



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 24/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 2 de julio de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LAS OFERTAS MAYORISTAS EN RELACIÓN CON EL SISTEMA DE PENALIZACIONES Y DE GARANTÍAS DE PAGO (MTZ 2008/120).

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- Comunicación a los interesados del inicio de oficio del procedimiento.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 21 de febrero de 2008 se puso en conocimiento de una serie de interesados el inicio del presente procedimiento administrativo de revisión de ofertas mayoristas existentes con la referencia MTZ 2008/120, concediéndoles un plazo de diez días, de acuerdo con lo establecido en el artículo 76.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), desde la notificación del acuerdo de inicio para que alegaran lo que tuviesen por conveniente.

Asimismo, dada la existencia de una pluralidad indeterminada de interesados en el procedimiento, se procedió, de acuerdo con lo establecido en los artículos 59.6 a) y 86 de la LRJPAC, a notificar por medio del Boletín Oficial del Estado el inicio del correspondiente procedimiento con fecha 14 de marzo de 2008.

Se comunicaba, igualmente, en los acuerdos de inicio, que el fin de este procedimiento es adoptar un sistema razonable respecto de las penalizaciones que, fundamentalmente, sea útil para los operadores y que esté dirigido a



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

promover el desarrollo de una competencia efectiva y sostenible en los mercados de comunicaciones electrónicas.

Este procedimiento tiende a asegurar la eficacia de las penalizaciones como instrumento fundamental para el debido cumplimiento de las Ofertas Mayoristas de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) aprobadas por esta Comisión y servirá, asimismo, para tratar de dirimir los conflictos que surjan derivados de los impagos, tanto de penalizaciones como de los servicios, por parte de los operadores. Para la consecución de este último fin se analiza la posibilidad de implantar medidas que estimulen el pago por parte de los operadores de los servicios prestados por Telefónica como la modificación de los requisitos del aval que pueden exigirse.

Segundo.- Escrito presentado por Telefónica de España, S.A.U.

Con fecha 18 de marzo de 2008 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Telefónica mediante el que presentaba las siguientes alegaciones:

- *Que la Comisión no es competente para pronunciarse sobre cuestiones civiles.*

Según Telefónica, las Ofertas mayoristas no constituyen en sí mismas resoluciones administrativas sino que la resolución administrativa en cuestión lo que hace es aprobar la correspondiente oferta de “contrato” obligatoria para Telefónica, sin que ello afecte al carácter privado de los acuerdos suscritos en cumplimiento de dichas resoluciones.

Telefónica entiende que las cláusulas contractuales que obligan al pago de las penalizaciones son cláusulas penales y que, de acuerdo con los artículos 1.152 y 1.153 del Código Civil (en adelante, C.c.) cumplen con dos funciones, la coercitiva y la liquidadora de los daños y perjuicios. Por tanto, son los jueces y tribunales civiles los que deben resolver la interpretación de estos preceptos.

En conclusión, según Telefónica, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) no ha atribuido expresa ni implícitamente a la Comisión una potestad que le autorice para (i) decidir si los operadores tienen capacidad jurídica y de obrar suficiente para suscribir los contratos correspondientes a las posibles ofertas reguladas mayoristas que ordenan su suscripción, (ii) determinar la responsabilidad civil o la indemnización de daños y perjuicios a que tendrían derecho como consecuencia de supuestos incumplimientos contractuales de Telefónica o (iii) pronunciarse sobre la exigibilidad de una penalización, y menos aún, sobre la compensación de las mismas, que exige un previo pronunciamiento sobre su cuantía concreta.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Que las deudas no son compensables por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 1.196 del C.c.*

Según Telefónica, las cantidades pendientes por la prestación de los servicios y las pendientes por el devengo de penalizaciones no son compensables ya que no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1.196 C.c., en concreto el del origen de la deuda ni el de la liquidez de la deuda (por no poder entenderse cierta y líquida una cantidad cuyo importe se cuestiona por la parte deudora).

- *Que la Comisión incurriría en desviación de poder si resolviese sobre penalizaciones.*

Telefónica entiende que si esta Comisión adopta una decisión sin la cobertura de la habilitación normativa o sin ajustarse a los fines previstos en el ordenamiento estará incurriendo en un vicio de desviación de poder y extralimitación competencial, en base a los artículos 106.1 de la Constitución Española y 53.2 de la LRJPAC.

En concreto, Telefónica manifiesta que esta Comisión estaría utilizando una potestad que efectivamente ostenta como es la imposición coactiva de medidas para asegurar la competencia efectiva en el sector, para conseguir la efectiva satisfacción de supuestos derechos de crédito (privados) generados por terceros operadores frente a Telefónica y no para la protección del interés general.

Junto con lo anterior, Telefónica señala que la actuación de la Comisión por la cual impusiera un procedimiento que impidiera la resolución o suspensión de los contratos a cuya suscripción se ve obligada por la normativa vigente, pese al incumplimiento por la parte contratante de la obligación esencial de pago, permitiría a Telefónica solicitar la responsabilidad patrimonial de la Comisión por los perjuicios causados.

- *Que la modificación del sistema de avales es necesaria.*

Telefónica entiende que el hecho de que esta Comisión requiera una persistencia del impago para permitir la solicitud de aval propicia el impago reiterado de los operadores alternativos. Por lo tanto, Telefónica acoge favorablemente una revisión del sistema de avales previsto en las ofertas mayoristas.

Tercero.- Alegaciones presentadas por los operadores alternativos.

En el Registro de esta Comisión, se recibieron alegaciones de los siguientes operadores alternativos interesados en la tramitación del presente procedimiento:

- Cableuropa, S.A.U. y Tenaaría S.A. (en adelante, ONO).
- France Telecom Internet Service Provider, S.A.U. (en adelante, Ya.Com).
- France Telecom España, S.A.U. (en adelante, Orange).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Jazz Telecom, S.A.U. (en adelante, Jazztel).
- Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL).
- Catalana de Telecomunicacions Societat Operadora de Xarxes, S.A. (en adelante AL-PI).
- Euskaltel, S.A. (en adelante Euskaltel).
- Grupo de Operadores Independientes¹ (en adelante, GOI).

Todos los operadores coincidían en la necesidad de llevar a cabo modificaciones en el sistema de penalizaciones existente. Con carácter general, los operadores proponían que las penalizaciones se facturasen de forma independiente de los servicios mayoristas prestados por Telefónica, incluso, que sean ellos quienes giren las facturas. Igualmente, de forma mayoritaria, los operadores planteaban la necesidad de que exista algún mecanismo de comunicación o de intercambio de información tanto para la resolución de discrepancias surgidas en torno a las mismas como para la liquidación o posible compensación. Algunos operadores proponían una modificación del SGO al respecto.

Respecto de la posible modificación del sistema de avales incluidos en las Ofertas, la mayoría de los operadores se mostraba disconforme y abogaba por el mantenimiento de los requisitos del sistema actual.

Cuarto.- Requerimiento de información efectuado a Telefónica.

Mediante escrito del Secretario, con fecha de salida del Registro de esta Comisión 12 de junio de 2008, por ser necesario para la determinación y conocimiento de las circunstancias concretas del asunto en cuestión se requirió a Telefónica para que en el plazo de diez días remitiera la siguiente información, con la justificación documental acreditativa en cada caso:

- *Importe total abonado (u ofrecido) a los operadores alternativos en concepto de penalizaciones asociadas a retrasos tanto en la provisión de los servicios regulados como en la resolución de incidencias de provisión, desde el mes de enero del año 2001. La información se aportará de forma desagregada por cada una de las Ofertas Mayoristas aprobadas y por cada operador alternativo.*
- *Modalidades de pago ofrecidas y aceptadas por Telefónica para la liquidación de las penalizaciones incurridas.*
- *Número total de reclamaciones efectuadas por los operadores alternativos sobre la facturación. Listado de los aspectos de la facturación emitida por Telefónica más reclamados por los operadores alternativos.*

¹ Asociación compuesta por la entidad World Wide Web Ibercom, S.L. y Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, S.C.A.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Descripción del procedimiento implantado a nivel minorista (“hogar”) para la tramitación de las reclamaciones presentadas por los usuarios de Telefónica.*
- *Descripción del procedimiento implantado a nivel mayorista sobre servicios comerciales (“profesionales y empresa”) para la tramitación de las reclamaciones sobre facturación.*
- *Descripción del procedimiento implantado a nivel mayorista sobre servicios regulados para la tramitación de las reclamaciones sobre facturación.*

Quinto.- Escrito presentado por Telefónica por el que contesta al requerimiento.

Con fecha 18 de julio de 2008 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito de Telefónica mediante el que venía a contestar al citado requerimiento. En el citado escrito y de forma preliminar, Telefónica alegó que el citado requerimiento se emitía en el seno de un procedimiento para cuya tramitación y resolución la Comisión era incompetente. Por tanto, esta falta de competencia “*ab initio*” afectaría a cualquier actuación realizada en el seno del citado procedimiento, incluido, el citado requerimiento.

Asimismo, Telefónica en el citado escrito solicitaba la confidencialidad de determinados datos aportados como contestación al citado requerimiento. Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 9 de septiembre de 2008, se procedió a declarar la confidencialidad de parte de la información aportada por considerar que de no ser así podría ocasionar perjuicios al secreto y a los intereses comerciales de Telefónica.

Sexto.- Informe de audiencia.

Mediante escrito del Secretario de fecha 30 de octubre de 2008, publicado en el BOE de fecha 8 de noviembre de 2008, se comunicaba a los interesados el resultado de la instrucción del presente procedimiento procediéndose a dar trámite de audiencia a las entidades interesadas.

El informe de los servicios alcanzaba las siguientes conclusiones:

“Primera.- *Determinar la naturaleza facturable de las penalizaciones así como aprobar el sistema de liquidación propuesto.*

Segunda.- *Modificar los sistemas de penalizaciones incluidos en todas las Ofertas de referencia de Telefónica de España, S.A.U. en el sentido que indica esta propuesta.*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercera.- *Modificar los mecanismos de aseguramiento de pago incluidos en todas las Ofertas de referencia de Telefónica de España, S.A.U. eliminando el requisito de deuda vigente para su constitución.*

Cuarta.- *Instar a Telefónica de España, S.A.U. a que publique el texto consolidado de las diferentes Ofertas en el plazo de tres días hábiles desde la notificación de la Resolución, sustituyéndola por el texto publicado por esta Comisión.*

Telefónica de España, S.A.U. deberá publicar el texto aprobado en su servidor hipertextual «<http://www.telefonicaonline.es>».

Séptimo.- Alegaciones de los operadores al trámite de audiencia.

Se han recibido alegaciones al trámite de audiencia de los siguientes operadores: Orange, ASTEL, Vodafone y Euskaltel.

Todos coinciden en la necesidad de introducir modificaciones en el SGO con el fin de que se facilite información necesaria para el cálculo de penalizaciones así como en la necesidad de ampliar los plazos propuestos para la correcta gestión del procedimiento. Otro aspecto en el que coinciden en señalar casi todos los operadores es la necesidad de que el sistema de avales sea recíproco y que Telefónica se encuentre obligada a su constitución.

Octavo.- Alegaciones de Telefónica al trámite de audiencia.

Con fecha 2 de noviembre de 2008 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito de Telefónica por el que vienen a presentar alegaciones al trámite de audiencia. Con carácter general, Telefónica pone de manifiesto las siguientes alegaciones:

- Que el procedimiento planteado por la Comisión es inadmisibile desde el punto de vista jurídico y operativo ya que contiene diversos aspectos que van a dificultar su implementación como los ciclos de facturación impuestos, los plazos, la interpretación del silencio, los medios de prueba, etc.
- Que la Comisión carece de competencia para pronunciarse sobre cuestiones de naturaleza privada. Alega que los contratos derivados de las Ofertas son de naturaleza privada así como las penalizaciones contenidas en ellos.
- Que las cláusulas penales desempeñan una función indemnizatoria y que los jueces o tribunales civiles desempeñan una función moderadora sobre ellas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que esta actuación de la Comisión incurriría en una clara desviación de poder y responsabilidad patrimonial.
- Que debería existir un suelo técnico en la provisión y mantenimiento de los servicios de acceso incluidos en la OBA.
- Que la modificación propuesta en el informe de audiencia respecto de los mecanismos de garantía de pago resulta insuficiente y por ello incluye distintas modificaciones a tener en cuenta.

A los anteriores antecedentes de hecho, los Servicios de esta Comisión consideran aplicables los siguientes

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Objeto del procedimiento.

El presente procedimiento tiene por objeto la revisión de las Ofertas Mayoristas de Telefónica aprobadas por esta Comisión en orden a asegurar la plena eficacia de sus previsiones en lo relativo a las consecuencias derivadas del incumplimiento de las condiciones de prestación de los servicios, en particular, modificando los procedimientos de liquidación de las penalizaciones asociadas a dichos incumplimientos.

Asimismo, este procedimiento tiene por objeto implantar medidas que garanticen el pago por parte de los operadores de los servicios prestados por Telefónica.

Segundo.- Situación actual.

Todas las ofertas de referencia vigentes (OIR, OBA, ORLA y AMLT), que resultan de las obligaciones de transparencia y no discriminación impuestas a Telefónica en cuanto que operador dominante en los diferentes mercados, contienen acuerdos de nivel de servicio y definen penalizaciones asociadas a los posibles incumplimientos.

A. Oferta de Interconexión de Referencia (OIR)

La OIR contiene la oferta de servicios de generación, tránsito y terminación de llamadas en la red fija, mercados todos en los que Telefónica ha sido considerada operadora con poder significativo de mercado².

² Mediante Resolución de esta Comisión de fecha 12 de diciembre de 2008 (MTZ 2008/447) se aprobó la definición del mercado de originación de llamadas en la red telefónica pública facilitada en una ubicación fija, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones. Mediante Resolución de esta Comisión de fecha 18 de diciembre de 2008 (MTZ 2008/1192) se aprobó la definición del mercado de terminación de llamadas en las redes públicas individuales de cada operador de telefonía fija, el análisis del



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para todos estos servicios, continúa vigente, con sus sucesivas modificaciones, la Oferta de Interconexión de referencia aprobada mediante Resolución de 23 de noviembre de 2005.

En concreto, para todos estos servicios, se establece que los acuerdos de nivel de servicio son contenido mínimo de la Oferta, esto es, indisponible para Telefónica.

A.1 Contenido

En la OIR las penalizaciones más relevantes eran las existentes por retrasos en la provisión y resolución de incidencias de circuitos mayoristas. Sin embargo, estos circuitos ahora se recogen en la ORLA, por lo que dichas penalizaciones se analizarán en el apartado correspondiente a la ORLA.

Adicionalmente, en la OIR se contemplan penalizaciones por otros conceptos relacionados con la interconexión como son:

- Retrasos en la constitución o ampliación de Puntos de Interconexión. Estas penalizaciones pueden ser aplicables tanto a Telefónica como al operador.
- La comunicación de averías inexistentes. También pueden ser aplicables tanto a Telefónica como al operador.
- La baja anticipada de los enlaces en el modelo de interconexión por capacidad, donde las penalizaciones son aplicables al operador solicitante.

