



MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO, Director de Asesoría Jurídica de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (artículo 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), 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 número 30/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 30 de julio de 2013, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se adoptan medidas cautelares en el conflicto de acceso presentado por Telefónica de España, S.A. frente a Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, SCA, por el que solicita autorización para resolver los contratos de acceso al bucle de abonado vigentes entre ambas entidades (RO 2013/1237).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de junio de 2013 ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) escrito de Telefónica de España, S.A., sociedad unipersonal, (en adelante, Telefónica) por el que plantea conflicto de acceso frente a Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, SCA (en adelante, DTI2) por el que solicita autorización a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para poder resolver los contratos de acceso al bucle de abonado que tienen vigentes ambas entidades a día de hoy.

De forma adicional, Telefónica solicita a esta Comisión que adopte una medida cautelar consistente en conminar a DTI2 a que constituya un aval en los términos previstos en la OBA vigente durante el tiempo que dure la tramitación del presente expediente.

SEGUNDO.- Con fecha 1 de julio de 2013, tiene entrada en el Registro de esta Comisión nuevo escrito de Telefónica aportando documentación complementaria a la adjunta al escrito anteriormente mencionado, consistente en una copia de las facturas pendientes de pago por parte de DTI2.

TERCERO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 1 de julio de 2013 se comunicó a Telefónica y DTI2 el inicio del presente procedimiento de resolución del conflicto de acceso entre las partes solicitándose, igualmente, determinada información necesaria para su instrucción.



CUARTO.- Mediante escrito de 11 de julio de 2013, Telefónica dio cumplimiento al requerimiento de información formulado por esta Comisión. DTI2, por su parte, presentó su escrito en fecha 20 de julio de 2013.

QUINTO.- Por escrito de 22 de julio del presente año, DTI2 ha presentado (el día 23 de julio) una rectificación de su contestación al requerimiento de información. Por su parte, Telefónica ha presentado el día 23 de julio una aclaración de su contestación al requerimiento de información formulado por esta Comisión.

A los anteriores antecedentes de hecho resultan de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I HABILITACIÓN COMPETENCIAL

I.1 COMPETENCIA DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.4 d) atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la función de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso a recursos o servicios e interconexión de redes (véase también el artículo 14 de la LGTel).

Por otra parte, el artículo 48.4 e) del mismo texto legal prevé que la CMT deberá adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios.

Asimismo, el artículo 11.4 de la LGTel establece que esta Comisión 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 señalados en el artículo 3 del mismo texto legal. Entre los objetivos del artículo 3 se encuentran los siguientes:

“a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos, velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en la explotación de redes o en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluida la transmisión de contenidos. (...)

d) Promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, así como la utilización de los nuevos servicios y el despliegue de redes, fomentando la conectividad y la interoperabilidad extremo a extremo de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y el acceso a éstos, en condiciones de igualdad, e impulsar la cohesión territorial económica y social. (...)



h) Promover el desarrollo de la industria de productos y servicios de telecomunicaciones.”

En el ejercicio de sus funciones en el ámbito de interconexión y acceso, esta Comisión está en consecuencia habilitada para intervenir en el conflicto de acceso al bucle de abonado planteado por Telefónica frente a DTI2.

I.2 HABILITACIÓN LEGAL PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de conformidad con el artículo 14.1 de la LGTel, puede, en caso necesario, adoptar medidas cautelares con ocasión del ejercicio de sus funciones relativas a la resolución de conflictos de acceso. En dicho artículo se indica que:

“Ésta [la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones], previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva”.

Por su parte, el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado mediante Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante, RCMT), habilita a esta Comisión para, en el ejercicio de sus funciones, adoptar de oficio o a instancia de los interesados, una vez iniciado el correspondiente procedimiento, *“las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia (...) de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”.*

Según el mismo artículo 31 del RCMT, dichas medidas cautelares podrán consistir en órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que se refiere el procedimiento o en la imposición de fianza de cualquier clase, excepto la personal, que sea bastante para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar.

Por último, el citado artículo 31 impide dictar medidas cautelares que puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

La atribución de la potestad de dictar medidas cautelares se deriva asimismo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), a la que la CMT ha de adecuar sus actuaciones. Así, conforme a las previsiones contenidas en el artículo 72 de la LRJPAC, *“iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”.*

En definitiva, esta Comisión está habilitada para adoptar medidas cautelares en los procedimientos que tienen por objeto la resolución de conflictos de acceso entre operadores, como sucede en el presente caso.



II ANÁLISIS DE LA CONCURRENCIA DE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

De conformidad con el artículo 72.1 de la LRJPAC, el órgano competente para resolver el procedimiento podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas cuando ello sea necesario para *“asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer”* y *“si existen elementos de juicio suficientes para ello”*. Según el apartado 3 del mismo precepto, *“no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de imposible o difícil reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”*.

