008 TELE2 desistió de la petición realizada en su escrito de denuncia relativa a la obligación o no por parte de TELE2 de devolver a TELEFÓNICA las cantidades impagadas por los abonados aunque ésta no facilite en plazo la documentación recogida en la OIR.

Tercero.- Sobre las relaciones jurídicas existentes y los servicios afectados.

Antes de entrar a abordar la respuesta a las cuestiones identificadas en el apartado anterior, es necesario, en primer lugar, delimitar cuál es el servicio de interconexión que está afectado por el problema planteado por TELE2 en el presente conflicto de interconexión y, en segundo lugar, quiénes son los sujetos que se encuentran afectados y cuáles son las relaciones jurídicas que se producen entre unos y otros.

Entre los servicios de interconexión vinculados a la prestación de los servicios de inteligencia de red podemos diferenciar, por un lado, un servicio denominado de valor añadido, que no se considera un servicio de comunicaciones electrónicas; un servicio de telecomunicaciones que actúa como soporte de éste, y una relación jurídica de mandato para los servicios de facturación y cobro que el operador de acceso presta al operador llamado “de red inteligente” en el denominado “modelo de acceso”.

Teniendo en cuenta que TELE2 ha optado por el modelo de interconexión de acceso para la prestación de servicios de inteligencia de red, es precisamente TELE2 el operador responsable de la prestación del servicio de telecomunicaciones y, por consiguiente, quien en las relaciones de interconexión entre los operadores intervinientes se haga cargo de los eventuales impagos o, en su caso, devoluciones de pagos, que tengan lugar.

Hay que tener en cuenta que, desde la perspectiva de los abonados la relación jurídica de los clientes de acceso se produce únicamente entre éstos y TELEFÓNICA pero el servicio de inteligencia de red se lo presta realmente TELE2 y, la relación jurídica entre los proveedores del servicio de inteligencia de red se produce únicamente entre éstos y TELE2.

Dicho esto, en el presente conflicto, nos debemos centrar en el servicio de facturación y cobro por el cual TELEFÓNICA factura y cobra, en nombre de TELE2, el servicio telefónico de inteligencia de red prestado por la segunda a usuarios de acceso del servicio telefónico fijo disponible al público de TELEFÓNICA cuando éstos acceden a los citados servicios de inteligencia de red.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En particular se procede a dar contestación a las siguientes cuestiones surgidas en el marco del presente procedimiento: (i) Si TELEFÓNICA ha justificado de forma correcta y suficiente los impagos que se producen en llamadas a STA en base a lo establecido en la normativa aplicable (ii) si TELE2 ha mostrado su disconformidad en las actas de consolidación firmadas entre las partes en el periodo en cuestión (iii) si existe un derecho de indemnización para TELE2 por no haber actuado TELEFÓNICA de forma diligente en el cumplimiento de sus obligaciones.

Cuarto.- Sobre la necesidad de que TELEFÓNICA justifique previa y suficientemente los impagos que se produzcan en las llamadas a servicios de tarificación adicional prestados por TELE2 como condición para que pueda trasladarle las consecuencias del crédito del cliente llamante.

Cuarto 1.-Régimen jurídico aplicable.

Por el servicio de interconexión de facturación y cobro, TELEFÓNICA recibe una determinada contraprestación económica enmarcándose dicha prestación de servicios en la figura del mandato, donde las obligaciones y derechos de las partes dimanantes del mismo deben interpretarse según las reglas generales que se le aplican, pero teniendo en cuenta también lo que establezca el contrato de interconexión firmado entre las partes y la OIR aplicable.

- Atendiendo al AGI firmado entre las partes el 27 de agosto de 2001 y sus posteriores Addenda, se desprende lo siguiente en cuanto a las responsabilidades en el marco de los servicios de acceso a los servicios de inteligencia de red de TELE2:

“Cada operador es responsable frente a su cliente del servicio que presta. En este sentido, el operador que presta el servicio de inteligencia de red (TELE2) es el responsable del servicio de inteligencia de red, mientras que el operador que presta el servicio de acceso (TELEFÓNICA) es el responsable del servicio al llamante.

(...) En cualquier caso, queda entendido que TELE2 asume, desde la fecha de la firma del presente Addendum, y en concreto, desde el momento en que se produzca la apertura de los servicios 906 y 903, el compromiso de mantener indemne a TELEFÓNICA de todos los daños económicos, de imagen y de todo tipo que puedan derivarse del acceso a los servicios 906 y 903 prestados por TELE2.