Las penalizaciones por baja anticipada de enlaces se encuentran íntimamente ligadas al modelo de interconexión por capacidad y sólo son aplicables al operador solicitante en caso de resolución anticipada del acuerdo. Por este motivo son más asimilables a una indemnización de daños que a las propias penalizaciones en sí ya que no responden a un objetivo de garantía de prestación de los servicios en las condiciones obligatorias de calidad y plazo establecidas, sino que constituyen consecuencia del desistimiento de esa prestación.

Por tanto, se excluyen del objeto del presente expediente.

B. Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA3)

B.1 Servicios de acceso desagregado y acceso indirecto al bucle

Mediante Resolución de esta Comisión de fecha 22 de enero de 2009 (MTZ 2008/626) se aprobó la definición de los mercados de acceso desagregado al por

mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones. Mediante Resolución de esta Comisión de fecha 29 de junio de 2006 (AEM 2005/1453) se aprobó la definición del mercado de los servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones.

³ Incluyendo las modificaciones introducidas por la OIBA aprobadas mediante las Resoluciones de 27 de marzo de 2008 y 22 de mayo de 2008.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mayor (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales y de acceso mayorista de banda ancha, el análisis de los mismos, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones.

En dicha Resolución, se concluyó que los mercados de referencia no eran realmente competitivos y se identificó a Telefónica como operador con poder significativo, imponiéndosele las correspondientes obligaciones, entre las que se encontraban la obligación de proporcionar servicios mayoristas de acceso desagregado a todos los operadores a precios regulados, la obligación de transparencia y la de no discriminación.

Con respecto a las obligaciones de transparencia y de no discriminación se consideró que la oferta de servicios mayoristas de acceso desagregado e indirecto al bucle recogida en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado cuya última modificación fue aprobada mediante Resolución de la Comisión de 22 de mayo de 2008, continuaba vigente, incluyendo las modificaciones posteriores.

B.2 Contenido

El sistema de penalizaciones de la OBA se caracteriza, fundamentalmente, por aplicar penalizaciones automáticas a cada incumplimiento de los parámetros recogidos en los acuerdos de nivel de servicio correspondiente. Este sistema parte del 100% de cumplimiento por parte del prestador de servicios (Telefónica).

La OBA contempla tres tipos de penalizaciones distintas:

- Penalizaciones aplicables por retrasos en la provisión de servicios.
- Penalizaciones aplicables por retrasos en la resolución de incidencias producidas tanto en la provisión de los servicios como en la resolución de averías⁴.
- Penalizaciones por franqueos indebidos de incidencia o avisos de avería inexistente.

Las primeras resultan exigibles cuando se produce un retraso en la provisión de un servicio OBA, teniendo en cuenta los plazos para la entrega del servicio. A tal efecto, se define en la OBA (Apartado A.1 del Anexo 1) el denominado “tiempo de provisión” como el tiempo transcurrido desde un hito inicial hasta la entrega del servicio.

Además, en la OBA existen otros plazos distintos a los de provisión para realizar actuaciones concretas de tramitación. En caso de incumplimiento de estos plazos procedería la apertura de una incidencia de provisión pero no la aplicación automática de una penalización. Eso sí, abierta una incidencia de provisión (cuyo

⁴ Existe también una penalización por indisponibilidad del par accedido.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

plazo para su resolución es de 2 días hábiles), el retraso en la resolución de la misma, determina la posibilidad de exigir el pago de una penalización.

Según la OBA, la penalización por retraso en la provisión de un determinado servicio y la penalización por retraso en la resolución de una incidencia de provisión que tenga por causa la superación del plazo de entrega de dicho servicio son mutuamente excluyentes, debiendo aplicarse la penalización asociada al retraso en la provisión del servicio.

Por otra parte, existen penalizaciones asociadas al incumplimiento de los tiempos máximos de resolución de averías.

El método de cálculo de las penalizaciones se ha fijado como un porcentaje sobre la cuota de alta de los servicios afectados teniendo en cuenta el plazo de retraso incurrido.

Por último, se han definido las penalizaciones asociadas a franqueos indebidos de incidencia por parte de Telefónica o a avisos de avería inexistente ("falsa avería") por parte del operador que accede a los pares.

C. Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas (ORLA)⁵

Mediante Resolución de esta Comisión de 23 de noviembre de 2006, (AEM 2005/1456) se aprobó la definición y análisis de los mercados de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor y segmentos troncales de líneas arrendadas al por mayor, la designación de operadores con poder significativo en el mercado, y la imposición de obligaciones. Estos mercados se corresponden con los números 13 y 14 de la primera Recomendación de mercados de 2005. En la nueva Recomendación de 2007, el 13 se corresponde con el 7 mientras que el 14 ha sido excluido.

Respecto de las líneas alquiladas terminales, en dicha Resolución, tras definir y analizar el mercado de referencia, se concluyó que no era realmente competitivo y se identificó a Telefónica como operador con poder significativo en el mismo, imponiéndosele las correspondientes obligaciones, entre las que se encontraban la obligación de proporcionar servicios mayoristas de líneas alquiladas terminales a todos los operadores a precios regulados y la obligación de transparencia.

Telefónica está obligada a ofrecer servicios sobre líneas alquiladas terminales prestadas con interfaces tradicionales y prestadas con interfaces Ethernet y FastEthernet. Para las líneas tradicionales, las obligaciones impuestas se concretan en la aplicación de la OIR vigente y, para las líneas Ethernet,

⁵ Con fecha 15 de enero de 2009, la Comisión anunció la apertura del trámite de consulta pública relativa a la definición y análisis del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas (mercado 7), del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor (mercado 13) y mercados de segmentos troncales de líneas arrendadas al por mayor (Mercado 14), la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica debía presentar una Oferta de forma conjunta con la oferta de líneas alquiladas tradicionales recogidas en la OIR, esto es, la ORLA.

Respecto de las líneas alquiladas troncales, en dicha Resolución se concluyó que el mercado de referencia no era realmente competitivo y se identificó a Telefónica como operador con poder significativo en el mismo, imponiéndosele las obligaciones de acceso, no discriminación y la obligación de transparencia.

Según la obligación de transparencia, Telefónica está obligada a la publicación de una Oferta de referencia para la prestación de los servicios mayoristas de líneas alquiladas troncales incluyendo los acuerdos de nivel de servicio como contenido mínimo de la misma. Mediante Resolución de fecha 10 de septiembre de 2008, se aprobó la modificación llevada a cabo en la Oferta de Referencia de líneas alquiladas troncales de Telefónica en lo que respecta a la ruta Península-Canarias (MTZ 2008-516).

C.1 Contenido

En la ORLA, al igual que en la OBA, existen penalizaciones por retrasos en la provisión de los servicios y en la resolución de incidencias. El esquema de las penalizaciones por retrasos en la resolución de incidencias es idéntico a la OBA, es decir, se aplica una penalización automática cuyo importe se calcula en función del retraso respecto del plazo máximo para solventar la incidencia y el horario en el que se produce.

Por otro lado, el sistema de penalizaciones por retrasos en la provisión es algo más complejo que el de la OBA.

- Existe una penalización automática si Telefónica se retrasa respecto a la fecha de compromiso de entrega. Este aspecto es idéntico a la OBA. La fecha de compromiso como máximo puede ser el doble del plazo estándar de entrega para cada circuito.
- Adicionalmente, Telefónica está obligada a cumplir el plazo estándar de entrega para el 85% de las solicitudes. Por ello, trimestralmente se mide el nivel de retrasos de Telefónica y, si es superior al 15%, se aplican penalizaciones a los circuitos que excedan dicho porcentaje.

Esta complejidad añadida respecto de la OBA es debida a que la provisión de los circuitos alquilados puede presentar una serie de complicaciones⁶ que aconsejan dotar de una cierta flexibilidad al tándem de plazos de provisión - penalizaciones asociadas.

Por otro lado, en la Oferta de líneas troncales que cubren la ruta Península-Canarias, se ha establecido un sistema de penalizaciones inspirado en gran

⁶ Por ejemplo puede ser necesaria la ampliación de equipos de transmisión, o la acometida en sede de cliente hace necesaria la ejecución de trabajos de albañilería imprevistos inicialmente, etcétera.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

medida en la ORLA, pero adecuándolo a las líneas troncales y las características de los cables submarinos.

D. Oferta de referencia de acceso mayorista a la línea telefónica (AMLT)

Mediante Resolución de esta Comisión de 12 de diciembre de 2008 se aprobó la imposición de obligaciones específicas en el mercado de originación de llamadas en la red telefónica pública facilitada desde una ubicación fija (mercado 2 de la Recomendación).

En dicha Resolución se imponía a Telefónica la obligación mayorista de alquiler de la línea telefónica o acceso mayorista a la línea telefónica (AMLT) relacionada con la obligación de acceso y de transparencia. En concreto, se establecieron como contenido mínimo de la Oferta los acuerdos de nivel de servicio correspondientes.

D.1 Contenido

El sistema de penalizaciones incluido en el AMLT es similar al contenido en la OBA. Existen por un lado penalizaciones derivadas de la provisión y penalizaciones derivadas de las incidencias (que podrán ser, a su vez, de provisión, de infraestructuras y de facturación). En algunos casos el importe de la penalización es una cantidad fija a abonar y en otros casos se ha fijado como un porcentaje sobre la cuota de alta del servicio.

Tercero.- Situación en los países del entorno europeo.

En todos los países del entorno europeo (Portugal, Francia, Italia, Alemania y Reino Unido) se han implementado sistemas de penalizaciones asociadas a incumplimientos en el marco de las diferentes Ofertas de referencia de los distintos servicios mayoristas regulados.

En el caso de Reino Unido, el nivel de pagos de penalizaciones era muy bajo, a pesar del aumento de reclamaciones y de conflictos entre los operadores y el incumbente (Openreach). El sistema implantado a través de los acuerdos de nivel de servicio adolecía de cierta complejidad técnica y exigía que el operador afectado por el retraso o incumplimiento plantease un conflicto ante Ofcom para exigir su cumplimiento. Por ese motivo, Ofcom aprobó con fecha 20 de marzo de 2008 una instrucción dirigida al sector con el objetivo de incentivar el cumplimiento (*"Service level guarantees: incentivising performance. Statement and Directions"*⁷). Se impuso un sistema basado en el pago automático de las penalizaciones de forma proactiva por parte del incumbente.

⁷ <http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/slg/slg.pdf>



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La situación regulatoria en Portugal e Italia es muy similar. Ambos Estados han incluido las penalizaciones en cada una de las Ofertas y en los acuerdos de nivel de servicio correspondientes. La metodología de cálculo de las penalizaciones varía según los servicios afectados. Así, en el supuesto de Italia además de asociarse a retrasos o a incidencias se aplican también por desacuerdos con las obligaciones contractuales generales. En el caso concreto de Portugal, se han resuelto numerosos conflictos⁸ sobre las cantidades devengadas y la cuantificación de las penalizaciones en el marco de la OBA y de la ORLA.

Por el contrario, Alemania no tiene demasiada experiencia en esta materia ya que ha incluido las penalizaciones durante el año 2008. Su ANR, Bundesnetzagentur, ha tomado en consideración los retrasos e incumplimientos de los acuerdos de nivel de servicio por el incumbente para adoptar esta medida regulatoria de forma similar a las demás ANRs y conforme a la normativa europea.

En el seno del *European Regulators Group for Electronic Communications Networks and Services* (en adelante, ERG), del que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es miembro, se han adoptado distintas posiciones comunes y aprobado diferentes informes que de alguna forma se pronuncian sobre el tema de las penalizaciones.

En la Plenaria celebrada en mayo de 2008, el ERG ha aprobado⁹ un código de buenas prácticas (*Report¹⁰ on ERG best practices on regulatory regimes in wholesale unbundled access and bitstream access*) aplicables a los mercados de referencia 4 y 5, cuyas conclusiones son trasladables al resto de los mercados cuyos servicios se presten en torno a acuerdos de nivel de servicio.

El ERG considera beneficioso que las ANRs, con el fin de garantizar el cumplimiento de los ANS, incluyan un sistema de penalizaciones como parte de las diferentes Ofertas de referencia (¹¹). Asimismo, reconoce que desde el punto de vista práctico, la aplicación de las penalizaciones es una medida proporcionada para los supuestos de cumplimiento defectuoso de los ANS por parte de los operadores con PSM (¹²).

A través de otros documentos¹³, el ERG ha definido las penalizaciones como un mecanismo adecuado para incentivar el cumplimiento de los acuerdos de nivel de servicio.

⁸ <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=595499>
<http://www.anacom.pt/template31.jsp?categoryId=275704>

⁹ http://www.erg.eu.int/doc/meeting/erg_08_34_plen_conc_080702.pdf

¹⁰ ERG (07) 53 WLA WBA BP final 080604.

¹¹ It is best practice for NRAs to subject to compensation payments by the SMP player all SLA indices/timers, including the ones mentioned before.

¹² Practical experience indicates that it is proportionate to apply compensation amounts for all cases where the SMP does not comply with the agreed service level

¹³ ERG 06(33) Remedies Common Position (Posición Común sobre obligaciones) y ERG 06(70).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cuarto.- Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

De acuerdo con el artículo 48.2 de la LGTel, “la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.”

Como se señala en el Fundamento de Derecho siguiente, Telefónica está obligada a la publicación de las Ofertas de referencia de los diferentes servicios mayoristas como consecuencia de la imposición de determinadas obligaciones específicas en los correspondientes análisis de mercados.

Con el fin de hacer efectivas esas obligaciones, esta Comisión resulta competente para introducir cambios en las ofertas de referencia de conformidad con el artículo 9.2 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de Acceso) y, en la normativa nacional, el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados.

Por otro lado, tomando en consideración la situación actual en el sector, de acuerdo con el artículo 23 del Reglamento de Mercados, esta Comisión podrá intervenir en las relaciones entre operadores de oficio cuando esté justificado

De otra parte, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ámbito de sus respectivas competencias, debe fomentar y, en su caso, garantizar la consecución de los objetivos y principios establecidos en el artículo 3 de la LGTel.

Telefónica contesta esta habilitación competencial alegando que las relaciones con los operadores se instrumentan a través de contratos privados cuyo contenido son obligaciones contractuales y no regulatorias, incluidos los acuerdos de nivel de servicio que también tienen naturaleza privada.

En este sentido señala que las Ofertas mayoristas no constituyen en sí mismas resoluciones administrativas sino que las resoluciones administrativas de aprobación de las Ofertas mayoristas aprueban la correspondiente oferta de “contrato” obligatoria para Telefónica, sin que ello afecte al carácter privado de los acuerdos suscritos en cumplimiento de dichas resoluciones. Es decir, Telefónica alega que la competencia de la Comisión se agota con el acto administrativo de aprobación de las Ofertas.