La doctrina y jurisprudencia han sistematizado los presupuestos necesarios para obtener la tutela cautelar. Tales requisitos son básicamente los siguientes:

- 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 necesaria 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.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares indicando que no se produce vulneración de derechos constitucionales, incluso en el caso de que se adopten sin audiencia de las partes, siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, se adopten las medidas cautelares por resolución en Derecho y se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes (STC 31/1981, de 28 de julio; 13/1982, de 1 de abril; 66/1984 y 108/1984, de 26 de noviembre y 22/1985, de 15 de febrero).

De igual modo, el Tribunal Supremo ha señalado en su Sentencia de 17 de julio de 2000¹ que *“(...) la posibilidad de adopción de medidas cautelares sin oír previamente a la persona a la que afectan, no vulnera en sí misma, aquellos derechos constitucionales, pues encuentra justificación en su propia naturaleza, ante la hipótesis no descartable de situaciones urgentes en que sea necesaria su adopción para prevenir la lesión de los bienes jurídicos en peligro, salvaguardándose los referidos derechos en los trámites procedimentales posteriores, en donde deben ser satisfechos los principios de presunción de inocencia y proscripción de la indefensión”*.

Se examina a continuación la concurrencia, en relación con las medidas cautelares solicitadas por Telefónica, de los requisitos anteriores.

¹ RJ 2000/3200.



II.1 EXISTENCIA DE UNA NORMA JURÍDICA QUE PERMITA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL MARCO DEL PRESENTE EXPEDIENTE

Como ya se ha señalado anteriormente, esta Comisión está facultada para adoptar medidas cautelares en el presente caso en virtud de lo dispuesto en el artículo 14.1 de la LGTel, en el artículo 31 del RCMT, y, con carácter general, en el artículo 72 de la LRJPAC.

II.2 APARIENCIA DE BUEN DERECHO

Con esta expresión se alude a la verosimilitud o apariencia de que el Derecho asiste al eventual beneficiario de la medida, de manera que la Administración lleva a cabo un ejercicio de predicción sobre la pretensión de fondo, debiendo tomarse en todo caso con mucha cautela dicho presupuesto, pues no se trata de conocer sobre el fondo del asunto, tal y como se ha pronunciado en sucesivas ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, STS de 27 de febrero de 2001, Ar. 1374, STS de 16 de octubre de 2000, Ar. 9738).

En el presente apartado se examinan preliminarmente las obligaciones vigentes de Telefónica y la situación contractual entre las partes, sin prejuzgar la resolución de fondo que recaiga a la finalización de la tramitación correspondiente.

Desde 2004 (aunque existía algún contrato anterior de 2002), Telefónica y DTI2 tienen suscrito un Acuerdo General de Acceso al Bucle de Abonado en sus modalidades de ubicación, acceso compartido, acceso completamente desagregado y acceso indirecto. Por los datos de que dispone esta Comisión y las declaraciones de las partes en el presente conflicto, el último Acuerdo general que regula las anteriores modalidades de acceso es de 14 de marzo de 2007, y se ha firmado con posterioridad, en fecha 21 de octubre de 2008, un acuerdo para el acceso indirecto a la red de Telefónica.

Telefónica tiene obligación de prestar el acceso al bucle de abonado, en virtud de las obligaciones impuestas en los mercados 4 y 5². Ello ha de hacerse, sin perjuicio de los acuerdos a los que lleguen las partes, respetando las condiciones de la OBA y la OIBA y los contratos tipo incorporados a las ofertas de referencia aprobadas por esta Comisión. Así, los contratos vigentes corresponden a los contratos-tipo incorporados a la OBA.

a) Sobre las alegaciones de Telefónica

En su escrito de 5 de junio del presente año (presentado el 6 de junio a esta Comisión), Telefónica denuncia que, desde el inicio de la relación contractual, DTI2 ha venido impagando la totalidad de la facturación devengada en el marco de los anteriores contratos. DTI2 alega, según Telefónica, que la facturación emitida por Telefónica es incorrecta y no se adecúa a los requisitos contenidos en la OBA y que Telefónica adeuda a DTI2 cantidades muy elevadas en concepto de penalizaciones por retrasos en la provisión de los servicios de la OBA.

A este respecto, Telefónica recuerda los antecedentes de este conflicto conocidos por la propia CMT, en los expedientes RO 2007/272 y RO 2008/1965.

Tras analizar estos antecedentes, se ha comprobado que, tal y como denuncia Telefónica:

² Resolución de 22 de enero de 2009, por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea (MTZ 2008/626).



- En el exp. RO 2007/272, Telefónica solicitó por primera vez la autorización para resolver los contratos suscritos con DTI2, en virtud de un incumplimiento por DTI2 de sus obligaciones de pago. En la Resolución de aquel expediente, dictada el 10 de septiembre de 2008³, se desestimó la solicitud de Telefónica, por no considerarse acreditada fehacientemente la existencia de un grave incumplimiento por DTI2 que motivase la resolución de los contratos.