De acuerdo con lo anterior, ambos operadores acuerdan que, en el caso que se produjeran impagos a TELEFÓNICA, como consecuencia del acceso a los servicios 906 y 903 prestados por TELE2, TELE2 asumirá los daños económicos que pudieran producirse, aceptando la repercusión económica que esto pueda suponer en los pagos por interconexión”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Por otro lado, teniendo en cuenta que los ficheros recibidos por TELE2 responden a la acreditación de una serie de impagos correspondientes a llamadas efectuadas y supuestamente impagadas por los abonados de TELEFÓNICA a numeración de tarificación adicional asignada a TELE2 entre los meses de enero de 2002 y marzo de 2004, los textos de la OIR aplicables al presente caso serían el de la OIR 2001 modificada en cuanto al esquema de interconexión de red inteligente el 17 de enero de 2002, y la OIR 2003, aprobada el 10 de julio del mismo año.

Dicho esto, de la modificación de la Oferta aprobada por esta Comisión en su Resolución de 17 de enero de 2002 cabe destacar el criterio que se estableció para los servicios de interconexión de red inteligente según el cual *“en caso de que se produzcan impagos en las llamadas a números de operadores interconectados, TESAU no estará obligada al pago descrito, una vez acredite suficientemente el impago producido”*.

De lo anterior no resultaba otra cosa que, TELEFÓNICA, en cumplimiento de su mandato, debía aportar las informaciones y documentaciones necesarias para que el operador de red inteligente pudiera reclamar directamente el crédito definitivamente incobrado por TELEFÓNICA a los clientes, pero esta obligación no sería ejecutable efectivamente hasta que finalizaran las obligaciones de TELEFÓNICA como mandatario en la facturación y cobro.

- Asimismo ha de indicarse que, con fecha posterior a la aprobación de la modificación de la OIR en 2001, fueron aprobadas sendas Resoluciones³ en esta Comisión resolviendo conflictos de interconexión entre TELEFÓNICA y otros operadores que han tratado determinados aspectos relativos a las determinación de la prestación del servicio de facturación y cobro por parte de TELEFÓNICA fijado en la OIR.

En concreto, respecto al servicio de facturación y cobro de TELEFÓNICA se determinó que el mismo se inicia con el tratamiento de los datos de las llamadas a los números de red inteligente para la prestación al cobro de la correspondiente factura al abonado y, salvo pacto en contrario, la obligación finaliza para TELEFÓNICA bien cuando el abonado haya pagado el importe facturado, bien cuando TELEFÓNICA haya agotado todos los instrumentos que provee la normativa sectorial de telecomunicaciones con anterioridad a la vía jurisdiccional para los casos de impago, llegando a la interrupción definitiva del servicio de tarificación adicional.

³ Resolución de 27 de junio de 2002 por la que se adoptan medidas en relación con el conflicto de interconexión interpuesto por LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A. contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en relación con la interpretación y aplicación del acuerdo general de interconexión en vigor entre ambas operadoras y Resolución de 30 de julio de 2002 por la que se resuelve el conflicto de interconexión interpuesto por COLT TELECOM ESPAÑA, S.A. contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En dichas Resoluciones también se determinó en cuanto a la información que TELEFÓNICA venía facilitando a los operadores para trasladarle los impagos existentes (número de factura, mes de emisión de la factura, central de origen de la llamada, seis primeros dígitos del número llamante, número llamado completo, importe total impagado y operador que presta el servicio de inteligencia de red) que dicha información debería ser completada con la del estado en el que se encuentra la gestión de facturación y cobro (incluida la información sobre ejecución de garantías), siendo suficiente para acreditar el impago momentáneo a los efectos de solicitar la devolución de la cantidad anticipada por TELEFÓNICA, sin perjuicio de que, una vez finalizadas sus obligaciones de facturación y cobro, TELEFÓNICA tuviera que acreditar la efectividad del impago y la identidad del cliente deudor para quedar relevada de la obligación de pagar al operador de red inteligente el importe correspondiente a la llamada al número de tarificación adicional de este último.⁴

En cuanto al plazo del que dispondría TELEFÓNICA para realizar las repercusiones de las cantidades impagadas, se estableció como razonable el que se realizara en la primera factura consolidada que se emitiera de conformidad con los procedimientos establecidos en el AGI a partir de la fecha en la que se hubiera tenido conocimiento del impago. En el caso de que TELEFÓNICA no realizara la repercusión de las cantidades impagadas en el momento descrito, no podría realizar tal repercusión hasta que no se hubieran finalizado sus obligaciones como mandatario.