A. Sobre la naturaleza jurídica de los acuerdos.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Debe partirse de que el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante, Reglamento de mercados), que desarrolla la LGTel, recoge la capacidad de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de intervenir en los contratos de acceso al señalar, en relación con las Ofertas de Referencia, que la CMT *“podrá introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones a las que se refiere este capítulo y establecerá, para cada tipo de oferta de referencia, el procedimiento para su aplicación y, en su caso, los plazos para la negociación y formalización de los correspondientes acuerdos de acceso; también entenderá de los conflictos que en relación con estos accesos se planteen entre los operadores, tanto durante la negociación de los acuerdos como durante su ejecución, de conformidad con lo establecido en el artículo 23.3a)”*.

Así pues, es cierto que esta Comisión aprueba el contenido de las distintas Ofertas de los diferentes servicios regulados. En la actualidad, las Ofertas mayoristas de servicios regulados son resultado de los distintos análisis de mercados llevados a cabo por esta Comisión en los que se imponen obligaciones y medidas regulatorias como puede ser, en concreto, la publicación de las Ofertas (cuestión que es analizada en profundidad en el siguiente Fundamento de Derecho).

Tal y como la Comisión ha manifestado en reiteradas ocasiones el acuerdo de acceso es un contrato privado, en concreto un contrato de arrendamiento de servicios, regulado en el artículo 1544 del Código Civil. Sin embargo, existe un límite legal a la libertad contractual que rige en las relaciones establecidas entre Telefónica y los terceros operadores que formalizan este tipo de contratos, que no es otro que la potestad de la Comisión de intervenir administrativamente en dicha relación contractual.

Esta habilitación competencial se justifica en la necesaria protección de determinados intereses públicos como el fomento de la competencia, la salvaguardia del principio de transparencia o del principio de no discriminación entre operadores.

Por ello, la potestad de la Comisión no se limita a la simple aprobación de determinadas condiciones, tal y como alega Telefónica, sino que comprende la intervención en todos aquellos aspectos necesarios para garantizar su eficaz cumplimiento con el objeto de preservar las condiciones competitivas en los diferentes mercados.

Consecuentemente, es función de la Comisión el control y seguimiento de la ejecución de los contratos sobre servicios regulados mayoristas que se celebran, de acuerdo con lo previsto en el citado Reglamento.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así lo ha reconocido la Audiencia Nacional entre otras, en sus Sentencias de 3 de diciembre de 2004 y 19 de mayo de 2005 al hacer referencia a los acuerdos de interconexión señalando lo siguiente:

“Precisamente es la intervención administrativa en sus diversas formas la que dificulta la calificación jurídica del denominado en la Ley acuerdo de interconexión¹⁴, acuerdo del que puede afirmarse que tiene una indudable naturaleza contractual, aunque sometido a unos importantes poderes de intervención por parte de la Administración, de los que es titular en nuestro Ordenamiento Jurídico la CMT. Puede incluso afirmarse que las prerrogativas de la Administración en relación con estos contratos, en principio de naturaleza privada, son superiores a las que ostenta en los contratos administrativos”.

En ejercicio de sus competencias, esta Comisión ha intervenido en la modificación de acuerdos, por ejemplo de interconexión, con el objeto de velar por la competencia en el sector, interviniendo por razones de interés general o incluso adoptando medidas en aquellos casos en que se produjera una ruptura del equilibrio en las condiciones contractuales entre operadores como consecuencia de la regulación sectorial, siendo todo ello avalado por Sentencias de la Audiencia Nacional de 17 de noviembre de 2004, 25 de abril de 2005 o 18 de noviembre de 2005.

Es decir, en contra de lo manifestado por Telefónica, la habilitación competencial de la Comisión no se agota en la posibilidad de intervenir en la elaboración de los contratos tipo que forman parte de la Oferta, introduciendo cláusulas que consigan equilibrar la situación diferenciada en la que se encuentran los operadores alternativos frente al operador con peso significativo en el mercado, sustituyendo la autonomía de la voluntad, sino que puede conocer de los conflictos que puedan surgir tanto en el marco de la negociación como en la ejecución de dichos contratos.

Consecuencia de ello es lo estipulado en los propios contratos tipo anexos a la OBA, en los que al determinar los criterios de resolución de conflictos entre las partes del acuerdo se establece que *“en caso de discrepancia entre las partes sobre la interpretación, modificación o ejecución del presente Contrato, las mismas se comprometen a emplear sus mejores esfuerzos para su resolución (...). En todo caso, las partes podrán acudir directamente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para la resolución de las controversia, sin necesidad de someterse al procedimiento previsto en esta estipulación”.*

Resulta evidente por tanto que la actuación del regulador no puede limitarse únicamente, como pretende Telefónica, a la inclusión de determinadas cláusulas en los contratos tipo, sino que se extiende a la posibilidad de interpretar, modificar o ejecutar lo acordado en el mismo.

¹⁴ Por analogía aplicable al resto de los acuerdos suscritos en el marco de las distintas Ofertas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante, esta Comisión es consciente de que existen determinados límites a la intervención administrativa en las relaciones jurídicas entre los operadores basadas en los principios de autonomía de la voluntad y de mínima intervención, entre otros. Así, la potestad de control que ostenta la Comisión se circunscribe a todos aquellos supuestos en los que concurren intereses públicos que deban ser tutelados por ésta.

En este sentido, la Audiencia Nacional en su Sentencia de 27 de diciembre de 2005 que respecto de los acuerdos de interconexión, que afirma que *“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.”*

Esta doctrina ha sido plenamente ratificada por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 8 de julio, 1 de octubre y 18 de noviembre de 2008.

Tal y como se analiza a continuación, las penalizaciones no se incluyen en los acuerdos por voluntad de las partes sino que derivan de un mandato legal impuesto a Telefónica y, en contra de la tesis defendida por la operadora, cabe señalar que las penalizaciones poseen un indudable carácter público que reside precisamente en su propia existencia y el fin para el que fueron creadas, esto es, la prestación de los servicios en un marco de competencia efectiva.

B. Sobre la naturaleza jurídica de las penalizaciones.

B.1 Sobre las penalizaciones como cláusulas penales.

Telefónica afirma que las penalizaciones son auténticas cláusulas penales indemnizatorias que forman parte de los acuerdos suscritos entre los operadores y sobre las que la Comisión no tiene potestad alguna para intervenir dada su función liquidadora de los daños y perjuicios infligidos.

Efectivamente, tal y como alega Telefónica, las penalizaciones se han incluido formalmente en las distintas Ofertas siendo equiparables a las cláusulas penales (naturaleza reconocida por la Resolución de 19 de julio de 2007, por la que se resuelve el recurso de reposición sobre la Resolución de 14 de septiembre de 2006 de modificación de la OBA). Sin embargo, de lo alegado por Telefónica parece deducirse que al asimilarse a cláusulas penales, esta Comisión no puede pronunciarse sobre ellas.

La cláusula penal, con carácter general, viene recogida en los artículos 1152 y siguientes del Código Civil. Se trata de un concepto jurídico que ha sido desarrollado por la Jurisprudencia. El artículo 1152 del C.c. establece que *“en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pactado (...). De acuerdo con, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1991, la cláusula penal establece *“por vía del pacto, el quantum indemnizatorio y su efecto sustitutorio respecto de la indemnización de daños y perjuicios”*.

Esta función hace que se cumpla una de las finalidades u objetivos que tiene *per se* la cláusula penal como es la no necesidad de probar los daños. El Tribunal Supremo (por su importancia, STS de 20 de mayo de 1986), afirma que *“la estructura de la cláusula penal, conforme a su finalidad, es la de evitar la necesidad de demostrar la existencia y cuantía de unos perjuicios para los casos previstos de deficiente o total incumplimiento y, en este caso, lo único que se debió probar y fue probado, es el hecho del retraso”*, cuando así se hubiere pactado. Por ello, este tipo de cláusula penal es calificada como sustitutiva o liquidatoria.

No obstante, frente a esta función liquidatoria que señala Telefónica, las cláusulas penales pueden ejercer otro tipo de funciones cuyas características han sido desarrolladas jurisprudencialmente.

Debe partirse de que las penalizaciones se han incluido en las distintas Ofertas para incentivar el cumplimiento en plazo, esto es, se aplican únicamente en el supuesto de que exista un retraso bien en la provisión de los distintos servicios bien en la resolución de incidencias sobre los mismos. Se configuran como un tipo de cláusula objetiva de aplicación en caso de mora o retraso en el cumplimiento. Además, debe también señalarse que en todas las Ofertas de servicios regulados de Telefónica se prevé una indemnización.

La Jurisprudencia denomina a este tipo de cláusulas, cláusulas moratorias que son aquellas que se estipulan, exclusivamente, para el supuesto de retraso en el que incurra el deudor en el cumplimiento de la obligación (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 noviembre de 1997 y de 26 de mayo de 1980).

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de noviembre de 1997 diferencia entre las cláusulas penales sustitutorias y las cláusulas penales moratorias, en los siguientes términos: *“En las obligaciones con cláusula penal, como norma general, la pena estipulada sustituye a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento de la obligación, si otra cosa no se hubiere pactado (artículo 1152 del Código Civil), o sea, que la aplicación de la pena procede cuando el deudor incumple totalmente la obligación. (...) Pero junto a dicha cláusula penal, cuya aplicación presupone el incumplimiento (total o parcial) de la obligación, se halla la llamada cláusula penal moratoria, la cual está estipulada exclusivamente para el supuesto del retraso en que incurra el deudor en el cumplimiento de la obligación.”*

En este mismo sentido, la Audiencia Provincial de Valencia en su Sentencia de 15 de enero de 2008 afirma que *“debe distinguirse entre la cláusula penal con función liquidadora, (es decir la pactada como pena sustitutiva de la posible*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

indemnización de daños y perjuicios, que contempla el artículo 1.152 del Código Civil), y la cláusula penal moratoria, prevista específicamente para el caso de retraso en el cumplimiento de la obligación de ejecutar la obra en el plazo fijado. (Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 3 de noviembre de 1999, 18 de abril de 1986, 18 de diciembre de 1996, 29 noviembre de 1997 y 12 de enero de 1999)”

En estas Sentencias, el Tribunal Supremo y la Audiencia Provincial de Valencia diferencian entre cláusulas que sustituyen a la indemnización de daños y perjuicios (establecida para supuestos de incumplimiento total o parcial de las obligaciones) y cláusulas penales moratorias (las que aplican en caso de retraso), diferenciando entre dos tipos de penas independientes.

En definitiva, la cláusula penal moratoria conforma una clase diferente de pena, independiente, en todo caso, de la indemnización de daños y perjuicios y que se ve sometida, por lo tanto, a otro régimen jurídico.

Por tanto, dado que como decíamos en todas las Ofertas de referencia de servicios regulados se prevé la existencia de una indemnización de daños y perjuicios de forma independiente a las penalizaciones, en el ámbito de las Ofertas de referencia y de los ANS, dicha pena ha de considerarse moratoria y no sustitutiva o liquidatoria.

Esta doctrina ha sido asumida por la Audiencia Nacional que, en sus Sentencias de 5 de septiembre y de 10 de octubre de 2008, ha calificado a la penalización establecida en la OBA como “*cláusula que por su naturaleza y estructura cabe calificar de cláusula penal moratoria*”. Asimismo señala que “*el argumento de TESAU para defender la incompetencia de la CMT para instar al pago de penalizaciones, al entender que éstas son liquidaciones de daños y perjuicios entre particulares para lo que el regulador no tiene competencia, decae si observamos que las penalizaciones que se fijan en la OBA simplemente tienen una finalidad coercitiva, se calculan en virtud de una fórmula objetiva y no buscan la reparación de ningún daño, sino el cumplimiento de las obligaciones que asumió TESAU en la OBA*”.

A pesar de la rotundidad con la que se ha pronunciado la Audiencia a favor de la competencia de la Comisión en relación con las penalizaciones, Telefónica insiste en señalar su incompetencia en el escrito de alegaciones al trámite de audiencia, afirmando una supuesta función liquidadora de daños y perjuicios. Trae a colación la Resolución de 31 de marzo de 2004 de modificación de la OBA por la que se incrementa los importes de las penalizaciones y en la que la Comisión “*considerando que las penalizaciones existentes se encuentran asociadas en su mayoría a plazos de entrega de servicios y que cualquier retraso en los mismos supone un deterioro de la imagen de los operadores respecto a sus clientes, circunstancia que lleva asociada unos costes elevados para dichos operadores, se modificarán al alza las cuantías de las penalizaciones definidas en los ANS*”. Telefónica considera que la asociación que hace la Comisión entre daños



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

efectivos a la imagen de los operadores e incremento de las penalizaciones para compensarlos significa, necesariamente que la penalización tiene una función indemnizatoria.

Pues bien, Telefónica confunde los criterios que sirven para fijar los importes de las penalizaciones con la función que desempeñan las mismas. Para fijar la cuantía de las penalizaciones, la Comisión tiene en consideración diversos elementos tales como el coste real del servicio, el coste de las potenciales pérdidas por cada hora o día de retraso incurrido, el valor del servicio en el mercado, etc. Se trata de fijar unos importes tales que desincentiven el incumplimiento por parte de Telefónica, de manera que no resulte más ventajoso incumplir los plazos regulados.

Tal y como se establece en la Resolución de 31 de marzo de 2004, los retrasos respecto de los plazos de entrega regulados tienen un impacto directo sobre los clientes finales de los operadores y suponen un deterioro de la imagen del operador. El tomar en consideración este parámetro para fijar una penalización realmente desincentivadora no presupone, en absoluto, una cuantificación de los posibles daños sufridos por el operador.

En conclusión, las penalizaciones incluidas en cada una de las Ofertas mayoristas de Telefónica ostentan una naturaleza jurídica diferente de las cláusulas indemnizatorias de daños y perjuicios.

B.2. Sobre el interés público concurrente

Telefónica alega en el trámite de audiencia que el argumento de la Comisión para justificar la exigencia de penalización se basa en que *“están destinadas a incentivar a Telefónica”*. Sin embargo, considera que, tanto la indemnización de daños y perjuicios como la cláusula penal moratoria, son incentivos desde el punto de vista de las partes y no desde el punto de vista del interés público.

Según Telefónica, sobre las penalizaciones se pueden alcanzar acuerdos que pongan fin a discrepancias concretas, es decir, que rige el principio dispositivo y la autonomía de la voluntad. Afirma que si concurriese en las mismas el interés general que fundamenta la potestad administrativa que el ordenamiento atribuye a la Comisión, éstas serían indisponibles e irrenunciables. Para Telefónica las penalizaciones han de considerarse elementos de naturaleza privada al ser susceptibles de acuerdos interpartes.

Este planteamiento choca con la realidad normativa (tanto interna como comunitaria) y la interpretación jurisprudencial.

Al contrario de lo que alega Telefónica, esta Comisión considera, como se razonará a continuación, que la existencia misma y la efectividad de penalizaciones, que sirven como garantía e incentivo para el cumplimiento de las condiciones de calidad y plazos previstas para los servicios mayoristas, responde



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

estrictamente a razones esenciales de interés público, cuales son, el mantenimiento de la capacidad de competir de los operadores que requieren del uso de la red de Telefónica para prestar sus servicios en el mercado final, a cuyos efectos es esencial que la provisión se haga en las condiciones de plazo y calidad recogidas, obligadamente, en las ofertas de referencia para cada uno de los servicios mayoristas.

a) Regulación de los Acuerdos de Nivel de Servicio.