Ha de señalarse que en dicho procedimiento quedaron probados los impagos por parte de DTI2 sólo que, en base a la *exceptio non rite adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido, art. 1.124 del Código Civil) invocada por DTI2, se resolvió que no podía estimarse la solicitud de Telefónica, porque esta Comisión había acreditado en resoluciones anteriores que esta entidad había incurrido en un cumplimiento defectuoso de sus obligaciones de prestación de los servicios en las condiciones contratadas, en base a la OBA. Lo mismo ocurría con las penalizaciones, puesto que se habían acreditado con anterioridad retrasos en la entrega de determinados servicios de acceso y se había instado a Telefónica al pago de las penalizaciones debidas.

Sin embargo, en base a la acreditación de los impagos de DTI2, se resolvió lo siguiente:

“Segunda.- Declarar que Telefónica tiene derecho a la constitución de garantía por parte de DTI2 de conformidad con las normas establecidas en la cláusula 5.3 de los acuerdos vigentes entre ambas, relativos al acceso desagregado compartido así como al acceso completamente desagregado, en el plazo de 1 mes desde la notificación de la presente Resolución. Asimismo, tiene derecho a la constitución de garantías por parte de DTI2 de acuerdo con las normas establecidas en las cláusulas 13 y 16 de los acuerdos vigentes entre ambas, relativos al acceso indirecto y ubicación.”

- En el exp. RO 2008/1965, como alega Telefónica, se dictó Resolución el día 29 de julio de 2009, declarándose que la garantía que DTI2 constituyó posteriormente no se adecuaba a los requisitos de la Resolución anterior, y se dio un plazo de 10 días a DTI2 para que constituyese los nuevos avales.

Telefónica afirma en su escrito que DTI2 constituyó tres avales, pero que fueron posteriormente ejecutados ante otros incumplimientos de DTI2.

- De forma adicional, aun no habiéndose citado por Telefónica, por Resolución de 22 de abril de 2010 se archivó el exp. RO 2010/312, por desistimiento de Telefónica. Posteriormente se hará referencia a este procedimiento.

En el marco del presente procedimiento, en su escrito de contestación al requerimiento que le hizo esta Comisión, Telefónica afirma que a día de hoy DTI2 no tiene ninguna garantía constituida en el marco de sus contratos. Posteriormente, por escrito de 23 de julio ha aclarado que DTI2 le presentó dos avales en marzo de 2010 pero que no los aceptó, por no estar constituidos de conformidad con la normativa y jurisprudencia vigentes, por lo que tales avales no están debidamente constituidos.

³ Resolución que fue recurrida pero confirmada en reposición (expediente AJ 2008/1759) y, posteriormente, por sentencias de la Audiencia Nacional de fechas 16 de noviembre de 2010 (JUR 2010\404904) y 30 de noviembre de 2010 (JUR 2010\416703), estando pendiente de sentencia del Tribunal Supremo la primera de ellas (frente a la que Telefónica ha formulado recurso de casación).



Como relata Telefónica en su escrito de presentación del presente conflicto, en 2009, con posterioridad a las dos primeras resoluciones anteriormente citadas, interpuso demanda de reclamación de cantidad ante el Juzgado de Primera Instancia de Córdoba. El procedimiento judicial finalizó con sentencia dictada en fecha 27 de marzo de 2013, en la que se estima parcialmente la demanda interpuesta por Telefónica, condenando a DTI2 a pagar a Telefónica una **[CONFIDENCIAL cantidad de FIN CONFIDENCIAL]**, más el interés legal del dinero sobre esta cantidad. Asimismo, se desestima la demanda reconvenzional presentada por DTI2 en el mismo procedimiento.

En particular, se vierten las siguientes conclusiones:

- Basándose en una pericial aportada por Telefónica, el juzgado declara probado que las facturas por servicios de acceso al bucle de abonado han sido emitidas cumpliendo con los requisitos exigidos por la OBA de 2004 -indicando que los posibles defectos formales que hubiera no justifican su impago total-.
- Desestima la demanda reconvenzional de DTI2 de considerar procedente la compensación de las facturas anteriores con la deuda existente de penalizaciones reclamada por DTI2, al considerar el Juzgado que no procedía penalizar a Telefónica por el retraso en el trámite previo o precontractual del servicio de cubrición de la OBA y por no haberse formulado correctamente las incidencias de provisión denunciadas por DTI2.

En definitiva, la sentencia citada desestima la procedencia de las penalizaciones y la reclamación adicional de daños y perjuicios exigida por DTI2 y estima parcialmente la demanda de Telefónica –parcialmente, por la corrección en la cantidad debida que se produce en la sentencia (por descuento de algunas cantidades no procedentes)-.

Telefónica denuncia que, desde la fecha de presentación de la demanda anterior DTI2 ha continuado impagando los servicios de acceso al bucle de abonado prestados. Por ello, desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha, se entiende, de la presentación del conflicto, Telefónica denuncia que se ha generado una nueva **deuda de [CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, que, sumada a la cantidad anterior, arroja un resultado de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**. En su escrito posterior, Telefónica ha aportado copia de las facturas.