También esta Comisión se pronunció en cuanto al plazo que tendría TELEFÓNICA para cumplir con su obligación de facturación y gestión de cobro, es decir, para agotar todos los medios que permite la normativa sectorial para asegurar el cobro cuando se producen impagos, estimándose razonable el plazo de seis meses desde que TELEFÓNICA tuviera conocimiento del primer impago ya que el mismo abarcaría todos los plazos previstos en la normativa para llegar a la interrupción definitiva del servicio de red inteligente por causas de impago a no ser que el abonado presentara una reclamación ante las Juntas Arbitrales de Consumo o ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y el abonado consignara fehacientemente el importe adeudado, en cuyo caso el plazo anterior debería ampliarse hasta que se resolviera la reclamación.

⁴ Con posterioridad, se estimó parcialmente el Recurso de Reposición interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra el Acuerdo del Consejo de esta Comisión de 27 de junio de 2002 determinándose que la información de la central de origen de la llamada, en tanto en cuanto se remitiera la fecha, hora y duración de las llamadas impagadas, no sería considerada como información imprescindible para acreditarse suficientemente el impago.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Finalmente, las citadas Resoluciones también determinaron que en el caso que se acreditara que TELEFÓNICA había incumplido su obligación de utilizar todos los medios que la normativa sectorial de telecomunicaciones ponía a su alcance para asegurar el pago de los servicios prestados, el operador de red inteligente afectado debería tener el derecho a que TELEFÓNICA le abonara la cantidad que debería haber cobrado al usuario moroso.

- Posteriormente, algunas de estas previsiones determinadas vía conflicto con el objeto de dotar de mayor seguridad a la posible interpretación de las condiciones de prestación del servicio de facturación y cobro fueron recogidas en la OIR 2003⁵ junto con otras nuevas obligaciones que fueron aceptadas en el marco del procedimiento de revisión de la Oferta en cuestión. Así, en concreto:

1. Se procedió a modificar los momentos en los que debían producirse los pagos entre los operadores en los procedimientos habilitados al respecto, y ello en atención a lo alegado por TELEFÓNICA de no tener que pagar anticipadamente al operador de red inteligente la componente de valor añadido correspondiente a las llamadas de los usuarios a la red inteligente del operador interconectado hasta que se produjera el pago por parte del usuario.

Cabe señalar que el cambio de secuencias de pagos que suponían el nuevo procedimiento establecido de pagos e impagos conllevaba la necesidad de proceder a la modificación de las relaciones establecidas entre los operadores de forma no traumática y progresiva, razón por la cual se determinó un Plan de Migración al nuevo modelo de gestión de pagos e impagos de los servicios de tarificación adicional en interconexión establecido en la OIR 2003 y que entró en vigor el 1 de abril de 2004.

2. Como consecuencia de esta revisión, se procedió a matizar la obligación de aportación de información y documentación (acreditación suficiente) que tenía que asumir TELEFÓNICA mensualmente al operador de red inteligente, en cuanto al suministro de una información continuamente actualizada y con acceso *on-line* respecto del estado de facturación y cobro de cada una de las llamadas de red inteligente que les afecta. Dicha información continuamente actualizada relativa a cada número de red inteligente llamado y desglosado por número llamante completo debería contener: fecha, hora de comienzo y duración de la llamada,

⁵ Resolución de esta Comisión de 10 de julio de 2003 sobre la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U. publicada en el BOE el 21 de julio de 2003 y con entrada en vigor al día siguiente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CIF/DNI del abonado llamante, importe de la llamada, estado de tramitación de su facturación o gestión de cobro y del estado de la ejecución de las garantías constituidas en su caso con sus respectivas fechas.

3. Asimismo se determinó que TELEFÓNICA una vez agotara todos los instrumentos que provee la normativa sectorial de telecomunicaciones con anterioridad a la vía jurisdiccional para los casos de impago y realizara las gestiones tendentes a decidir la persecución o no del crédito devengado, debería aportar al operador de red inteligente (una vez transcurridos el plazo de seis meses establecido) la siguiente documentación para acreditar la existencia del impago producido:
 - a) Documentación acreditativa de que ha agotado todos los medios puestos a su alcance por la normativa sectorial de telecomunicaciones para asegurar el pago de las facturas por el abonado llegando a la interrupción definitiva del servicio de tarificación adicional (depósito de garantía, suspensión temporal del servicio, interrupción definitiva del servicio, etc.)
 - b) Documentación acreditativa del impago definitivo mediante cualquier medio de prueba que pueda ser utilizado en vía jurisdiccional incluyéndose como mínimo el número telefónico del llamante con identificación del nombre y domicilio del usuario llamante así como los datos desglosados sobre la facturación impagada (fecha de la llamada, la hora de comienzo y duración de la misma; así como otros datos relativos a los pagos, tales como pago anticipado, pagos a plazos, suspensión temporal, interrupción definitiva, desconexión y notificaciones de recibos pendientes, etc.)
 - c) Comunicación de su decisión de continuar persiguiendo la deuda por vía judicial o por vía extrajudicial o de no continuar persiguiendo la deuda, con documentación acreditativa de la justificación de la decisión adoptada.
4. Por último, esta Comisión consideró aceptable la posibilidad de que TELEFÓNICA pudiera acudir en última instancia a la vía judicial o extrajudicial para conseguir el cobro del conjunto de las facturas impagadas, incluidas llamadas a red inteligente y resto de llamadas, en función de la cuantía de la deuda y del resultado del estudio previo de calificación de la misma como cobrable o incobrable, previa posibilidad de revocación del mandato por parte del operador de red inteligente