Las penalizaciones forman parte esencial e indisoluble de las obligaciones que, en materia de calidad y plazos, resultan para Telefónica de las ofertas de referencia.

En efecto, los acuerdos de nivel de servicio, junto con las penalizaciones asociadas, se han convertido en parte fundamental de los denominados contratos tecnológicos, entre los que destacan los acuerdos que articulan la prestación de servicios mayoristas de comunicaciones electrónicas, en cuanto que son la plasmación de unos parámetros mínimos de calidad obligatorios para la parte prestadora (plazos de entrega, tiempos de resolución de incidencias, etc.) fijados de forma objetiva y concreta (horas, días, etc.). Para incentivar su observancia por el prestador de servicios, los ANS incluyen penalizaciones asociadas al incumplimiento de aquellos parámetros objetivos determinados en el acuerdo.

No puede olvidarse que en estos mercados el proveedor mayorista, que ostenta una posición equivalente a la de un operador dominante, es a la vez competidor de sus clientes mayoristas en los mercados finales. Las condiciones de plazo y calidad son variables esenciales para competir.

Conscientes de ello, tanto el legislador comunitario como el nacional han previsto las condiciones de calidad y plazos, y las penalizaciones asociadas a su incumplimiento, como parte del contenido esencial de las ofertas que los operadores dominantes deben formular.

A escala comunitaria, ya con fecha 29 de junio de 2000 se publicó la Recomendación de la Comisión Europea sobre el acceso desglosado al bucle local. En este texto, la Comisión recomendaba a los Estados Miembros que adoptasen las medidas regulatorias necesarias para obligar a los operadores dominantes a suministrar, para el 31 de diciembre de 2000, un acceso desagregado completo al bucle local de cobre, en condiciones transparentes, justas y no discriminatorias.

Por su parte, en el Anexo del Reglamento CE 2887/2000, de 18 de diciembre de 2000, sobre el acceso desagregado al bucle local, se establece un listado mínimo de elementos que deben figurar en la oferta de referencia para el acceso desagregado al bucle local publicada por los operadores notificados (OBA). Entre dichas condiciones se indica la de establecer "*condiciones contractuales estándar, incluida, cuando proceda, la compensación por incumplimiento de los plazos*".



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo que se refiere a la normativa nacional, en el Anexo del Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento que estableció las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes, actualmente derogado, se establecía un contenido mínimo de la oferta de acceso al bucle de abonado; entre las condiciones de suministro, se preveía la existencia de contratos-tipo que *“incluirán, al menos, condiciones referidas a plazos de compromiso para la provisión de los accesos, recursos asociados y reparación de averías, con indicación de las compensaciones existentes por incumplimientos (...)”*.

Estos dos Reglamentos establecieron el contenido mínimo de las primeras ofertas de acceso al bucle (es decir, de la primera OBA).

Posteriormente, en el Anexo II del Reglamento de mercados actualmente vigente, se establece también el contenido mínimo que debe contener la OBA. Así, en lo referente a las “Condiciones de suministro” se indica entre otros aspectos, la necesidad de determinar unos contratos tipo para la provisión de los accesos, recursos asociados y reparación de averías, *“con indicación de las compensaciones existentes por incumplimientos.”*

De esta forma se han recogido, en los diferentes textos de la OBA que se han aprobado por esta Comisión a lo largo del tiempo, penalizaciones por retrasos en el cumplimiento de los plazos por parte de Telefónica, tanto en la provisión de los servicios como en la resolución de las incidencias. De forma análoga y en defensa de los mismos intereses, teniendo en cuenta los mismos principios que en el acceso, las siguientes Ofertas, primero de interconexión, y posteriormente de otros servicios mayoristas, han incluido las correspondientes penalizaciones.

b) Sobre las penalizaciones como contenido esencial de las ofertas de referencia.

Como acabamos de señalar, en todas las Ofertas mayoristas de servicios regulados aprobadas hasta la fecha por esta Comisión se incluyen compromisos de calidad, también llamados acuerdos de nivel de servicio (ANS o SLAS), así como penalizaciones asociadas a su incumplimiento.

Por ello, cualquier operador que contrate servicios regulados en el marco de cualquiera de las Ofertas mayoristas actuales tiene derecho a exigir el cumplimiento de los niveles de calidad establecidos y a reclamar el pago de las correspondientes penalizaciones en caso de incumplimiento.

Es necesario recordar que el fundamento de la existencia de ofertas mayoristas estandarizadas reside en la necesidad de solventar la desigualdad en la capacidad negociadora de las partes, de una parte el operador dominante, que controla un recurso indispensable como es la red, y de otra parte los operadores,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que necesitan de los servicios que aquél les pueda prestar para a su vez poder competir con éste en los mercados finales.

La existencia de las Ofertas de referencia proporciona al resto de operadores un puerto seguro necesario, esto es, un conjunto de mínimos, para el suministro de servicios regulados, en condiciones concretas de suministro, para evitar una negativa de suministro o dilaciones indebidas en el mismo, del que forma parte esencial, el mecanismo de las penalizaciones.

Consecuentemente, el contenido de esas ofertas estandarizadas, en todos sus aspectos, y su efectiva aplicación, se constituyen en instrumento esencial para el correcto desenvolvimiento de la competencia. Es decir, no es bastante con que el operador obligado a prestar servicios efectivamente los provea, sino que es necesario que lo haga con unas determinadas condiciones técnicas, económicas y de calidad, sin las cuales no podrá entenderse que se ha concedido efectivamente el acceso que, por mandato regulatorio, debe ofrecer el operador dominante.

En este sentido, los párrafos 94 y 95 de la Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones de 22 de agosto de 1998 (todavía vigente) señalan que *“El factor temporal, la configuración técnica y el precio son tres elementos importantes en relación con el acceso que el proveedor podría manipular para denegar su concesión”*. Añadiendo en consecuencia que *“los operadores de telecomunicaciones que gocen de una posición dominante están obligados a tramitar con eficacia las solicitudes de acceso. Cualquier retraso indebido, inexplicable o injustificado que se produzca en la respuesta a una solicitud de acceso puede ser constitutivo de abuso”*. En efecto, el suministro tardío o defectuoso de los servicios tiene un impacto inmediato en la capacidad de competir de los operadores alternativos.

Por ello las penalizaciones, encaminadas a incentivar el cumplimiento en plazo y con la calidad necesaria, forman parte indisoluble del servicio mismo y, por tanto, se integran como contenido mínimo y obligatorio de las Ofertas que Telefónica, de forma obligada, ofrece al sector. Y es el propio cumplimiento de la Oferta el elemento principal de trascendencia jurídico-pública que, por un lado, justifica su propia existencia y, por otro, fundamenta la intervención de la Comisión.

La indisponibilidad de las penalizaciones por parte de Telefónica deriva de ese carácter eminentemente jurídico-público que no desaparece por el hecho de que también coexistan intereses privados configurándose como un incentivo y una garantía del cumplimiento, y constituyendo un instrumento básico para la garantía de la adecuada prestación de los servicios mayoristas.

c) Sobre la coexistencia de intereses públicos con intereses privados.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, es frecuente la existencia de ámbitos normativos en los que coexiste una duplicidad de regulación existiendo normas tanto públicas como privadas. En principio, en estas materias existen intereses públicos cuya tutela corresponde a la Administración Pública y, asimismo, intereses privados cuya defensa corresponde a los participantes de dicho mercado de forma individual. Ambos intereses, normalmente, están íntimamente vinculados.

En el caso concreto de las penalizaciones incluidas en las Ofertas de referencia aprobadas por esta Comisión, efectivamente, existe una relación estrecha entre los intereses públicos protegidos (el fomento de la competencia a través del cumplimiento incentivado de la prestación de los servicios regulados) y los intereses privados de los operadores (la compensación de los posibles retrasos sufridos). Con el pago de penalizaciones se satisfacen ambos objetivos.

La Audiencia Nacional, en sus Sentencias de 5 de septiembre de 2008¹⁵ y, 10 de octubre de 2008¹⁶, establece, respecto a la alegación de Telefónica sobre la falta de intereses generales en la determinación de las penalizaciones que se trata de *“un supuesto en que concurren claros intereses privados como son los intereses empresariales”* pero que *“no resulta incompatible con la concurrencia de manifiestos y trascendentes intereses de carácter general que justifican y habilitan la intervención de la CMT”*.

Esta duplicidad de intereses posibilita también la existencia de una doble vía de reclamación. Es decir, por un lado se podrá acudir a la vía administrativa para la defensa de ciertos derechos cuando se trate de tutelar un interés público reconocido y, por otro lado, se podrá acudir a la vía ordinaria para la reclamación de derechos privados que carezcan del matiz público.

En este sentido, la Audiencia Nacional en las citadas Sentencias de 5 de septiembre y 10 de octubre de 2008 (corroborándolo en Sentencia de 13 de octubre de 2008¹⁷) razona en los siguientes términos:

“...no cabe duda de que concurre en este caso un claro interés general que justifica y fundamenta la intervención de la CMT, pues aun cuando, en efecto, Jazztel haya acudido a la vía civil ejercitando las acciones que estimó convenientes en defensa de sus intereses y con independencia de que se haya emitido un pronunciamiento indemnizatorio parcialmente estimatorio que devino firme, lo cierto es que dicho pronunciamiento civil no implica un agotamiento de los intereses concurrentes pues junto a lo estrictamente empresariales de índole privada concurre un interés general que se concreta en que la Oferta de Acceso anunciada (OBA) que vincula

¹⁵ Sentencia de 5 de septiembre de 2008 dictada en el recurso contencioso administrativo interpuesto por Telefónica contra la Resolución de fecha 9 de junio de 2005 de esta Comisión y la Resolución de 4 de noviembre que resolvía su recurso de reposición (sobre un conflicto de acceso entre Telefónica y Jazz Telecom, S.A.U.)

¹⁶ Sentencia de 10 de octubre de 2008 dictada en el recurso contencioso administrativo interpuesto contra Telefónica contra la Resolución de fecha 21 de diciembre de 2005 (sobre un conflicto de acceso entre Telefónica y Jazz Telecom, S.A.U.)

¹⁷ Sentencia de 13 de octubre de 2008 dictada en el recurso contencioso interpuesto por Telefónica contra la Resolución de 14 de julio de 2005 (sobre un conflicto de acceso entre Telefónica y Jazz Telecom, S.A.U.)



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

al operador dominante se cumpla y se lleve a efecto en la realidad, de manera que las condiciones preestablecidas se observen en la práctica para favorecer el acceso y que la competencia en el ámbito de las telecomunicaciones sea real y efectiva.”

Por todo ello, no se admite la alegación de Telefónica fundamentada en la negación de la existencia de un interés público en las penalizaciones. El interés público existe y es el que habilita cualquier intervención de la Comisión al respecto.

En conclusión, las penalizaciones tienen un carácter eminentemente jurídico-público aunque también pertenecen a la esfera de los intereses privados de los operadores. La concurrencia de un claro interés general justifica la habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

d) Sobre la posibilidad de acuerdos inter partes.

Todo ello, sin perjuicio, de que los operadores lleguen a acuerdos voluntarios sobre el acceso o la interconexión o cualquier aspecto relacionado con estas materias, incluido, un régimen distinto de penalizaciones.

En este sentido, la 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 en el mercado y la imposición de obligaciones específicas - mercados 4 y 5 - especifica que en caso de que los operadores lleguen a acuerdos voluntarios de acceso, al margen de las condiciones establecidas en la OBA, la Comisión velará porque las condiciones de dicho acuerdo garanticen la adecuación del acceso y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel. A estos efectos, y a los de velar por el cumplimiento de la obligación de no discriminación, Telefónica debe comunicar a esta Comisión los acuerdos a que llegue con terceros operadores.

e) Sobre el interés público en la efectividad de las penalizaciones.

El interés público subyacente no se agota con la inclusión de las penalizaciones en las distintas Ofertas sino que resulta imprescindible que se hagan efectivas. Esto significa que resulta necesario para la satisfacción de este interés que el operador alternativo cobre las cantidades devengadas una vez entregado el servicio o solucionada la incidencia.

Es necesario señalar que la posición de de fuerza de Telefónica influye ya no sólo en la negociación de los acuerdos de acceso e interconexión (existiendo, entonces, los contratos tipo regulados en las distintas Ofertas) sino que incide, especialmente, en la ejecución de los mismos. Así, y centrándonos en la cuestión



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

objeto de este expediente, es reseñable como señalará posteriormente, Telefónica incluye las penalizaciones en sus facturas cuando son de responsabilidad del otro operador (por falsas averías, etc), mientras que han existido numerosos conflictos en torno al impago de las penalizaciones por parte de Telefónica suscitados ante esta Comisión y otros muchos ventilados ante las distintas vías judiciales correspondientes. Este alto grado de conflictividad indica la existencia de algún fallo en el procedimiento actual cuya resolución se plantea esta Comisión.

Debe destacarse que la función de incentivo y garantía del cumplimiento de las condiciones de plazo y calidad que las penalizaciones tienen, queda neutralizada si su efectividad queda sistemáticamente diferida en el tiempo, tal y como ha venido ocurriendo hasta ahora.

Así, todos los operadores coinciden en la necesidad de llevar a cabo modificaciones en el sistema de penalizaciones existente. La experiencia adquirida en este aspecto ha demostrado que el sistema actual no es eficiente y que tiene asociado un alto grado de conflictividad. Cada uno de los operadores pone el acento en aspectos diferentes del sistema actual y sin embargo coinciden en que las únicas penalizaciones que existen en la práctica son las exigidas por Telefónica.

Telefónica, en la contestación al requerimiento de fecha 18 de julio de 2008, señalaba que desde el mes de enero del año 2001 el importe total abonado a los operadores alternativos en concepto de penalizaciones ascendía a [CONFIDENCIAL]¹⁸. Asimismo, señala que en la actualidad los operadores alternativos le reclaman en el marco de todas las Ofertas de referencia un total de [CONFIDENCIAL]¹⁹ en concepto de retrasos.

Uno de los mayores problemas que existen y a los que se enfrentan los operadores alternativos es la dificultad en la determinación de las penalizaciones. En la actualidad es Telefónica la que unilateralmente calcula y liquida las penalizaciones de acuerdo con sus propios datos sin dar a los operadores la oportunidad de mostrar su disconformidad con las mismas.

Esta dificultad en la determinación de las penalizaciones aumenta si se tienen en cuenta otras dificultades existentes como el funcionamiento defectuoso del SGO resultando, por tanto, difícil tener constancia de la entrega del servicio y/o resolución de la incidencia así como la responsabilidad en su imputabilidad.

Todo ello exige que el interés público existente en el cumplimiento de las penalizaciones quede protegido por medio de un procedimiento ágil de determinación ejecutiva de las penalizaciones con el fin de lograr la efectividad de las mismas.

^{18, 19} Declarado confidencial mediante escrito del Secretario de 9 de septiembre de 2008.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En conclusión, esta Comisión tiene potestad para pronunciarse sobre las mismas e instar su pago, en contra de lo que Telefónica sostiene, y ello tomando en consideración, de un lado, la concurrencia de intereses públicos consistentes en garantizar que Telefónica preste la diligencia debida y adecuada en la provisión, a los operadores competidores, de los servicios regulados, indispensables para preservar las condiciones competitivas en los mercados finales.