En base a lo anterior, Telefónica concluye que DTI2 está incumpliendo una obligación esencial en sus contratos (el pago de los servicios prestados), de manera sistemática, y que, en virtud del artículo 1.124 del Código Civil, y de otros antecedentes similares conocidos y resueltos por la CMT, debe permitírsele resolver sus contratos con DTI2.

Es por ello que solicita asimismo una medida cautelar consistente en un aval que garantice el pago de los servicios proporcionados por Telefónica, de manera que no aumente la deuda existente.

b) Sobre las alegaciones de DTI2

En fecha 19 de julio de 2013, DTI2 ha presentado su escrito contestando al requerimiento de información formulado por esta Comisión, y pronunciándose sobre una serie de cuestiones y sobre la medida cautelar instada por Telefónica:

- En cuanto a la solicitud principal de Telefónica, DTI2 alega que, con la interposición del presente conflicto, Telefónica está intentando revisar una cuestión ya decidida por esta Comisión en la resolución que puso fin al exp. RO 2007/272.

A este respecto, DTI2 sostiene que Telefónica no plantea hechos nuevos respecto de los ya resueltos en el conflicto citado. Asimismo, según DTI2, la sentencia de primera instancia recaída el 27 de marzo del presente año “*no innova en cuanto a los hechos*”



que fueron tratados en aquel momento por la CMT, no siendo invocable del modo pretendido por TESAU en esta sede, tanto por estar apelada y no ser firme, como por tratar de efectuar por vía administrativa un complemento a la ejecución de una sentencia civil”.

DTI2 continúa afirmando que la Resolución de 10 de septiembre de 2008 (exp. citado RO 2007/272) “rechazó la solicitud de resolución contractual, limitándose a establecer la obligación de DTI2 de aportar una determinada garantía”, en la medida en que los incumplimientos de Telefónica eran de la gravedad suficiente como para no imponer la resolución contractual a DTI2. Estos hechos fueron confirmados por la AN (en sentencias anteriormente citadas) y su interpretación no ha cambiado tras la sentencia de 27 de marzo, pues en este procedimiento Telefónica no ha solicitado la resolución de los contratos entre las partes.

A continuación, DTI2 denuncia que Telefónica elige el fuero que le interesa –jurisdicción civil o CMT- cambiando su discurso continuamente, sobre si las cuestiones sometidas son de índole privada o jurídico-públicas, y sobre las cantidades (así, DTI2 afirma que Telefónica va cambiando la cuantía debida de forma arbitraria).

Por último, sobre esta cuestión, DTI2 alega que la Resolución de 10 de septiembre de 2008 no puede revisarse –dicha Resolución está pendiente aún de recurso de casación interpuesto por Telefónica- y que la sentencia de 27 de marzo de 2013 del Juzgado de Primera Instancia de Córdoba ha sido apelada y no es firme.

- En lo que respecta a la deuda que reclama Telefónica, DTI2 sostiene que, según consta en el exp. RO 2007/272, el pago se perfeccionó por importe de 650.000 euros el día 2 de noviembre de 2007, por compensación con cantidades debidas por Telefónica en concepto de penalizaciones (se refiere al documento 1 adjunto al escrito de alegaciones al trámite de audiencia presentado el 7 de noviembre de 2007).

DTI2 afirma que la reciente sentencia no se pronuncia sobre la compensación de deudas sino únicamente sobre la procedencia de las penalizaciones, conteniendo a este respecto pronunciamientos erróneos debido a la mala fe de Telefónica, que ha presentado una interpretación de la OBA que es falsa.

- En lo que respecta a la medida cautelar solicitada, DTI2 afirma que no es necesaria, pues esta entidad restituyó los avales que ejecutó Telefónica el día 24 de noviembre de 2009 y “los mantiene hasta la actualidad”.

En este sentido, DTI2 alega que en su momento constituyó un depósito como contragarantía en la entidad Cajamar Caja Rural, sociedad cooperativa de Crédito, por importe de [CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL] (y aporta copia del detalle del depósito en el que consta como próxima fecha de vencimiento el día 18 de marzo de 2014). Dicho depósito, según DTI2, está pignorado con los avales. Dicha pignoración no consta a esta Comisión.

Asimismo, DTI2 aporta copia de los extractos bancarios de **dos avales, por importe de [CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** (con números de inscripción en el Registro de avales de la entidad 103187 y 103189, respectivamente), en los que figura como fecha de próxima liquidación el día 22 de septiembre de 2013⁴. Dichos avales son los correspondientes a los contratos de

⁴ La compañía afirma que los extractos son actuales, pero la fecha de liquidación prevista ya ha pasado. Se desconoce a qué obedece este detalle.



acceso indirecto y del servicio de ubicación, respectivamente, que se constituyeron en marzo de 2010 con duración indefinida.

Revisando la documentación del exp. RO 2010/312, DTI2 aportó copia de los contratos de aval por los importes anteriores, y que tenían una duración indefinida. Procede recordar que en dicho expediente Telefónica solicitó, al igual que en el presente procedimiento, la resolución de los contratos existentes con DTI2 y desistió de su solicitud al comenzar DTI2 a pagar sus servicios y constituir los anteriores avales.