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interconectado⁶. Por ello, se estableció que en el momento en que TELEFÓNICA finalizara su prestación del servicio de facturación y gestión de cobro en calidad de mandatario de los operadores interconectados, TELEFÓNICA debería aportar la siguiente documentación para acreditar la existencia del impago producido:

- a) Documentación acreditativa de haber realizado las gestiones judiciales y/o extrajudiciales para asegurar/perseguir el pago de las facturas por el abonado y, en concreto, cualquier información que interese acerca de las negociaciones o acciones llevadas a cabo.
- b) Documentación obtenida a lo largo de las gestiones realizadas.

Todo ello sin perjuicio de que por acuerdo de los operadores pudiera incluirse adicionalmente otra documentación o información. Con posterioridad a la acreditación suficiente de la existencia del impago producido, el operador interconectado podría requerir a TELEFÓNICA información relativa al estado de las gestiones de cobro que hubiera realizado.

De lo anterior se desprende que, en el texto de la OIR 2003 se han introducido los criterios fundamentales en los que debía basarse la actuación de TELEFÓNICA en lo que a la acreditación de sus labores de gestión de cobro se refiere, si bien no se ha establecido hasta la OIR 2005 el modo concreto en el que esta acreditación debía realizarse.

Cuarto 2.- Sobre si TELEFÓNICA ha justificado de forma correcta y suficiente los impagos que se producen en llamadas a STA en base a lo establecido en la normativa aplicable.

En lo que se refiere al caso concreto objeto de conflicto, a juicio de TELE2 los ficheros remitidos por TELEFÓNICA no reúnen los requisitos exigidos por la OIR y sucesivas Resoluciones dictadas en lo que se refiere a acreditación de impagos, omitiéndose información relevante sin la cual TELE2 no puede analizar la procedencia o no del traslado de los impagos en cuestión.

Alega TELE2 respecto de los ficheros recibidos el día 23 de marzo de 2004, 13 de julio de 2004 y 30 de septiembre de 2005 que se trataban de impagos diferenciados por: (i) facturas de clientes que continúan en gestión de cobro, (ii) facturas de clientes que habiendo sido dados de baja por falta de pago

⁶ El plazo establecido para que TELEFÓNICA realice todas las gestiones extrajudiciales será de cuatro meses a contar desde que TELEFÓNICA agote todos los instrumentos que provee la normativa sectorial de telecomunicaciones. Del mismo modo, TELEFÓNICA dispone de ese plazo para realizar todas las gestiones preparatorias y presentar ante los juzgados correspondientes las peticiones oportunas para comenzar los procedimientos judiciales a contar desde que aquella agote todos los instrumentos que provee la normativa sectorial.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conforme a lo establecido en la normativa sectorial, aún no han sido clasificadas como incobrables al encontrarse en su mayor parte en reclamación extrajudicial y (iii) facturas de clientes que al haber resultado totalmente infructuosa la gestión de cobro, han sido dados de baja por falta de pago, pasando a ser calificadas tales deudas como incobrables, acompañando la debida acreditación.

Asimismo, señala que en los ficheros no figuraba (i) dirección, (ii) nombre del usuario llamante, (iii) información relativa a los pagos, (iv) comunicación de la decisión de continuar persiguiendo la deuda y (v) documentación obtenida a lo largo de las gestiones realizadas por TELEFÓNICA, facilitando como única acreditación una mera certificación de carácter interno y realizada por ella misma.

Pues bien, se debe analizar si las facturas que resultaron impagadas durante el período de febrero de 2002 y marzo de 2004 fueron suficientemente acreditadas en base a lo que en cada momento se venía exigiendo, es decir, en cuanto a la información que mensualmente le comunica TELEFÓNICA al operador de red inteligente sobre pagos e impagos que se producen así como la información que remite TELEFÓNICA al operador de red inteligente en el momento en el que TELEFÓNICA agota todos los instrumentos que provee la normativa sectorial de telecomunicaciones con anterioridad a la vía jurisdiccional para los casos de impago.