En consecuencia, esta Comisión, conforme con el criterio de la Audiencia Nacional mantenido tanto en la Sentencia de 5 de septiembre como de 10 de octubre de 2008, ha de tomar las medidas necesarias para preservar los intereses públicos cuya protección tiene encomendada

Quinto.- Sobre las modificaciones a llevar a cabo en el sistema de penalizaciones.

Vistas todas las consideraciones anteriores, a continuación se proponen concretas modificaciones a llevar a cabo en el sistema de penalizaciones existente en todas y cada una de las Ofertas de referencia. Las modificaciones que finalmente se vayan a adoptar deberán tenerse en cuenta por Telefónica de cara a la elaboración de futuras Ofertas de referencia con el fin de conseguir una mayor consistencia.

El objetivo de este procedimiento es implantar un sistema útil y eficaz para el cobro de penalizaciones, es decir, un procedimiento que las haga efectivas.

Telefónica, en su escrito de alegaciones, destaca la inadmisibilidad jurídica e irracionalidad operativa del procedimiento propuesto en el informe de audiencia. Considera que existen diversos aspectos operativos del mismo que van a dificultar su implementación como los ciclos de facturación, los plazos, la interpretación del silencio, los medios de prueba, etc.

Pues bien, tal y como ha quedado acreditado en los apartados anteriores, resulta necesario adoptar medidas que modifiquen el actual sistema de penalizaciones habiendo fundamentado esta Comisión su propuesta tanto en razones de legalidad como en motivos de oportunidad, por lo que no se admite esta alegación de Telefónica respecto a la inadmisibilidad jurídica del procedimiento propuesto.

Por otro lado, es necesario destacar que todos los operadores ponen de manifiesto distintos aspectos del procedimiento propuesto en el informe de audiencia que consideran de difícil implementación o que no son de su agrado. Con el fin de facilitar la puesta en práctica del procedimiento que finalmente se vaya a adoptar se han atendido, en la mayor medida posible, las aportaciones justificadas y constructivas realizadas por los operadores en el seno del presente procedimiento.

A. Penalizaciones como concepto facturable.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Los operadores, con carácter general, han manifestado la necesidad de que exista un procedimiento de liquidación que les permita facturar a Telefónica las cantidades devengadas en concepto de penalizaciones.

Con motivo de la modificación llevada a cabo en el contenido de la OBA durante el año 2006, esta Comisión aprobó, mediante la Resolución de 14 de septiembre de 2006 (MTZ 2005/1054), la inclusión de las penalizaciones en la factura haciendo expreso el método de cómputo utilizado para su cálculo. Asimismo, se establecía que esa liquidación sería objeto de compensación con los servicios facturados al operador acreedor del importe de la penalización, sin perjuicio de las discrepancias que pudieran surgir en relación con el cálculo de las citadas penalizaciones y, en su caso, su posterior regularización.

Posteriormente, y con motivo de la aprobación de la Resolución que resolvía el recurso de reposición interpuesto contra la anterior Resolución de 14 de septiembre de 2006, se anuló este aspecto de la Resolución impugnada, eliminándose la inclusión de las penalizaciones como conceptos facturables y su posible compensación. Fundamentalmente se tomaba en consideración la alegación de Telefónica sobre la iliquidez de la deuda por ser cantidades controvertidas.

A partir de ese momento, a pesar de reiterarse el carácter automático de las penalizaciones no existía ningún procedimiento alternativo para su gestión.

Pues bien, para decidir sobre el establecimiento de un procedimiento de gestión de las penalizaciones es necesario definir, con carácter previo, si éstas son o no un concepto facturable.

La facturación es un aspecto muy importante de las relaciones comerciales entre operadores. En concreto, el ordenamiento jurídico español²⁰ impone a los empresarios la obligación general de facturar, esto es, de expedir factura por cada operación realizada. La importancia de la factura reside en que sirve de información a la Administración tributaria, especialmente en lo referente a las transacciones económicas derivadas del desarrollo de actividades empresariales o profesionales y de prueba de las relaciones comerciales.

La factura es un documento mercantil emitido por un empresario o profesional con ocasión de cada una de sus actividades mercantiles. En este mismo sentido, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de octubre de 2002, que recoge la doctrina consolidada expresada en Sentencias como la de 8 de noviembre de 1990, 10 de noviembre de 1992, de 10 de marzo de 1999 y 6 de noviembre de 2000, entre otras, establece que *“... junto con los expresamente calificados en el*

²⁰ Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, y se modifica el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Con la aprobación de la Directiva 2001/115/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2001, se han regulado en el ámbito comunitario una serie de cuestiones relativas a la facturación, y se ha simplificado y armonizado la expedición de facturas en el ámbito del Impuesto sobre el Valor Añadido.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Código Comercio o Leyes Españolas como documentos mercantiles -cheques, letras de cambio, pagarés, cartas de crédito- deben estimarse también aquellos documentos como albaranes, facturas, notas de entrega etc.».

Los documentos mercantiles, de acuerdo con el Tribunal Supremo (sentencias de 12 de enero de 2004 y de 7 de febrero de 2005), son aquellos *“que expresan y recogen una operación de comercio plasmando la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, o los que acreditan o manifiestan operaciones o actividades producidas en el ámbito propio de una empresa o entidad mercantil y se extiende a toda incidencia derivada de tales actividades (...)”*

Todo ello implica que la factura podrá contener todos aquellos elementos que desde el punto de vista económico formen parte de la relación jurídica de los dos operadores. La factura responde a una relación contractual y su causa es negocial, por ello, cualquier obligación contractual que implique cobros y pagos derivada de la actividad empresarial podrá incluirse en la factura.

Las penalizaciones asociadas a incidencias y/o retrasos respecto de plazos regulados derivan de una obligación contractual y forman parte de los diferentes ANS conllevando un flujo de caja entre unos y otros operadores. Nada impide, por tanto, que las penalizaciones sean consideradas a todos los efectos como conceptos facturables. Por todo ello, se incluyen las penalizaciones como conceptos facturables en todas las Ofertas de referencia.

Además, respecto al carácter facturable de las penalizaciones cabe señalar que la propia Telefónica ya incluye *motu proprio* las penalizaciones en sus facturas cuando son de responsabilidad del otro operador (por falsas averías, etc). Por tanto, al ostentar ambos tipos de penalizaciones la misma naturaleza jurídica resultaría incongruente que unas fueran facturables y otras no.

Una vez definido el carácter facturable de las penalizaciones es necesario determinar quién es el sujeto activo de dicha carga, es decir, sobre quién debe recaer la obligación de facturar las cantidades devengadas por penalizaciones.

Todos los operadores, incluida la propia Telefónica, coinciden en afirmar que la inclusión de las penalizaciones en las mismas facturas en las que Telefónica incluye los servicios provistos no es el sistema más eficaz y así se ha demostrado en la práctica.

Cabe señalar que, con carácter general, la obligación de expedir factura recae sobre la parte acreedora de la relación jurídica. Es decir, en los supuestos en los que Telefónica provee los distintos servicios a los que se obliga en el marco de las diferentes Ofertas resulta obligada a la facturación de los mismos de acuerdo con los términos legales y con el contenido de las mismas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el caso concreto de las penalizaciones se genera un crédito a favor de los operadores alternativos que puede y debe ser computado por ellos, siendo la parte acreedora de la relación. Por ello, resulta razonable que la obligación de expedir factura por estos conceptos recaiga sobre los operadores alternativos.

A juicio de esta Comisión, el hecho de que la obligación de facturar recaiga sobre los operadores alternativos responde a distintos intereses. Por un lado, se rebaja la carga administrativa que debe soportar Telefónica al no imponerle a ella la gestión de las penalizaciones de forma unilateral. Por otro lado, se reducirían las situaciones potenciales de impagos (esta Comisión ha observado que algunos operadores se basan en la no inclusión de las penalizaciones en las facturas giradas por Telefónica para justificar impagos de las mismas).

Telefónica alega en su escrito de 2 de diciembre de 2008 que existen problemas de índole fiscal que señalan que al ser las penalizaciones cláusulas penales moratorias su la facturación debería corresponder a Telefónica.

Pues bien, Telefónica se limita a afirmar que existen problemas de índole fiscal respecto de la facturación de las penalizaciones sin concretar los mismos ni siquiera mencionar la normativa que pudiera resultar afectada por dicha decisión. Esta Comisión no ha observado la existencia de problemas de fiscalidad por el mero hecho de que las penalizaciones se giren por los operadores alternativos, de la misma manera que Telefónica gira las facturas de las penalizaciones correspondientes a falsas averías que deben abonar los operadores alternativos.

Por último, es necesario destacar que la inclusión de las penalizaciones en la facturación responde a la necesidad de instrumentalizar este procedimiento de alguna manera eficaz. Y, por ello, se considera que su inclusión en tareas administrativas ordinarias ya asentadas como el procedimiento de facturación, facilita, asimismo, su aplicación. Vodafone, en su escrito de alegaciones, se muestra conforme con este criterio.

B. Ámbito de aplicación del procedimiento de liquidación.

El procedimiento propuesto parte de que la liquidación de las penalizaciones la tiene que realizar el operador alternativo. Esto significa que el sujeto activo de la obligación impuesta es el operador alternativo quien será el emisor de la factura de penalizaciones.

Con carácter previo debe puntualizarse que si bien es posible que las penalizaciones se refieran tanto a servicios entregados (o incidencias resueltas) como pendientes de entrega (o incidencias sin resolver), este procedimiento se aplicará, únicamente, a las penalizaciones asociadas a retrasos y/o incumplimientos cuyo servicio principal se encuentre ya entregado, o resuelta la incidencia.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por el contrario, Telefónica considera que si no existen servicios pendientes de entrega o servicios comprometidos, la Comisión no tiene potestad para intervenir al asimilarse a una reclamación por daños y perjuicios. Por tanto, de forma analógica, tampoco podrá establecer un procedimiento para su liquidación.

Pues bien, cabe señalar que las penalizaciones asociadas a servicios no entregados no se pueden liquidar dado que falta el elemento fundamental para su cálculo, como es el tiempo de retraso incurrido. Por este motivo, las penalizaciones asociadas a servicios comprometidos (esto es, no entregados) no se incluyen en este procedimiento al no resultar facturables.

En el supuesto de que los servicios no se hayan entregado o las incidencias no se hayan resuelto, los operadores alternativos podrán acudir a la Comisión para asegurar la entrega del servicio y la resolución de averías lo antes posible, pudiendo esta Comisión fijar los días de retraso que sirven de base para el cálculo de las penalizaciones.

Al contrario, son las penalizaciones devengadas por haberse entregado el servicio o solucionado la incidencia las que pueden facturarse. Tal y como se ha desarrollado ampliamente en el Fundamento de Derecho segundo, esta Comisión tiene la potestad de garantizar el cumplimiento íntegro de las Ofertas, incluyendo las penalizaciones asociadas a retrasos y/o incumplimientos de los plazos regulados.

La Audiencia Nacional, en sus citadas Sentencias de 5 de septiembre y de 10 de octubre de 2008, afirma que:

“Las penalizaciones están previstas en la OBA (véase anexo 1 de la misma). Por lo tanto, cuando la CMT insta a TESAU a que abone las penalizaciones previstas en la OBA, simplemente insta al cumplimiento de la misma en un conflicto de acceso que se suscita entre dos operadoras.

El argumento de TESAU para defender la incompetencia de la CMT para instar al pago de penalizaciones, al entender que estas son liquidaciones de daños y perjuicios entre particulares para lo que el regulador no tiene competencia, decae si observamos que las penalizaciones que se fijan en la OBA simplemente tienen una finalidad coercitiva, se calculan en virtud de una fórmula objetiva y no buscan la reparación de ningún daño, sino el cumplimiento de las obligaciones que asumió TESAU en la OBA”.

Por ello, y teniendo en cuenta la habilitación competencial que ostenta esta Comisión para introducir modificaciones en las Ofertas de Referencia de Telefónica, esta Comisión considera procedente aprobar un procedimiento de gestión de penalizaciones para los supuestos en que los servicios hayan sido entregados o las incidencias resueltas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Algunos operadores, como Vodafone, apoyan esta medida dado que las penalizaciones se computan conforme el tiempo de retraso en la prestación de servicios por lo que es necesario que el sistema propuesto aplique sólo a servicios entregados e incidencias resueltas.

C. Procedimiento

El procedimiento se divide en diferentes etapas que se desarrollan a continuación:

C.1 Facturación

a) Conceptos liquidables.

• Dies ad quem

Con carácter general, en los servicios de acceso e interconexión se pueden distinguir dos tipos de penalizaciones, por un lado, las penalizaciones que derivan de la propia provisión del servicio y, por otro, las penalizaciones que surgen durante el mantenimiento del mismo, es decir, las averías e incidencias que puedan surgir. En ambos tipos, una de las principales cuestiones a dilucidar es la del *dies ad quem* de su cómputo, esto es, la de cuándo dejan de devengarse las penalizaciones.

Dos son las opciones a este respecto en cada uno de los tipos de penalizaciones: en provisión, considerar la fecha de entrega del servicio o la fecha de aceptación de la entrega del mismo, y en mantenimiento, atender a la fecha en que se produce el franqueo o a la fecha en que se acepta dicho franqueo. Se trata en resumen de determinar si la mera afirmación de Telefónica de haber terminado los trabajos es bastante, o resulta por el contrario necesario que este hecho sea constatado por el operador demandante de los servicios.

A la hora de decantarse por una o por otra, debe partirse de que, ciertamente, ninguna de las dos referencias está exenta de complicaciones. Así, si se toma como hito final la entrega o el franqueo por parte de Telefónica se podrían llegar a producir franqueos masivos y una elevación de los índices de entregas defectuosas. En cambio, si se toma como hito final la aceptación de la entrega o del franqueo se podría estar dejando sin incentivo real al operador alternativo, en caso de buen funcionamiento, para el cierre de dicha entrega o incidencia, tal y como alega Telefónica en el trámite de audiencia.

Ante la anterior dicotomía, esta Comisión entiende más razonable decantarse porque sea la aceptación la que marque el fin del devengo de las penalizaciones, y ello por dos motivos. En primer término, porque éste es el criterio que existe hoy en día en todas las ofertas mayoristas, de modo que seguir lo postulado por Telefónica supondría un cambio en lo hasta ahora existente, sin que exista motivo alguno para ello. Así, no es cierto, frente a lo que afirma Telefónica que con el sistema creado se estén introduciendo nuevos incentivos para que los operadores



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

alternativos operen de manera incorrecta, porque nada va a cambiar en cuanto a esta cuestión: hasta ahora las penalizaciones se devengaban hasta la aceptación, y así seguirá después de la presente resolución (cuestión distinta es que, como se ha señalado en punto distinto de esta resolución, hasta ahora Telefónica no satisficiera realmente un gran monto de penalizaciones y no entendiera que el *dies ad quem* fuera realmente un problema).