Si bien Telefónica no se ha referido a estos avales en su contestación al requerimiento formulado por esta Comisión, el día 23 de julio del presente año ha presentado un escrito de aclaración del anterior escrito refiriéndose a estos avales y afirmando que no los aceptó en su momento, por no cumplir los requisitos establecidos en la Resolución de la CMT dictada el 29 de julio de 2009. A esta cuestión se hará referencia más adelante.

Sin embargo, por los contratos de acceso completamente desagregado y compartido no existen avales constituidos a día de hoy, como la propia DTI2 reconoce, al haber caducado los del año 2010.

c) Análisis preliminar de las anteriores cuestiones, al objeto de estimar la procedencia de adoptar la medida cautelar solicitada

Examinada la situación de forma preliminar –sin prejuzgar el fondo del asunto-, ocurre que DTI2 ha impagado los servicios de acceso al bucle prestados estos últimos meses. Telefónica ha aportado facturas desde noviembre de 2009 hasta mayo de 2013.

En concreto, la siguiente tabla identifica los últimos importes facturados por Telefónica y pendientes de pago, según el escrito de Telefónica:

[CONFIDENCIAL]

Mes	Servicios ⁵	Número de factura	Importe factura
Febrero			
Marzo			
Abril			

FIN CONFIDENCIAL]

⁵ Figuran en la tabla Excel aportada otras cantidades menores, pero sin estar identificados los servicios (únicamente se expresa "OBA").



La entidad denunciada no niega el impago de estas facturas pero sostiene que deben compensarse con la deuda histórica en penalizaciones que Telefónica mantiene con DTI2.

Sin embargo, ha de señalarse que, por un lado, la sentencia civil ha estimado la demanda de Telefónica y desestimado la de DTI2, por lo que en el momento presente, y sin perjuicio del resultado –pendiente– del recurso de apelación interpuesto contra aquella sentencia, DTI2 debe a Telefónica la cantidad de [CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL] (correspondiente a facturas antiguas), sin habersele reconocido la procedencia de dichas penalizaciones.

Además, al margen de la anterior cantidad, y al contrario de lo que alega DTI2, a juicio de esta Comisión sí se han producido hechos nuevos que no fueron conocidos en el exp. RO 2007/272, y son los nuevos impagos denunciados por Telefónica, que DTI2 no niega.

Esto es, por lo que se desprende de los hechos relatados por ambas partes, DTI2 sigue impagando las facturas que Telefónica emite, a cuenta de la deuda de penalizaciones antigua y, en virtud de la sentencia recaída recientemente que no estima la procedencia del cobro de dichas penalizaciones, esta Comisión ve indicios de apariencia de buen derecho en la pretensión de Telefónica, motivos por los que se ha de estimar la solicitud de medida cautelar, para evitar que la deuda siga aumentando.

En este sentido, se ha aportado el extracto de dos avales, por los servicios de acceso indirecto y de ubicación, que no cubren todos los servicios prestados por Telefónica a DTI2 (ha de recordarse que dichos avales no pueden ejecutarse por deudas de otros contratos), motivo por el que procede imponer la medida cautelar especificada *infra*.

Por tanto, cabe estimar que la solicitud de Telefónica respecto a la necesidad de intervención cautelar estaría justificada en el impago de los servicios en que está incurriendo DTI2 y en las consecuencias que se prevén para dichos impagos en los contratos de acceso al bucle de abonado vigentes entre las partes, dado este análisis de la información obtenida.

II.3 NECESIDAD Y URGENCIA DE LA MEDIDA

Concurre el segundo presupuesto para la adopción de la medida citada en el apartado anterior, toda vez que, de no adoptarse la medida cautelar, la deuda con Telefónica pudiera ir aumentando y ya existe una cantidad bastante elevada pendiente de ejecución [CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]. A este respecto, los antecedentes del presente supuesto demuestran que DTI2 no paga regularmente las facturas, en la medida en que sigue intentando que se compensen dichas cantidades con la deuda de penalizaciones de Telefónica.

Así, la adopción de la presente medida cautelar pretende evitar que los impagos de las facturas giradas por Telefónica por la prestación de sus servicios se sigan acumulando. Por tanto, concurre sobradamente la circunstancia de necesidad y urgencia en la adopción de la presente medida.

II.4 INEXISTENCIA DE PERJUICIOS DE DIFÍCIL O IMPOSIBLE REPARACIÓN

La fijación de esta medida cautelar se considera idónea y plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad⁶, habiéndose llevado a cabo la necesaria ponderación entre el

⁶ El principio de proporcionalidad exige que los medios adoptados sean adecuados para lograr el objetivo perseguido y no rebasen los límites de lo que resulta necesario para su logro, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser



interés público que se trata de satisfacer y los posibles perjuicios que se podrían irrogar a los afectados por dicha medida. En este sentido, la medida cautelar que se acuerda por medio de la presente Resolución no viola derechos amparados por las leyes ni ocasiona perjuicios de difícil o imposible reparación (artículo 72.3 de la LRJPAC).