En lo relativo a la primera fase de comunicación de los pagos e impagos que debe realizar TELEFÓNICA, ciertamente no es hasta la fecha de entrada en vigor de la OIR 2003 cuando se determinó en la propia Oferta la obligación de aportación de información y documentación que TELEFÓNICA tenía que asumir en su función de facturación y gestión de cobro. Hasta entonces, TELEFÓNICA se acogía a lo establecido en las Resoluciones de 27 de junio y 30 de julio de 2002 o remitía los datos que entendía suficientes. Así, en los ficheros de marzo a julio de 2002 se enviaron los siguientes datos: número de factura, fecha emisión, número llamante, número llamado, importe de la llamada y operador. Es a partir del mes de agosto de 2002 cuando TELEFÓNICA amplía los datos enviados al operador de red inteligente, en base a lo establecido por esta Comisión vía conflicto, y aporta junto con los datos anteriores la fecha de conocimiento del impago, central, estado de tramitación y cobro, información sobre el estado, fecha, hora y duración de la llamada.

Analizados los ficheros remitidos a esta Comisión se observa que el campo relativo a la “central” no aparece cumplimentado en algunos de ellos, o en su defecto aparece el mensaje de “no disponible”. Hay que tener en cuenta que posteriormente a la resolución de los conflictos referidos se estimó



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

parcialmente el recurso de reposición contra el Acuerdo del Consejo de 27 de junio de 2002, señalándose que la información de la central de origen de la llamada, en tanto en cuanto se remitiera la fecha, hora y duración de las llamadas impagadas, no sería considerada como información imprescindible para acreditarse suficientemente el impago.

Fue con la OIR 2003 cuando se recogieron las obligaciones específicas en materia de facturación y gestión de cobro de los STA en interconexión, exigiéndose los mismos campos anteriormente analizados en las Resoluciones de 27 de junio, 30 de julio de 2002 y 3 de octubre de 2002 y que TELEFÓNICA, según la información remitida, ha ido aportando al operador de red inteligente. Es por ello que esta Comisión considera que la información aportada en las consolidaciones mensuales por TELEFÓNICA resulta suficiente.

En segundo lugar, tal y como se estableció en la OIR 2003, además de la información que de forma mensual TELEFÓNICA tiene que remitir a los operadores, en el momento en el que TELEFÓNICA agote todos los instrumentos que provee la normativa sectorial de telecomunicaciones con anterioridad a la vía jurisdiccional para los casos de impago y realice las gestiones tendentes a decidir la repercusión o no del crédito devengado, debe aportar determinada documentación para acreditar la existencia del impago producido y de su intento de persecución.

Pues bien, la información que aporta TELEFÓNICA de que ha agotado todos los medios puestos a su alcance en la normativa sectorial para asegurar el pago de las facturas por el abonado resulta ser una serie de ficheros que se estructura diferenciando la siguiente información: ACR_MAESTRO_BAJAS, ACR_MAESTRO_EN_GESTIÓN y ACR_MAESTRO_FGC. Esta última tabla incluiría la documentación acreditativa necesaria para que TELE2 prosiguiera con las gestiones de cobro ya fuera en vía judicial o extrajudicial.

En lo referente al primero de los ficheros relativo a las bajas producidas, los campos que son remitidos al operador son los siguientes: fecha de la factura, número de teléfono, nombre, número de factura, fecha de aviso de pago, fecha de desconexión, fecha de baja, fecha de incobrable, fecha_proceso_rz, fecha_obt_detalle, número llamado, fecha de la llamada, hora de la llamada, duración de la llamada, importe de la llamada, operador y CIF.

El segundo de los ficheros cuyo contenido son las llamadas en gestión de cobro, se completa con los mismos campos anteriormente descritos salvo los relativos a fecha de aviso de pago, fecha de desconexión, fecha de baja y fecha de incobrable, apareciendo en su lugar el campo relativo a la situación o estado en el que se encuentra la llamada.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por último, el fichero relativo a la documentación necesaria para que el operador prosiga con las gestiones de cobro ya sea en vía judicial o extrajudicial recoge los siguientes campos: titular, factura, fecha emisión, fecha aviso de pago, fecha de desconexión, factura origen desconexión, fecha de baja, fecha efectividad baja, fecha incobrable, fecha proceso_rz, fecha_obt_detall, número de factura, fecha de factura, número llamante, número llamado, fecha llamada, hora llamada, duración llamada, importe llamada, operador y CIF.

Pues bien, teniendo en cuenta la información aportada por TELEFÓNICA y la requerida según la OIR 2003, de entre la documentación que se exige como mínima para acreditar el impago definitivo, TELEFÓNICA no estaría aportando el domicilio del usuario llamante.