Adicionalmente, ponderando los riesgos que se puedan producir entre la elección de uno u otro hito, resulta más prudente mantener la aceptación de la entrega y del franqueo ya que los riesgos de contrario afectarían directamente a los usuarios finales. Es decir, la posibilidad de que se entreguen servicios defectuosos o incidencias sin resolver incide directamente en la calidad de los servicios que reciben los usuarios finales., lo cual no ocurre con una falta de aceptación por parte de los alternativos.

En cualquier caso, es necesario remarcar que el operador alternativo se encuentra obligado a aceptar la entrega del servicio o el franqueo de la incidencia en los términos contractuales de cada una de las Ofertas. Por ello, un abuso por parte del operador alternativo de su obligación de aceptación de entrega y/o franqueo de incidencia cuando recepciona servicios en buen estado podría conllevar la apertura del correspondiente procedimiento sancionador conforme a los términos de la LGTel.

En el informe de audiencia se planteaban distintos escenarios en lo que pudieran surgir discrepancias en torno al cómputo de penalizaciones y se establecía un principio general de prueba basado en el SGO. Casi todos los operadores, en sus escritos de alegaciones, se mostraban disconformes tanto con las soluciones planteadas como con los requisitos de prueba exigibles basados en datos del SGO, etc.

Pues bien, las modificaciones que se vayan a introducir en todas y cada una de las Ofertas como consecuencia del presente procedimiento deben partir de los principios de buena fe y cooperación exigibles a los operadores. Por ello, no cabe en este momento introducir disposiciones o condiciones aplicables ante posibles discrepancias y/o desacuerdos entre operadores ya que éstos se deberán resolver, en todo caso, atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso en cuestión con sujeción a los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad que rigen la resolución de conflictos por parte de esta Comisión.

Sin perjuicio de esto, a continuación se contestan las principales alegaciones según la tipología de penalización que se trate poniendo de manifiesto las principales discrepancias que puedan surgir en torno a ellas:

• Penalizaciones asociadas a la provisión del servicio.

Es necesario puntualizar que las penalizaciones operan en caso de retraso respecto del plazo regulado y no por la entrega defectuosa de un servicio, esto



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

quiere decir que, si las entregas se realizan sin agotar el plazo regulado no aplicarían las penalizaciones. Por ello, esta medida no debe incentivar los rechazos indebidos.

Por otro lado, esta Comisión no comparte la afirmación de Telefónica relativa al incentivo que se ofrece a los operadores alternativos para no aceptar el servicio ya que, en el caso que se produjese una falsa entrega incorrecta, tal y como Telefónica conoce, no se encuentra obligada al pago de las penalizaciones asociadas dado que el servicio ha sido efectivamente entregado. A mayor abundamiento, tal y como se especifica en el procedimiento a seguir, toda solicitud de pago de penalizaciones debe ir acompañada de prueba suficiente, que apoye dicha reclamación.

• Penalizaciones asociadas a las incidencias de provisión.

Telefónica pone de manifiesto que es habitual que surjan discrepancias en torno a la fecha en que se produce el franqueo. Pues bien, respecto del franqueo de las incidencias de provisión esta Comisión ya se ha pronunciado en varias ocasiones (Resolución de 22 de noviembre de 2007) en los siguientes términos:

“(...) no hay que olvidar que el verdadero sentido de las incidencias es saber el estado en el que se encuentra la provisión de los servicios en orden a que los operadores involucrados puedan interactuar para subsanar las deficiencias o discrepancias acaecidas. Así, si el servicio está provisionado y así se ha comunicado, esta comunicación es válida, ya que la incidencia se puede considerar cerrada una vez provisionado el servicio.”

En este caso en el que el servicio ya ha sido provisionado y se mantiene abierta la incidencia de provisión, para determinar el *dies ad quem* se tomará como fecha de finalización de la incidencia para el cómputo de las penalizaciones aquélla en la que se haya producido el franqueo (y no su aceptación) o la fecha de provisión del servicio.

Además, cuando la causa de la incidencia de provisión sea la ausencia de aceptación por parte de Telefónica de solicitudes iniciales o el cumplimiento de hitos intermedios (incluidos en el proceso de provisión) la incidencia finalizará a efectos de penalizaciones, en todo caso con el franqueo, y en caso de discrepancia con la consecución del siguiente hito del proceso de provisión o con la aceptación expresa o tácita del fin de la incidencia por parte del operador alternativo (por ejemplo, si se ha abierto una incidencia de provisión a causa de la falta de aceptación de una solicitud de servicio por parte de Telefónica, ésta devengará penalizaciones hasta el envío del proyecto técnico).

• Penalizaciones asociadas a las incidencias por averías.

Por último, en las incidencias por averías, el operador alternativo, una vez que Telefónica le comunica la resolución de la misma, procederá a aceptar el franqueo



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de acuerdo con el contenido de las distintas Ofertas. Para evitar que las averías se repitan, las Ofertas recogen la necesidad de realizar pruebas antes de su franqueo por parte de Telefónica. En ocasiones, y dados los plazos ajustados de resolución de incidencias, las pruebas no se realizan de forma concluyente y la incidencia o bien permanece abierta o bien se vuelve a abrir si ha sido cerrada por parte de Telefónica.

En este caso, para determinar el *dies ad quem* se propone que Telefónica excluya a efectos del cómputo de penalizaciones el plazo durante el que lleva a cabo las pruebas. Ahora bien, si el operador alternativo comprueba posteriormente que el servicio continúa averiado (por causas imputables a Telefónica) una vez “resuelta” la incidencia por parte de Telefónica, el plazo a efectos de penalizaciones computará sin tener en cuenta esta parada, es decir, incluirá el período de prueba.

Orange, en su escrito de alegaciones de 28 de noviembre de 2008, se muestra disconforme con esta medida ya que considera que las pruebas que tenga que realizar Telefónica para comprobar que ha solucionado la incidencia por avería deben formar parte de los trabajos dirigidos a entregar el servicio correctamente. Alega que en la OBA *“Se define el indicador denominado “Tiempo de Reparación”, como el tiempo transcurrido desde la apertura por el operador autorizado de una incidencia por averías, hasta que la avería ha sido subsanada y el operador autorizado informado de ello (incluye la aceptación por parte del mismo y el cierre de la incidencia).”*

Por otra parte, Orange alega que, en general, el operador alternativo no tiene conocimiento del tipo de pruebas que realiza Telefónica y que no se hacen de forma transparente, desconociendo cuándo se inician y cuándo se finalizan estas supuestas pruebas.

Pues bien, con la exclusión del tiempo de pruebas del cómputo de penalizaciones se busca la consecución de dos objetivos, por un lado, rebajar el índice de incidencias por averías entregadas sin solucionarse y por tanto, aumentar el número de aceptaciones de franqueos; y, por otro, dotar a los procedimientos de resolución de incidencias por parte de Telefónica de transparencia para evitar, precisamente, el desconocimiento que alega Orange del tratamiento dado a las mismas.

Esta medida no contradice el texto de la OBA, tal y como alega Orange, sino que a los solos efectos del cálculo de penalizaciones se incluye un periodo excepcional en el que tienen lugar la realización de pruebas del correcto funcionamiento y, por tanto, de la desaparición de la avería antes de su entrega. Sin embargo, el tiempo de reparación sigue definiéndose como el *“tiempo transcurrido desde la apertura por el operador autorizado de una incidencia por averías, hasta que la avería ha sido subsanada y el operador autorizado informado de ello”*, incluyendo, la aceptación y el cierre de la incidencia.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

• Normas aplicables a la liquidación general.

En cualquier caso, la liquidación de las penalizaciones se ha de basar en datos verificables y constatables para el cómputo del tiempo de retraso incurrido, como pueden ser la información extraída del SGO, por lo que dicha liquidación se debe presentar con el desglose suficiente para identificar claramente el servicio afectado (número administrativo de la solicitud, central a la que corresponde el servicio afectado, etc...) y debe incluir las penalizaciones asociadas a servicios entregados en el ciclo de facturación correspondiente. En este sentido, cabe señalar que este procedimiento no está previsto para la liquidación de más de un ciclo de facturación.

Por último, tal y como se ha señalado ampliamente en los Fundamentos de Derecho anteriores, el sistema de penalizaciones incluido en la ORLA contiene algunas particularidades que lo diferencia del resto de las Ofertas. En concreto, se permite que exista un cierto retraso en un determinado porcentaje de circuitos y se liquidan con carácter trimestral.

Pues bien, la implementación de las modificaciones propuestas tendrán en cuenta las especificaciones propias de la ORLA. En este sentido, las liquidaciones se efectuarán con carácter trimestral en lugar de mensual e incluirán los servicios e incidencias entregados y resueltas en el trimestre de referencia.

A este respecto, Telefónica alega en su escrito de 2 de noviembre de 2008 que la existencia de suelos técnicos y su aplicación para cada uno de los operadores es una variable que tiene que ser introducida en todas las Ofertas mayoristas pues son aspectos habituales en las relaciones comerciales entre agentes económicos. Considera que la existencia de un límite en las penalizaciones es una cuestión comúnmente aceptada por el sector y que no existe ningún mercado en donde la excelencia se muestre como una realización del 100% de los trabajos.

Señala que, en el caso concreto de la OBA, la Comisión tiene conocimiento de los resultados del Centro Técnico de Supervisión de Servicios Mayoristas de los que se constata la existencia de suelos técnicos en distintos servicios como la provisión, rechazos de averías, etc. que ni siquiera una actuación combinada entre Telefónica y los operadores puede hacer bajar.

Efectivamente, tal y como alega Telefónica, los denominados suelos técnicos o márgenes de discrecionalidad existen en la provisión de determinados servicios y no sólo en el ámbito comercial puesto que, como se acaba de analizar, existen también en el marco de la Oferta regulada de circuitos alquilados. Es por ello que, cuando las circunstancias específicas del servicio lo han exigido, como en el caso de líneas alquiladas, esta Comisión ha sido proclive a la introducción de estos márgenes.

Sin embargo, en el caso concreto de la OBA, Telefónica nunca ha justificado la necesidad o la conveniencia de aplicar porcentajes de cumplimiento, ni la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

vinculación de penalizaciones a esos índices o a los parámetros de calidad. Además, en el caso concreto de la OBA, esta Comisión ha tenido en consideración la incidencia que estos servicios de acceso al bucle tienen sobre los usuarios finales y el resto de servicios de comunicaciones electrónicas para la fijación tanto de los plazos como de las penalizaciones asociadas a retrasos. En definitiva, la OBA recoge servicios especialmente sensibles a los retrasos e incumplimientos por lo que no se ha considerado razonable acordar márgenes de discrecionalidad. Por esta razón se rechaza esta alegación de Telefónica.

Todo ello, sin perjuicio de que los operadores puedan alcanzar acuerdos voluntarios de acceso con el fin de mejorar los parámetros de entrega y/o los plazos de resolución de incidencias modificando los acuerdos de niveles de servicio correspondientes para introducir índices de cumplimiento o suelos técnicos.

b) Ciclos de facturación

Con el fin de que el procedimiento de gestión cumpliera con los objetivos de agilidad y efectividad fijados, en el informe de audiencia se proponía como fecha de cierre de los ciclos de facturación, los días 19 de cada mes, y como fecha de emisión de las facturas correspondientes, los días 20 de cada mes. Tal y como se pone de manifiesto en los antecedentes de hecho, todos los operadores se han mostrado disconformes con el ciclo propuesto al considerarlo demasiado breve y proclive al desacuerdo.

Pues bien, esta Comisión, una vez analizadas todas las propuestas realizadas por los operadores y sin perder de vista los objetivos fijados, considera razonable aceptar los términos planteados por Euskaltel en su escrito de alegaciones.

En este sentido, los ciclos de facturación se cerrarán el último día de cada mes. Por tanto, las facturas incluirán las penalizaciones liquidables, según las reglas anteriores, correspondientes a servicios retrasados y entregados e incidencias resueltas antes de esa fecha, es decir, en el transcurso del mes de referencia (mes n). En cuanto a las fechas de facturación, se considera adecuado establecer como fecha de emisión de las facturas los días 15 del mes siguiente (mes $n+1$), comprendiendo todo el ciclo anterior.

El caso típico será aquel en que la entrega del servicio de acuerdo con los plazos regulados deba realizarse el día 5 del mes n , no produciéndose la entrega hasta el día 10 del mes n . Por tanto, las penalizaciones correspondientes a estos 5 días de retraso se deberán liquidar en la factura con fecha de emisión el día 15 del mes $n+1$. Puede suceder, además, que el término del plazo regulado se produzca el día 25 del mes n y que la entrega del servicio se produzca una vez cerrado el ciclo de facturación del mes n (finalizado el mes), por ejemplo, el día 10 del mes $n+1$. En este caso, las penalizaciones asociadas deberán ser liquidadas en el ciclo de facturación del mes $n+1$ cuya factura se emitirá el día 15 del mes $n+2$.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es necesario precisar que el ciclo de facturación establecido operará por defecto en caso de que los operadores afectados no fijen otras fechas distintas en las que llevar a cabo la facturación mensual. Esta Comisión con el fin de dotar de efectividad y eficiencia al procedimiento de liquidación de penalizaciones tiene que establecer un calendario para la consecución de determinados hitos lógicos, como es el cierre de la facturación, el vencimiento, el pago, etc. Es decir, la facturación se convierte en un instrumento necesario y accesorio para ordenar el presente procedimiento, sin perjuicio de que los operadores, de conformidad con sus procedimientos internos o con el fin de facilitar el pago a través de la compensación de facturas, acuerden modificar el calendario establecido.

Cada factura debe reflejar, únicamente, las entregas o las incidencias finalizadas durante el mes inmediatamente anterior. Por esta razón, los operadores alternativos no podrán girar facturas que contengan penalizaciones asociadas a servicios entregados y/o finalizados con anterioridad al mes correspondiente al ciclo de facturación.

Asimismo, se considera razonable determinar un margen de 8 días laborables entre la fecha de emisión y la fecha de vencimiento de la factura. Este plazo de 8 días laborables entre una y otra fecha se encuentra establecido, para el mismo fin, en el procedimiento de facturación de los servicios mayoristas de Telefónica. Por ello, se considera proporcionado dotar a este procedimiento de facturación del mismo plazo para la verificación de los datos.

Euskaltel alega que, teniendo en cuenta que Telefónica factura penalizaciones por falsa avería hasta 6 meses mas tarde, propone que se permita lo mismo, es decir, que se pueda facturar durante los seis meses posteriores.

No se admite esta alegación de Euskaltel ya que se trata de establecer un procedimiento de gestión ágil, eficaz y ejecutivo, esto significa que, sin perjuicio de que el derecho de crédito persista, en la presente Resolución se está estableciendo un procedimiento general tipo que cumpla con esos requisitos. Por ello, no se considera razonable establecer un procedimiento para la gestión de penalizaciones con un horizonte temporal de 6 meses ya que con esa medida, a juicio de esta Comisión, únicamente se incrementaría la incertidumbre tanto de la parte deudora como de la acreedora.

Por su parte, ASTEL considera necesario otorgar a los operadores más flexibilidad de manera que se incluyan penalizaciones que abarquen un periodo más largo del contemplado, girando facturas que correspondan a servicios entregados y/o finalizados con anterioridad al mes correspondiente al ciclo de facturación.