En este sentido, DTI2 podrá seguir disfrutando de los servicios de acceso de Telefónica en la medida que atienda con sus obligaciones de pago o Telefónica cobre a través de las garantías constituidas la prestación de sus servicios.

Por otro lado, las cantidades objeto de garantía no son muy elevadas, por lo que esta Comisión entiende que DTI2 puede atender esta medida de forma razonable. Asimismo, la adopción de las medidas cautelares solicitadas no implica ningún tipo de perjuicios para usuarios finales, ni para terceras entidades.

III ADOPCIÓN DE UN MECANISMO DE ASEGURAMIENTO DE PAGO

III.1 CONSTITUCIÓN DE AVALES

Procede distinguir en función de los contratos vigentes:

- Por lo que respecta a los **servicios de acceso completamente desagregado y compartido**, la cláusula 5.3 de los contratos aplicables a estos servicios vigentes entre las partes, en su cláusula 5.3, regula los mecanismos de aseguramiento de pago que se pueden constituir con posterioridad al comienzo de la prestación del servicio de acceso al bucle, siempre que se constate la existencia de impagos sin causa justificada en derecho o demoras en el pago de dos facturas emitidas por Telefónica, y siempre que la deuda continúe vigente, como parece ser el caso.

En el supuesto de que el servicio se venga prestando durante más de 12 meses – como ocurre en el presente supuesto-:

“se tomará la medida [la media] de las cantidades totales facturadas al operador en los últimos tres meses correspondientes a los servicios de acceso al bucle que se estén actualmente prestando en el marco de Acuerdo.”

En consecuencia, para calcular el importe del aval se tomará la media de las cantidades totales facturadas al operador en los últimos 3 meses correspondientes a los servicios de acceso completamente desagregado y compartido que se han prestado. Telefónica y DTI2 no han indicado qué meses se han de tomar como base para realizar dicho cálculo. Así, Telefónica ha aportado las facturas hasta el mes de mayo, pero son de signo negativo, motivo por el que se han indicado más arriba las facturas de febrero a abril de 2013. DTI2 se ha referido a las cantidades de julio de 2013 en su escrito de contestación al requerimiento.

En virtud de lo señalado, esta Comisión considera que resulta razonable que se constituya el aval sobre la base de las tres últimas facturas mensuales positivas emitidas por Telefónica, y, en caso de discrepancia entre las partes, se calcule el aval sobre la base de los datos anteriores (facturas de febrero a abril, aportadas por Telefónica), esto es, por una **cuantía de [CONFIDENCIAL] FIN CONFIDENCIAL** (correspondiente a la media de las cantidades citadas).

desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos, ver asunto C-331/88, *Fedesa*, sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1990.



- En lo que respecta a los **servicios de acceso indirecto**, DTI2 ha acreditado la existencia a día de hoy de un aval vigente para el contrato de acceso indirecto, por importe de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

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

Dado el número de conexiones de que dispone DTI2 (**CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL**), según los datos aportados a esta Comisión en mayo de 2013), se entiende que el aval existente cumple con los requisitos establecidos en la OBA, en lo que respecta a su importe. En este sentido, en su escrito de 19 de julio de 2013, DTI2 propone un aval para el servicio de acceso indirecto de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, siendo el aval vigente de un importe superior.

- Por último, en cuanto al **servicio de ubicación**, la cláusula decimosexta del contrato de ubicación prevé dos tipos de aseguramiento para el pago de estos servicios. Por un lado, están los que tienen su origen en el coste de habilitación del servicio de ubicación y, por otro, los que tienen su origen en las cuotas mensuales.

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

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

Telefónica no propone ningún importe. Con respecto a los primeros costes de habilitación, esta Comisión no dispone de datos para fijar la cuantía de la garantía. Con respecto a las cuotas mensuales, el aval vigente, por importe de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, no cubre el importe de las últimas facturas mensuales emitidas **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, como la propia DTI2 manifiesta. Por ello, se conmina a DTI2 a elevar la cuantía del aval hasta garantizar el pago de la facturación emitida, de acuerdo con los requisitos del contrato de ubicación.

Telefónica ha aportado un escrito en fecha 23 de julio de 2013 indicando que no aceptó en su momento los avales anteriores, por no cumplir los requisitos de la Resolución de esta Comisión de 29 de julio de 2009, motivo por el que no existen avales debidamente constituidos. A este respecto, Telefónica aporta un burofax que le remitió en su momento a DTI2, por el que le indicaba, entre otros aspectos, su rechazo a dichos avales.

En primer lugar, procede señalar que la aceptación del beneficiario de un aval no es requisito imprescindible para la validez de un contrato de garantía entre el garante y la entidad bancaria.