Por otra parte, en cuanto a la documentación acreditativa que TELEFÓNICA debe aportar comunicando a TELE2 su decisión de continuar o no persiguiendo las deudas por vía judicial o por vía extrajudicial o de no continuar persiguiendo la deuda, la operadora aporta una serie de cartas mediante las cuales comunicaba la finalización de su mandato de gestión y facturación de cobro de las llamadas contenidas en los ficheros anteriormente descritos, los cuales adjuntaba junto a dichas cartas.

Así, mediante cartas fechadas el 23 de marzo, 13 de julio de 2004 y 30 de septiembre de 2005, TELEFÓNICA comunicaba el envío de una serie de informaciones vía fichero relacionadas con los datos que se les había venido proporcionando mensualmente.

De igual manera, TELEFÓNICA manifestaba que en el mismo CD donde se adjuntaba la información en cuestión se remitía un esquema explicativo del proceso de gestión de cobro previsto en la normativa sectorial que TELEFÓNICA había llevado a cabo respecto a los impagos de llamadas a STA de TELE2, así como el documento aclaratorio de dicho esquema, los modelos de escritos y los documentos de pago dirigidos a los clientes.

Visto lo anterior, de entre la documentación para acreditar los impagos definitivos, TELEFÓNICA no estaría aportando a TELE2 el dato del domicilio llamante.

En el escrito de alegaciones al trámite de audiencia, TELE2 manifiesta que el nombre y el domicilio del llamante son datos relevantes y necesarios para poder iniciar cualquier procedimiento judicial y deben aportarse por el demandante en el escrito de demanda para que el demandado pueda ser emplazado según la Ley de Enjuiciamiento Civil.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Al respecto cabe señalar que no nos encontramos ante una situación en la que TELEFÓNICA estuviera omitiendo información tan relevante sin la cual TELE2 no pudiera analizar la procedencia o no del traslado de los impagos, que es la razón por la cual el operador de acceso debe aportarla. Cosa distinta es que TELE2 decida perseguir la deuda por vía judicial contra el cliente deudor, en cuyo caso TELEFÓNICA deberá colaborar con dicho operador aportando el dato en cuestión.⁷

Lo anterior nos lleva a concluir que TELEFÓNICA ha aportado a TELE2 la información necesaria para que ésta pueda identificar suficientemente los impagos y las facturas a las que éstos corresponden, generándose un derecho a la devolución de los importes satisfechos por TELEFÓNICA.

Cuarto 3.- Sobre la disconformidad de TELE2 en las actas de consolidación firmadas entre las partes en el periodo en cuestión.

TELE2 resalta que, ante las deficiencias detectadas en los ficheros, TELE2 vino requiriendo a TELEFÓNICA en todas las actas de consolidación suscritas entre ambos operadores desde el mes de agosto de 2002 la acreditación, en los términos exigidos por la normativa vigente, de los impagos que dicho operador ha venido repercutiendo a TELE2.

En consonancia con lo ya reiterado en diversas Resoluciones⁸ sobre el valor que las actas de consolidación presentan dentro de la relación jurídico-privada existente entre dos operadores que interconectan sus redes, debe señalarse que dichas actas constituyen un documento privado válido en el que aparece claramente manifestada la voluntad de los operadores, existiendo un reconocimiento de deuda y un consentimiento para que dicha deuda se plasme en facturas a emitir por la otra parte contratante.

Así, el obligado al pago asume consciente y voluntariamente la existencia de una deuda correspondiente a los servicios de interconexión prestados por la otra parte y, por tanto, la obligación de abonar los importes facturados y compensados en base a las actas y a las facturas emitidas a partir de las mismas, salvo que existan, de alguna manera, discrepancias.

⁷ Esta actuación de colaboración por parte de TELEFÓNICA como operador de acceso y encargado de la facturación y cobro se ha reflejado finalmente en la propia OIR 2005 en la que se establece que *“sin perjuicio de la emisión de los certificados de detalle, Telefónica deberá estar en condiciones de facilitar y deberá facilitar cuantos documentos y medios de prueba le sean requeridos por el operador de red inteligente en el marco de un procedimiento judicial de reclamación de cantidad iniciado como consecuencia del impago de las llamadas no cobradas”*.

⁸ Resoluciones de 19 de octubre de 2000 (ME 2000/3021, 29 de abril de 2002 (RO 2002/6202 y 16 de Febrero de 2006 (AJ2006/92).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El propio AGI firmado entre TELEFÓNICA y TELE2 recoge en su Anexo 2 relativo a la facturación y cobro en la interconexión que *“el Comité de Consolidación, constituido por ambos operadores, será el responsable de acordar los importes que ambos operadores se facturen entre sí, así como de la resolución de discrepancias en consolidación, habilitando los mecanismos precisos para garantizar dicha facturación. Tras las reuniones de consolidación, se redactará un acta denominada Acta de Consolidación donde se recogerán todos aquellos acuerdos y decisiones que afecten al periodo de tráfico, los importes a facturar por cada uno de los operadores y los APCs (Agrupación para Consolidar, concepto en el que se agrupa la información relativa a los registros detallados de llamadas, CDRs) afectados por dichos acuerdos. Los APCs sobre los que no se hayan indicado discrepancias, se considerarán consolidados”*.