Esta Comisión no considera razonable esta propuesta de ASTEL ya que en aras de una mayor flexibilidad para los operadores pudiendo facturar penalizaciones con un horizonte temporal más amplio se perdería parte de la celeridad y agilidad necesarias en el procedimiento de liquidación de penalizaciones. Tal y como se



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ha desarrollado anteriormente, uno de los objetivos principales de esta modificación es conseguir un procedimiento rápido de liquidación que facilite la corriente de cobros y pagos entre operadores evitando el estancamiento que existe en la actualidad. No tiene ningún sentido implantar un procedimiento de liquidación de penalizaciones sino se establece un programa de plazos a cumplir. Sin perjuicio de la propuesta regulada, las partes podrán acordar la aplicación de otro calendario cualquiera en los acuerdos de acceso e interconexión a través de una modificación de los mismos.

Asimismo, ASTEL y Orange propone que se adopte el sistema de la OIR que prevé la posibilidad de regularizar la facturación cada seis meses y anualmente.

Pues bien, tal y como estas entidades conocen, muchos operadores en el marco de la OIR regularizan también de forma trimestral y mensual. Es necesario tener en cuenta que, tal y como se ha detallado anteriormente, en el marco de la OIR se regularizan sobre todo tráficos por lo que no es asimilable esa consolidación a la propuesta en esta Resolución con el fin de facilitar el pago de penalizaciones. Todo ello, sin perjuicio de que los operadores acuerden de forma voluntaria cualquier otro periodo de regularización de carácter específico.

Orange alega en su escrito de 28 de noviembre de 2008 que con las limitaciones impuestas al procedimiento de liquidación se estaría dotando a las penalizaciones de una caducidad que no tienen.

En lo que respecta a este procedimiento cabe resaltar, una vez más, que su objeto es la implementación de un procedimiento para la gestión de las penalizaciones incluidas en las Ofertas de referencia. Esto significa que se está definiendo un procedimiento universal basado en unos principios y reglas generales de funcionamiento con vocación de permanencia. Se trata de articular un procedimiento en el marco de los servicios regulados que ha de seguir unos hitos y un calendario lógico y razonable con el fin de cumplir los objetivos regulatorios señalados, esto es, mayor transparencia y definición, menor complejidad, mayor ejecutividad y agilidad y mayor efectividad. Todo ello, sin perjuicio de que el derecho de crédito subsista y se pueda reclamar por otras vías distintas al procedimiento regulado establecido al efecto.

C.2 Liquidación

a) Comités de cierre de facturación o de consolidación

Como consecuencia de las modificaciones propuestas en el presente Informe se va a producir un cambio sustancial en el sistema de facturación y cobro de los operadores que implica la existencia de cantidades facturadas en ambos sentidos de la relación contractual, esto es, un sistema de facturación bidireccional en el que Telefónica factura los servicios prestados en el marco de las diferentes Ofertas de referencia y los operadores alternativos facturan a Telefónica las



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

penalizaciones devengadas como consecuencia de los retrasos y/o incumplimientos de los plazos regulados.

Por esta razón, se considera adecuado instar a los operadores a que, en el marco de las diferentes Ofertas (excepto en la OIR en la que ya existe esta previsión), creen Comités de cierre de facturación o de consolidación. Estos Comités tendrán como objeto principal la resolución de las discrepancias que surjan en torno de la facturación y, en concreto, sobre las cantidades pendientes por penalizaciones.

Es preciso señalar que, salvo que los operadores pacten otra cosa, las cantidades que se fijen por el citado Comité tendrán la consideración a todos los efectos de deuda líquida, vencida y exigible, del mismo modo que las cantidades establecidas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en su caso.

b) Escenarios posibles

A continuación se establece el procedimiento a aplicar a cada uno de los escenarios posibles. Telefónica se puede mostrar conforme o disconforme con la facturación/liquidación practicada.

- **Que Telefónica se muestre conforme expresamente con la liquidación.**

En el caso de que Telefónica se muestre conforme con la liquidación practicada, el abono de las penalizaciones deberá ser realizado antes del vencimiento de la factura. Esto significa que se deberá abonar en un plazo máximo de 8 días laborables desde la notificación.

Puede suceder que, manifestada su conformidad de forma expresa, Telefónica se retrasara en el abono de estas cantidades. En ese caso, durante el periodo de tiempo en el que Telefónica incurra en impagos de penalizaciones con las que se haya mostrado conforme, no podrá instar ante esta Comisión un procedimiento de resolución contractual derivada de impagos por parte del operador alternativo ni solicitar la autorización de aval por retraso en el pago por parte de éste. Asimismo, el operador alternativo podrá acudir a esta Comisión para que inste a Telefónica al pago de las cantidades pendientes de pago. Las cantidades que fije esta Comisión tendrán la consideración a todos los efectos de deuda líquida, vencida y exigible.

- **Que Telefónica se muestre disconforme con la liquidación.**

Una vez verificada la liquidación por parte de Telefónica, ésta puede mostrar su disconformidad con la misma dentro del plazo de los 8 días laborables que se fijan entre la fecha de emisión y la fecha de vencimiento de la factura.

En estos casos puede actuar de dos formas:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Primero, podrá remitir, junto con la oposición, una liquidación alternativa de penalizaciones, mención expresa del método de cálculo utilizado, información del SGO que acredite los días de retraso y cualquier otra información que apoye su liquidación.

ASTEL alega que se debe considerar obligatorio que Telefónica acompañe su liquidación alternativa de los mismos medios de prueba a los que se encuentra obligado el alternativo.

A juicio de esta Comisión no se puede obligar a aportar determinados medios de prueba o documentos específicos junto con cualquiera de las liquidaciones ya que esto queda al arbitrio de cada uno de los operadores. Sin perjuicio de que se indique por esta Comisión la idoneidad de apoyar todas las reclamaciones y liquidaciones con los medios de prueba admitidos en Derecho y más fuertes posibles para hacer valer su liquidación. En cualquier caso, Telefónica debe ser consciente de que se trata de desvirtuar la liquidación previamente practicada por el operador alternativo.

El operador alternativo dispondrá de un plazo de 8 días laborables para revisar la citada liquidación remitida por Telefónica junto con la documentación acreditativa.

En el informe de audiencia se había dispuesto un plazo de 5 días para la revisión por parte del operador alternativo de esta liquidación alternativa, alegando ASTEL y Vodafone su disconformidad con dicho plazo y su incoherencia con los plazos dispuestos para la revisión por parte de Telefónica. En el informe de audiencia se consideró razonable otorgar un plazo más corto para su revisión teniendo en cuenta que se partía de un primer análisis exhaustivo de la información para completar la primera liquidación y que existía un contraanálisis de Telefónica justificado y acompañado de documentación acreditativa.

No obstante, teniendo en cuenta las alegaciones de ASTEL, se considera proporcionado otorgar el mismo plazo a ambas partes del procedimiento de 8 días laborables.

Al término de dicho plazo, en el caso de que el operador se muestre conforme con la liquidación alternativa deberá notificar a Telefónica su aceptación para que esta última proceda al abono de la factura con carácter inmediato.

En caso de que el operador se mostrase disconforme con la liquidación alternativa deberá ponerlo en conocimiento del Comité antes del término de dicho plazo que deberá pronunciarse en otro plazo de 5 días. Debe tenerse en cuenta que al haberse producido ya un intercambio de información entre los operadores, no es necesario que el Comité disponga de un plazo mayor para pronunciarse.

Transcurrido el plazo en el que el Comité se tiene que pronunciar sin que haya alcanzado un acuerdo o sin que exista pronunciamiento expreso, cualquiera de los dos operadores podrá solicitar la intervención de esta Comisión. La Comisión



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del Mercado de las Telecomunicaciones concretará los días de retraso incurridos para determinar la cantidad a satisfacer e instar a Telefónica al pago. Las cantidades que fije esta Comisión tendrán la consideración a todos los efectos de deuda líquida, vencida y exigible.

Por último, si el operador alternativo, transcurrido el plazo de 5 días laborables, no procediese ni a la aceptación expresa ni al rechazo de la liquidación alternativa, Telefónica deberá entender aceptada tácitamente dicha liquidación alternativa, esto es, por silencio positivo. En consecuencia, Telefónica deberá proceder al abono de dicha cantidad en un plazo máximo de 2 días laborables.

Segundo, Telefónica podrá mostrar su rechazo con la liquidación practicada por el operador alternativo instando directamente al Comité sin necesidad de practicar una liquidación alternativa. En este caso, el Comité dispondrá de un plazo de 10 días para emitir su decisión ya que no ha existido un intercambio de información previo entre los operadores. Transcurrido dicho plazo sin que se adopte una decisión por parte del Comité o sin que lleguen a algún acuerdo, cualquiera de los dos operadores podrá acudir a la CMT en los términos anteriores. Las cantidades que fije esta Comisión tendrán la consideración a todos los efectos de deuda líquida, vencida y exigible.

• Que Telefónica no se pronuncie.

Transcurrido el plazo de 8 días laborables para la verificación de la liquidación por parte de Telefónica sin que ésta se pronuncie, el operador alternativo deberá entender su liquidación aceptada (silencio positivo). Esto significa que Telefónica deberá abonar el resultado de la liquidación en un plazo máximo de 2 días laborables.

Puede suceder que Telefónica se retrasara en el abono de estas cantidades. En ese caso, durante el periodo de tiempo en el que Telefónica incurra en impagos de penalizaciones con las que se haya mostrado conforme, no podrá instar ante esta Comisión un procedimiento de resolución contractual derivada de impagos por parte del operador alternativo ni solicitar la autorización de aval por retraso en el pago por parte de éste. Asimismo, el operador alternativo podrá acudir a esta Comisión para que concrete los días de retraso incurridos e inste a Telefónica al pago de las cantidades pendientes de pago. Las cantidades que fije esta Comisión tendrán la consideración a todos los efectos de deuda líquida, vencida y exigible.

Con carácter general, ASTEL señala la conveniencia de incluir alguna medida de precaución que desincentive a Telefónica el uso de la vía de acudir al Comité y a la Comisión como medio para obstaculizar el pago de penalizaciones.

Cabe señalar que la figura del Comité se ha introducido para favorecer un clima de negociación y colaboración efectiva entre los operadores cuyo objetivo principal es la liquidación de penalizaciones y no para obstaculizar el pago de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

penalizaciones, tal y como alega ASTEL. Al igual que ocurre en el marco de la OIR serán los propios operadores los que decidan que funciones desempeñará este Comité. Asimismo, esta Comisión no comparte con ASTEL la afirmación de que Telefónica vaya a acudir al Comité o a esta Comisión para dilatar el pago de penalizaciones ya que ambas vías suponen un desgaste de medios materiales y humanos que no compensan, a juicio de esta Comisión, el retraso en el pago de unos importes debidos.

Por su parte, Euskaltel también se muestra reticente con la figura de los Comités ya que considera que en la práctica Telefónica se limitará a rechazar cualquier liquidación de penalizaciones. Señala que este sistema resulta asimétrico ya que permite a Telefónica facturar los servicios sin pasar previamente por ningún Comité. Para evitar esta situación, Euskaltel propone la compensación de saldos de las obligaciones pendientes de pago de cada una de las partes una vez emitidas las correspondientes facturas.

La compensación de deudas es una modalidad de pago que extingue la obligación de deudas, de conformidad con los artículos 1.156 y siguientes del Código Civil. A juicio de esta Comisión no se considera razonable imponer el modo en que los operadores deban saldar sus deudas. Por ello, se rechaza esta alegación de Euskaltel. Por último, cabe recordar a Euskaltel que este procedimiento no limita las vías de reclamación judicial sino que supone una vía adicional, distinta a la convencional, por la que pueden optar los operadores en base a los acuerdos suscritos en el marco de las distintas Ofertas reguladas. En cualquier caso, los operadores podrán reclamar por la vía judicial las cantidades debidas en concepto de penalizaciones u otros conceptos.

D. Sobre las penalizaciones a facturar por Telefónica.

Como ya se ha comentado, Telefónica incluye puntualmente en sus facturas las penalizaciones que tiene derecho a cobrar, con carácter general en el marco de la OBA y de la OIR, sin darle la oportunidad al operador alternativo a rebatir el importe de las penalizaciones, según ha sido denunciado en alguna ocasión.

Orange señala en su escrito de alegaciones que este tipo de penalizaciones tiene un tratamiento específico al margen de la OBA y que no se encuentran sometidas al mismo tipo de prueba y procedimiento. Vodafone alega que el procedimiento que vaya a aplicar Telefónica debe ser idéntico al que se aplique a los operadores alternativos y, en consecuencia, con los mismos plazos ya que en la actualidad son diferentes.

Con el fin de evitar esta situación se propone que en caso de que surja alguna discrepancia en torno a las penalizaciones facturadas por Telefónica, cualquiera de las partes pueda acudir al Comité en los mismos términos que los fijados para las penalizaciones facturadas por los operadores. Transcurrido el plazo en el que el Comité se tiene que pronunciar sin que haya alcanzado un acuerdo o sin que exista pronunciamiento expreso, cualquiera de los dos operadores podrá solicitar



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la intervención de esta Comisión. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones concretará los días de retraso incurridos para determinar la cantidad a satisfacer e instará al pago de las mismas. Las cantidades que fije esta Comisión tendrán la consideración a todos los efectos de deuda líquida, vencida y exigible.

Sexto.- Sobre el sistema de avales.

A. Situación actual

En la actualidad, todas las ofertas mayoristas establecen mecanismos de aseguramiento de pago adicionales como es el aval. Sin embargo, no existe en las Ofertas de referencia existentes un sistema homogéneo de garantías y cada una regula las mismas de acuerdo con el servicio mayorista al que se refieran; así, el contrato de ubicación incluido en la OBA recoge las peculiaridades propias de este servicio e introduce dos tipos de garantías distintas según se trate de asegurar los costes de habilitación a llevar a cabo o asegurar el pago de las cuotas recurrentes derivadas de la prestación del servicio.

Sin perder de vista las peculiaridades propias de cada uno de los servicios mayoristas regulados es posible resaltar que, con carácter general, las Ofertas (tanto en acceso como en interconexión) distinguen entre dos momentos temporales diferentes: con anterioridad a la prestación efectiva del servicio o con posterioridad a la prestación efectiva.

Respecto de la imposición de aval con anterioridad a la efectiva prestación del servicio, todas las Ofertas de referencia establecen que se podrá exigir la constitución de garantía al operador, cuando éste se encuentre en alguno de los supuestos de situación concursal declarada por el juzgado o al menos solicitada por el deudor, o las empresas matrices, socios de referencia, empresas fusionadas, absorbidas o que hubieran asumido expresamente los derechos y obligaciones de la empresa anterior en cuanto al negocio objeto de la misma del operador que pretenda tener acceso, hubieran incurrido en impagos sin causa justificada en derecho o demoras en el pago de al menos dos facturas giradas por Telefónica y siempre que la deuda continúe vigente.