En segundo lugar, revisados los requisitos establecidos en el apartado Cuarto.3 de la Resolución de 29 de julio de 2009, no se aprecian los motivos de disconformidad que alega Telefónica. Así:

- Los dos avales recogen los términos de ejecución establecidos para el contrato de acceso indirecto, esto es, se establece que Telefónica *“comunicará previamente a OPERADOR AUTORIZADO la intención de proceder a la ejecución de la garantía en el plazo de cinco días, indicando la cuantía a ejecutar y la causa en que se ampara para ello”*.

Telefónica indica en su último escrito que estos avales no son a primer requerimiento, como indica DTI2 en su burofax de 27 de marzo de 2010 (aportado como documento 1). En efecto, no lo son, pero resultan conformes con la regulación contenida en los contratos vigentes.

La Resolución de 29 de julio de 2009 se remitía a la cláusula decimoséptima de los contratos para el servicio completamente desagregado y el servicio compartido y a la cláusula decimotercera del contrato para el servicio de acceso indirecto que actualmente son, respectivamente, las cláusulas 5.3 y decimotercera de los citados contratos, con el mismo contenido:

“Sólo se ejecutará la garantía por las cantidades efectivamente vencidas e impagadas por los servicios objeto del Acuerdo y, en su caso, por los costes en los que haya incurrido TELEFÓNICA DE ESPAÑA para rehabilitar los servicios de acceso al bucle de abonado previamente restringidos, debiendo comunicarse previamente al operador su intención de proceder a la ejecución del mismo en el plazo de cinco días, indicando la cuantía a ejecutar y la causa en la que se ampara para ello. Una vez ejecutada la garantía, deberá notificarse esta circunstancia a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.”

Literalmente, lo que indican los avales aportados es que Telefónica tendrá que avisar de la intención de proceder a la ejecución del aval con 5 días de anterioridad, indicando por qué cuantía y deuda, sin condicionarse la ejecución de los avales a ningún otro requisito, sólo que se ejecuten en garantía del pago de cantidades efectivamente vencidas e impagadas por DTI2.

- De forma adicional, se indica claramente que CAJAMAR *“es informada del carácter mercantil de las relaciones entre ambos operadores de telecomunicaciones, por cuanto no opera el beneficio de excusión, siendo esta garantía solidaria”*. El apartado Cuarto.3 (3) de la Resolución mencionada indicaba que los avales tenían que cumplir los anteriores criterios.

En consecuencia, los avales cumplen los requisitos establecidos en la Resolución indicada de 29 de julio de 2009. Esta Comisión ha señalado en diversas ocasiones que los mecanismos de aseguramiento de pago han de ser garantías ejecutables en sí mismas y, efectivamente, los avales no pueden establecer requisitos que hagan difícil la demostración de la deuda y su ejecución –y la CMT conoce que en el tráfico mercantil actual la práctica habitual consiste en utilizar avales a primer requerimiento-. Sin embargo, esta Comisión entiende que las condiciones anteriores son lo suficientemente razonables para que se puedan ejecutar los avales y son conformes con los contratos que han firmado ambas partes y con la Resolución mencionada.

Ha de recordarse que si bien DTI2, en su burofax de 27 de marzo de 2010, establece que los avales no son a primer requerimiento, también le indica a Telefónica que:



“El banco tiene instrucciones de DTI2 de no discutir y entregar el dinero, pero bajo la responsabilidad de TESAU, no implicando la entrega de los fondos, la conformidad de la entidad de crédito o de DTI2.”

El citado burofax de 2010 informaba a Telefónica de que, al no ser los avales a primer requerimiento, “Telefónica debe acreditar la existencia de la deuda, no bastando con su declaración en tal sentido, (...)”. Esto no está establecido en los avales, y se advierte a DTI2 de que no debería implicar la exigencia de requisitos adicionales de acreditación de la deuda pendiente que supongan una carga muy gravosa (por ejemplo, que supongan algo más que la presentación de las facturas vencidas y la acreditación o comprobación de que no se han pagado).

En conclusión, los avales constituidos –con la salvedad arriba indicada en cuanto al importe de uno de ellos- son válidos.

Si DTI2 optase por la constitución de un aval, deberá constituir un aval para garantizar los impagos en los contratos relativos al acceso completamente desagregado y compartido, sobre la base de las tres últimas facturas mensuales positivas emitidas por Telefónica, y, en caso de discrepancia entre las partes, por una **cuantía de [CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, y elevar la cuantía del aval relativo al servicio de ubicación, hasta garantizar el importe de las últimas mensualidades facturadas –que en los últimos meses es de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**-. La constitución de estos avales deberá realizarse en un plazo de 15 días hábiles desde la notificación de la presente Resolución.

En el supuesto de ejecutarse alguno de los avales y de que DTI2 siga incumpliendo sus obligaciones de pago, DTI2 estará obligada a constituir nuevos avales siguiendo las reglas de los contratos suscritos, especificadas con anterioridad, en un plazo de 1 mes desde la ejecución del aval correspondiente.

III.2 SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE UN SISTEMA DE PREPAGO

DTI2 solicita en su escrito de 19 de julio de 2013, que se le permita constituir un prepago, en el supuesto de que los avales constituidos no se consideren suficientes. El prepago, como mecanismo de aseguramiento de pago, no está previsto en los contratos de acceso al bucle de abonado, sino que únicamente está previsto en la OIR.