TELE2 en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia manifiesta que nunca se ha llegado a formar el Comité de Consolidación y que las discrepancias siempre se han hecho constar en las actas de consolidación firmadas entre las partes.

Pues bien, de la documentación aportada y analizada por esta Comisión cabe señalar que a pesar de no haberse formado por acuerdo de las partes el Comité de Consolidación, tampoco se ha hecho constar claramente en las actas de consolidación discrepancia alguna de las cantidades controvertidas. Es más, no es hasta el acta de consolidación 03/03 en la que se establece por parte de TELE2 que *“sigue pendiente que TELEFÓNICA acredite fehacientemente el proceso de recobro de impagos por lo que a pesar de que TELEFÓNICA viene repercutiendo dichos impagos, TELE2 se reserva el derecho de reclamar el importe de los impagos que no hayan sido acreditados de conformidad con lo establecido en OIR-01 y en las resoluciones de la CMT a estos efectos”*, sin aportar mas información. Es decir, TELE2 en algunas de sus actas simplemente se reserva el derecho a reclamar una serie de impagos que, según TELE2, no han sido acreditados suficientemente.

Con posterioridad, en el acta de consolidación 03/04 que comprendía el período del 01/03/04 al 31/03/04, TELE2 manifestó que *“con fecha 23/03/04 TELEFÓNICA remitió a TELE2 (...) tres ficheros con la información correspondiente a las facturas que al día de la fecha continuaban en gestión de cobro, las facturas que se encontraban en reclamación extrajudicial y las facturas que se habían calificado como incobrables. Dichas facturas recogen el tráfico de facturas emitidas desde enero de 2002 a febrero de 2003. TELE2 manifiesta que todavía no ha analizado la información enviada por TELEFÓNICA”*, sin hacer de nuevo constancia de forma expresa en las actas de consolidación y de acuerdo con el procedimiento previsto en el AGI las



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

discrepancias que sobre las cantidades en cuestión pudieran existir de forma motivada y clara.

Tampoco en el acta de consolidación 04/03 bis relativa a la consolidación de cierre anual de los importes por tráfico de interconexión del año 2002, así como en el acta 10/03 bis (para el tráfico en el primer semestre de 2003) y el acta 05/04 bis (para el segundo semestre del mismo año), se manifiesta por parte de TELE2 mención expresa de las posibles cantidades discrepantes a lo largo de las liquidaciones realizadas, señalándose sin embargo en todas ellas que *“una vez cerrado el período mencionado, ninguna de las partes podrá reclamar a la otra cantidad alguna por tráfico de interconexión intercambiado en dicho período, salvo acuerdo expreso de las partes”*.

A este respecto cabe reseñar que no se comparte por esta Comisión lo señalado por TELE2 en sus alegaciones al trámite de audiencia al indicar que los importes reclamados no tienen el concepto de tráfico de interconexión, puesto que la misma TELE2 está argumentando que ha dejado constancia de sus discrepancias en las actas de consolidación, y en éstas se señala que el objetivo de las mismas es la *“consolidación de los importes por tráfico de interconexión nacional entre la red del operador TELE2 y la de TELEFÓNICA durante el período comprendido...”*.

En definitiva, no se acredita por parte de TELE2 discrepancia concreta alguna respecto de las cantidades objeto de liquidación antes o durante cada consolidación. Es más, TELE2, tal y como se desprende de sus alegaciones, procedió al pago de las cantidades objeto de análisis.

Cuarto 4.- La obligación o no de TELEFÓNICA de indemnizar a TELE2 por no haber actuado con la diligencia debida y no haber dado cumplimiento a las obligaciones derivadas de su función de intermediación.

TELE2 manifiesta que, tal y como ha mantenido esta Comisión en otros conflictos de impagos de llamadas efectuadas a servicios de tarificación adicional, TELEFÓNICA debe indemnizar a TELE2 con una cantidad equivalente a la factura impagada por los abonados al no haber actuado con la diligencia debida y no haber cumplido con las obligaciones derivadas de su función de intermediación, es decir, por una cantidad de 2.002.222 €, todo ello sin perjuicio del derecho de TELE2 a solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados ante la jurisdicción civil.

Añade TELE2 en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia que la única diferencia entre los supuestos de hecho de los conflictos resueltos por esta Comisión el año 2002 y el analizado en este expediente, es que, en aquellas resoluciones los operadores hicieron suyas, vía indemnización establecida por



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

esta Comisión, las cantidades previamente abonadas por TELEFÓNICA por servicios de tarificación adicional en los que TELEFÓNICA no cumplió con sus obligaciones de facturación y cobro y que, en el caso de TELE2, como los impagos fueron repercutidos en consolidaciones mensuales, a expensas de la oportuna acreditación, deberán ser abonadas ahora por TELEFÓNICA, en concepto de indemnización, ya que no cumplió con sus obligaciones de facturación y cobro.

En primer lugar, en lo relativo a la indemnización solicitada por TELE2 equivalente a la factura impagada por el abonado al no haber actuado TELEFÓNICA con la debida diligencia, esta Comisión en los conflictos resueltos con fecha 27 de junio y 30 de julio de 2002 declaró que en el caso de que, sin mediar causa justificada, TELEFÓNICA no hubiera cumplido con la obligación de utilizar todos los medios que la normativa sectorial de telecomunicaciones ponía a su alcance para asegurar el pago de los servicios prestados, el operador de red inteligente afectado debería tener derecho a no tener que devolver las cantidades que TELEFÓNICA le hubiera adelantado en consolidación y que posteriormente resultaban ser facturas impagadas por el usuario moroso.

Esta declaración aplicada al caso concreto en el que se resolvió el conflicto se establecía con la intención de interpretar y aplicar el AGI entre las partes, con el fin último y claro de que el operador de red inteligente no tuviera que devolver las cantidades anticipadas por TELEFÓNICA llegado el caso de que ésta no cumpliera diligentemente con su obligación de mandato impuesta en el plazo de establecido.

Es decir, se le reconocía al operador de red inteligente, llegado el caso, la no devolución por su parte de las cantidades que le anticipara TELEFÓNICA, si ésta no acreditaba suficientemente y en plazo el impago de las mismas y ello con el objeto de que TELEFÓNICA no pudiera proceder al corte del servicio prestado en base al impago del mismo. Es por ello que esta Comisión intervino en las relaciones de los operadores en cuestión de forma justificada y con el objeto de garantizar la adecuación de la interconexión de los servicios y la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel.

Cuestión distinta es la planteada en el conflicto en el que nos encontramos, donde TELE2 ha devuelto las cantidades que en su momento TELEFÓNICA le adelantó en base a su responsabilidad en el modelo de interconexión de acceso y posteriormente reclama una posible indemnización por el daño sufrido debido a los retrasos y la falta de información con que TELEFÓNICA le ha acreditado una serie de impagos.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En segundo lugar, TELE2 en su escrito de denuncia manifiesta el hecho de que junto con el reconocimiento que esta Comisión le debe conceder, le asiste además el derecho de TELE2 a solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados ante la jurisdicción civil.

Al respecto, cabe señalar que si TELE2 entiende que le corresponde una indemnización por daños y perjuicios por la no actuación de TELEFÓNICA de forma diligente (comunicar la información exigida en el plazo de seis meses) tal y como le obliga su mandato de facturación y gestión de cobro, y ello por no poder repercutir las cantidades correspondientes a los prestadores de tarificación adicional que forman parte de la cadena de valor en los STA, efectivamente, la propia TELE2 deberá acudir a los órganos judiciales correspondientes, que serían los competentes en la determinación de la cuantía y la imposición de pagar daños y perjuicios en su caso, y no esta Comisión.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho,

RESUELVE

Primero.- No procede la solicitud de TELE2 COMMUNICATIONS SERVICES, S.L. de declarar la obligación a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. de indemnizar a aquél con una cantidad equivalente a las facturas impagadas por los abonados.

Segundo.- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. deberá comunicar a TELE2 COMMUNICATIONS SERVICES, S.L., en el plazo de 30 días desde la notificación de la presente resolución, la información relativa al campo domicilio que deberían contener los ficheros en concepto de acreditación de impagos correspondientes a llamadas efectuadas a números de tarificación adicional asignados a TELE2 COMMUNICATIONS SERVICES, S.L. desde que se estableció dicha obligación en la Oferta de Interconexión de Referencia aplicable hasta el 31 de marzo de 2004, a los efectos de que TELE2 COMMUNICATIONS SERVICES, S.L. pueda realizar las reclamaciones que tenga por conveniente contra los abonados que impagaran las facturas controvertidas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo dispuesto en el número dos del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº
EL VICEPRESIDENTE

EL SECRETARIO

Ignacio Redondo Andreu

Marcel Coderch Collell
P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre
(B.O.E. de 25 de septiembre de 1996)