Sin embargo, ante la posible situación crediticia de DTI2 actual, por si hubiera problemas para constituir los avales, se autoriza a DTI2 a establecer a su elección un mecanismo de prepago.

DTI2 propone un importe de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**. Teniendo en cuenta las últimas facturas presentadas por Telefónica, esta cantidad sería algo inferior a la media de la facturación emitida. En virtud de dichas facturas, los importes facturados totales por los servicios prestados ascienden a:

[CONFIDENCIAL

Mes	Importe factura
Febrero	
Marzo	
Abril	

FIN CONFIDENCIAL]



Sin embargo, DTI2 presenta unos datos de facturación inferiores para julio de 2013 **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**. En el supuesto de optar por un prepago, el importe deberá corresponder a la media mensual de las cantidades adeudadas a Telefónica por el periodo correspondiente a las tres últimas facturas emitidas. En caso de discrepancia en este aspecto, DTI2 deberá establecer un prepago por importe de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

El primer prepago se deberá realizar por DTI2 en un plazo de 15 días hábiles desde la notificación de la presente Resolución.

Aplicando analógicamente la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR) –cláusula 11.14 del AGI incorporado a la OIR-, si una vez hecho efectivo el prepago por parte de DTI2, Telefónica detectara que el precio de los servicios efectivamente prestados supera en, al menos, un 10% a los servicios prepagados, Telefónica comunicará esta circunstancia al operador y le requerirá para que proceda a la ampliación del prepago en el plazo de cinco días. La ampliación se cuantificará multiplicando el incremento medio diario, calculado en el momento de la petición, por el número de días del mes correspondiente. Si en los cinco días siguientes al requerimiento no se hubiera procedido a la ampliación del prepago por parte de operador, Telefónica podrá suspender los servicios entre ambos operadores hasta que el prepago se haya ampliado.

La fecha en que deberán hacerse efectivos los siguientes prepagos (exceptuando el primero) será el día 20 de cada mes anterior a aquél en que se prestan los servicios de acceso que se prepagan o el día laborable inmediatamente posterior al día 20 si éste no fuera laborable.

III.3 DISPOSICIONES COMUNES

Si transcurrido el plazo concedido para constituir los avales o realizar el prepago, DTI2 no lo hubiera realizado, se autoriza a Telefónica a suspender la prestación de servicios de acceso al bucle a DTI2, hasta que tales garantías o las sucesivas que se constituyan de conformidad con las previsiones de los contratos vigentes, no se hayan formalizado.

Realizada la suspensión, Telefónica la habrá de notificar inmediatamente a esta Comisión.

Conforme a los anteriores hechos y fundamentos de derecho, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO.- Adoptar, en el seno del presente procedimiento, la medida cautelar consistente en obligar a Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, SCA a garantizar el pago de los servicios de acceso al bucle que le preste Telefónica de España, S.A. mediante la constitución de un aval o un sistema de prepago en los términos señalados en la presente Resolución.

SEGUNDO.- Si Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, SCA optase por la constitución de un aval, dicha formalización deberá realizarse en un plazo de 15 días hábiles desde la notificación de la presente Resolución.

Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, SCA deberá constituir un aval para garantizar los impagos en los contratos relativos al acceso completamente desagregado y compartido, sobre la base de las tres últimas facturas mensuales positivas emitidas por Telefónica de España, S.A., y, en caso de discrepancia entre las partes, por una cuantía de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, y elevar la cuantía del aval relativo al



contrato por el servicio de ubicación, hasta garantizar el importe de las últimas mensualidades facturadas –que en los últimos meses es de [CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]-.

En el supuesto de ejecutarse alguno de los avales y de que Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, SCA siga impagando las facturas emitidas actualmente en el seno de los contratos en vigor, la entidad estará obligada a constituir nuevos avales siguiendo las reglas de los contratos suscritos, especificadas con anterioridad, en un plazo de 1 mes desde la ejecución del aval correspondiente.

TERCERO.- Si Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, SCA optase por la figura del prepago, la formalización del mismo deberá realizarse, en un plazo de 15 días hábiles desde la notificación de la presente Resolución, por el importe de la media mensual de las cantidades adeudadas a Telefónica de España, S.A. por el periodo correspondiente a las tres últimas facturas emitidas y, en caso de discrepancia, por un importe de [CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL].

Asimismo, Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, SCA deberá proceder a ampliar los prepagos, en función de la evolución de los servicios consumidos, de conformidad con lo previsto en la presente Resolución.

CUARTO.- Si transcurrido el plazo concedido para constituir el aval o efectuar el prepago éstos no se hubieran formalizado, se autoriza a Telefónica de España, S.A. a suspender la prestación de servicios de acceso al bucle hasta que los mecanismos de aseguramiento de pago se hayan constituido.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), 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 la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por Miguel Sánchez Blanco, Director de la Asesoría Jurídica en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la CMT, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30.03.2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.