El segundo supuesto consiste en los avales a constituir una vez iniciada la prestación del servicio. Telefónica podrá exigir su constitución cuando el operador se encuentre en alguno de los supuestos de situación concursal declarada por el juzgado o al menos solicitada por el deudor y también una vez se constate la existencia de impagos sin causa justificada en Derecho o demoras en el pago de dos facturas emitidas por Telefónica relativas a servicios prestados en el marco de esa Oferta o a servicios distintos siempre que la deuda continúe vigente.

En estos casos, a falta de acuerdo entre los operadores, la Comisión autorizará a Telefónica la imposición del aval debiendo comprobar, en el procedimiento abierto



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

al efecto, que se dan todos los requisitos anteriores, entre ellos, que la deuda continúa vigente.

Pues bien, esta Comisión está observando en los últimos tiempos la existencia de una cierta relajación en el cumplimiento de las obligaciones de pago de los servicios mayoristas por parte de determinados operadores, produciéndose retrasos en el pago de manera continua. En concreto, los operadores morosos se sirven del requisito de deuda vigente para soslayar la imposición de aval. De esta forma, se producen retrasos en el pago de manera constante pero sin llegar a producirse impagos definitivos.

Para evitar este tipo de situaciones cada vez más frecuentes, y dado que no afectaría a operadores que cumplan puntualmente con sus obligaciones de pago, esta Comisión en el acuerdo de inicio del presente procedimiento anunciaba que con el fin de fomentar el pago por parte de los operadores de los servicios propondría la eliminación de la exigencia del requisito de deuda vigente a fin de que la Comisión pudiera autorizar la constitución de aval.

Con carácter general, todos los operadores alternativos coincidían en la innecesariedad de esta medida. En sentido contrario, Telefónica se mostró conforme con cualquier modificación que tuviera como objetivo rebajar los índices de morosidad en el sector así como aumentar los mecanismos de aseguramiento del pago.

B. Informe de audiencia

Con el fin de alcanzar un escenario de seguridad en el tráfico mercantil entre los operadores que tienda a frenar las situaciones de impagos o retrasos generalizados en la medida que afectan a los planes inversores de los operadores y, en última instancia, al fomento de la competencia, esta Comisión propuso eliminar únicamente el requisito de deuda vigente para la imposición de aval, antes y durante la prestación efectiva de servicios, de todas las Ofertas de referencia de Telefónica.

En consecuencia, esta Comisión autorizaría la imposición de aval cuando el operador alternativo se encuentre en situación concursal declarada por el juzgado o solicitada por el deudor, cuando se hayan producido impagos sin causa justificada en derecho o demoras en el pago de dos facturas giradas por Telefónica relativas a servicios prestados en el marco de esa Oferta o a servicios distintos aunque la deuda no continúe vigente.

C. Alegaciones de las partes

Casi todos los operadores se muestran disconformes con los cambios propuestos y ponen de manifiesto la necesidad de que el sistema de avales sea recíproco, es decir, que Telefónica se encuentre obligada a la constitución de algún tipo de garantía.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, Telefónica alega que la modificación propuesta resulta, a todas luces insuficiente, dada la actual coyuntura económica. Propone una modificación global del sistema de avales incluido en todas las Ofertas de referencia con especial referencia a la cuantía, duración, ejecutoriedad y requisitos de constitución que se analizarán a continuación. En concreto, destaca la importancia de asegurar la eficacia de las garantías impuestas.

D. Modificación adoptada

Tal y como se puso de manifiesto en el informe de audiencia, esta Comisión tiene el objetivo de establecer unas condiciones regulatorias capaces de incentivar la inversión por parte de los operadores, así como el fomento de la competencia, todo ello en un marco de seguridad jurídica que tienda a frenar las situaciones de impagos o retrasos generalizados en la medida que afectan a los planes inversores de los operadores.

Con carácter previo cabe señalar que no se considera razonable imponer un sistema de afianzamiento o de garantía a Telefónica, tal y como reclaman casi todos los operadores, teniendo en cuenta que es la parte que presta los servicios a los operadores alternativos, y no viceversa. Por otra parte, se entiende que esta medida no tiene relación con el sistema de penalizaciones como parecen entender algunos operadores, pues no se puede amparar un impago de servicios en la falta de cobro de penalizaciones.

Asimismo, tampoco se consideran razonables las pretensiones de Telefónica con el fin de introducir modificaciones en torno a la duración y cuantía del aval. Telefónica señala que el aval debería tener carácter indefinido y una cuantía según la facturación media mensual de los últimos 6 meses, multiplicado por 6. Sin embargo, a juicio de esta Comisión esta propuesta resulta del todo desproporcionada ya que se considera que tanto la duración prevista, tomando en consideración la posibilidad de ampliación del aval, como las cuantías previstas, previstas sus revisiones para determinados servicios, en cada una de las Ofertas resultan medidas suficientes para garantizar el pago.

En base a estas consideraciones se adoptan las siguientes modificaciones:

D.1 Requisitos de constitución: Deuda vigente

Se propone eliminar el requisito de deuda vigente para la imposición de aval, antes y durante la prestación efectiva de servicios, de todas las Ofertas de referencia de Telefónica.

En consecuencia, esta Comisión autorizará la imposición de aval cuando el operador alternativo se encuentre en situación concursal declarada por el juzgado o solicitada por el deudor, cuando se hayan producido impagos sin causa justificada en derecho o demoras en el pago de dos facturas giradas por



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica relativas a servicios prestados en el marco de esa Oferta o a servicios distintos aunque la deuda no continúe vigente.

Telefónica, en su contestación al requerimiento de información, ha reconocido la existencia de un número bastante elevado de reclamaciones efectuadas por los operadores alternativos sobre la facturación. Algunos operadores manifiestan que existe la posibilidad de que Telefónica considere impagadas facturas simplemente impugnadas.

Pues bien, esta posibilidad ya se previó en todas de las Ofertas de referencia que consideran que existe deuda vigente cuando se emiten las facturas y se presentan a su cobro conforme a las normas establecidas en cada uno de los acuerdos tomando en consideración los supuestos de impugnación establecidos. En este caso no se trataría de facturas impagadas sino de incidencias de cobro. Por lo tanto, desde el punto de vista conceptual es importante distinguir si se trata de auténtico impagado o bien se trata de un bloqueo del pago ordenado por el operador facturado por su disconformidad con la factura. En este último caso, no se reunirían los elementos suficientes para autorizar a la constitución del aval siempre y cuando se reclamase conforme a los acuerdos suscritos.

Vodafone y ASTEL alegan que las ofertas mayoristas prevén un plazo de 3 días para la revisión de las facturas y que, dado el escaso margen, este plazo debería ampliarse para que los operadores alternativos dispongan de tiempo suficiente para analizar las facturas y, en su caso, mostrar su disconformidad.

Pues bien, todas las Ofertas mayoristas establecen un periodo de 8 días hábiles entre la fecha de emisión y la fecha de vencimiento de la factura resultando este un plazo suficiente para la revisión de la facturación, por lo que no procede su ampliación.

No cabe admitir los demás requisitos de constitución alegados por Telefónica en su escrito de alegaciones de 2 de diciembre de 2008 ya que supondría condicionar la prestación de servicios regulados a la exigencia de un aval ante la existencia de dudas sobre la solvencia crediticia de los operadores quedando al criterio de Telefónica dicha razonabilidad.

La inclusión dentro de las distintas Ofertas de los medios de aseguramiento de pago acordes debe determinarse creando un marco de condiciones jurídicas y económicas que (i) no permitan la vulneración del derecho al acceso y a la interconexión que tienen todos los titulares de redes públicas de telecomunicaciones y los prestadores de servicios, y (ii) la prestación por parte Telefónica de los servicios mayoristas de acceso e interconexión en condiciones reguladas no discriminatorias, transparentes, proporcionales y fundadas en criterios objetivos.

Por ello, se considera una medida suficiente la exclusión del requisito de deuda vigente para la constitución de garantías de pago.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otro lado, ASTEL y Vodafone alegan que la eliminación de este requisito no se encuentra justificada puesto que si no existe deuda vigente no existe deuda que garantizar siendo ésta la justificación última de un aval.

Pues bien, los requisitos de constitución de una garantía para el aseguramiento del pago, tras la modificación adoptada, serían, de forma resumida, los siguientes:

- Con carácter previo a la efectiva prestación de los servicios: (i) En caso de situación concursal y (ii) por impagos o demoras injustificadas en el pago de 2 facturas emitidas por Telefónica.
- Con posterioridad al comienzo de la prestación de servicios: (i) En caso de situación concursal y (ii) por impagos o demoras injustificadas en el pago de 2 facturas emitidas por Telefónica.

Por tanto, a diferencia del criterio sostenido por ambas entidades, para la constitución de un aval es necesario que se haya producido o un impago o un retraso en el pago de, por lo menos, 2 facturas, esto es, constancia de la existencia de una voluntad de impago o de riesgo de impago para Telefónica por la prestación de servicios regulados.

Esta Comisión considera que el incumplimiento de las obligaciones de pago por parte de los operadores alternativos, independientemente del importe debido, crea una injustificable inseguridad jurídica para Telefónica y supondría obligarle a financiar o subvencionar los servicios prestados por sus competidores, algo que no es lógico en un mercado en régimen de libre competencia poniendo en peligro la normal prestación del servicio por parte del operador que no cobra.

D.2 Requisitos de ejecución

A juicio de esta Comisión y a la vista de las alegaciones presentadas por Telefónica al trámite de audiencia es necesario señalar en este punto que, con el fin de dotar a los avales de la eficacia necesaria, los operadores alternativos no podrán establecer condiciones de ejecutoriedad distintas a las recogidas en cada uno de los contratos.

En concreto, cualquier medida adoptada de forma unilateral que limite la ejecución de las garantías recogidas en las Ofertas mayoristas no tendrá validez alguna y se tendrá por no puesta. Por ejemplo, no se deberá vincular la ejecución de la garantía a la existencia de un pronunciamiento previo judicial o administrativo, ni tampoco a la existencia de autorización previa por parte del operador alternativo.

Esta Comisión considera que las condiciones de ejecución formalizadas en cada uno de los contratos son suficientemente acordes con el fin que se pretende conseguir que no es otro que dotar de eficacia a los avales. Por último, destacar



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que la ejecución del aval se vincula, principalmente, al pago de los servicios mayoristas proveídos por Telefónica.

Séptimo.- Sobre que el requerimiento de información practicado a Telefónica vulnera el ordenamiento jurídico.

Telefónica alega en su escrito de contestación al requerimiento de fecha 18 de julio de 2008 que el citado requerimiento por el que se le solicita determinada información relativa al pago histórico de penalizaciones, aspectos relativos a la facturación y sistemas de reclamación implementados en Telefónica (Antecedente de hecho Décimo) vulnera el ordenamiento jurídico por incompetencia de esta Comisión para requerir información de carácter privado.

Pues bien, el hecho de que parte de la información solicitada se correspondiera con procesos internos de Telefónica (facturación, gestión de averías, etc) no implica *per se* que dicha información no pueda ser requerida por la Comisión.

Esta Comisión puede requerir información de cualquier tipo, incluso de carácter privado. Dado el carácter de dicha información, esta Comisión ha estimado la procedencia de declarar la confidencialidad de parte de la información aportada por considerar que de no ser así podría ocasionar perjuicios al secreto y a los intereses comerciales de Telefónica.

El requerimiento de información formulado a Telefónica tenía por objeto, por un lado, obtener información acerca de los procedimientos internos para facilitar la implementación de cualquier modificación adoptada y, por otro, examinar el cumplimiento histórico de Telefónica de sus obligaciones de pago de penalizaciones. Así, el citado requerimiento estaba justificado y fue motivado.

La obligación de facilitar información está reconocida tanto en el artículo 9 y en la Disposición Adicional Cuarta de la LGTel como en el artículo 78 de la LRJPAC que, con carácter más general establece que *"[l]os actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento [...]".*

En definitiva, el requerimiento de información se ha efectuado en base al principio de proporcionalidad teniendo en cuenta todos los intereses implicados y procediendo a declarar la confidencialidad de los datos aportados por Telefónica, por lo que no se ha vulnerado el ordenamiento jurídico en vigor.

Octavo.- Eficacia de las medidas propuestas.

Las modificaciones propuestas afectan, fundamentalmente, a los sistemas de facturación de los operadores alternativos ya que se les impone una carga



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adicional. Por este motivo, se considera proporcionado establecer un plazo máximo de 3 meses para que los operadores implementen este nuevo sistema y comiencen a girar facturas liquidando las penalizaciones que correspondan. Con carácter previo a la emisión de la primera factura deberán comunicar a esta Comisión la implementación de dicho sistema y el inicio de su funcionamiento.

Se adjunta a la presente Resolución un Anexo I con las modificaciones a incluir por parte de Telefónica en cada una de las Ofertas existentes y que se tendrán en cuenta en las futuras Ofertas de referencia que se vayan a publicar por parte de Telefónica.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Primero.- Modificar los sistemas de penalizaciones incluidos en todas las Ofertas de referencia de Telefónica de España, S.A.U. en el sentido que indica esta Resolución.

Segundo.- Modificar los mecanismos de aseguramiento de pago incluidos en todas las Ofertas de referencia de Telefónica de España, S.A.U. en el sentido que indica esta Resolución.

Tercero.- Instar a Telefónica de España, S.A.U., a modificar sus Ofertas mayoristas de servicios regulados en el sentido que indica la presente Resolución y, en concreto, incluyendo el texto incluido en el Anexo I a esta Resolución.

Cuarto.- Instar a Telefónica de España, S.A.U. a que publique el texto consolidado de las diferentes Ofertas en el plazo de cinco días hábiles desde la notificación de la Resolución, sustituyéndola por el texto publicado por esta Comisión.

Telefónica de España, S.A.U. deberá publicar el texto aprobado en su servidor hipertextual «<http://www.telefonicaonline.es>».

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.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ANEXO I

Modificación de las Ofertas Mayoristas de referencia de Telefónica de España, S.A.U.

1.- Sobre el procedimiento de liquidación de penalizaciones.

Telefónica deberá incluir en el plazo señalado el siguiente texto en todas las Ofertas de referencia:

“Procedimiento de liquidación de penalizaciones

1. Facturación

a) Conceptos liquidables.

La liquidación de las penalizaciones se realizará una vez aceptado el servicio o el franqueo de la incidencia.

Dicha liquidación se debe presentar con el desglose suficiente para identificar claramente el servicio afectado (número administrativo de la solicitud, central a la que corresponde el servicio afectado, etc...) y debe incluir las penalizaciones asociadas a servicios entregados en el ciclo de facturación correspondiente. En este sentido, cabe señalar que este procedimiento no está previsto para la liquidación de más de un ciclo de facturación.

b) Ciclos de facturación.

Los ciclos de facturación se cerrarán el último día de cada mes y la factura se emitirá los días 15 del mes siguiente (mes n+1), comprendiendo todo el ciclo anterior. Asimismo, entre la fecha de emisión y la fecha de vencimiento de la factura debe existir un margen de 8 días laborables.

2. Liquidación.

Comités de cierre de facturación o de consolidación

Se crea un Comité de cierre de facturación o de consolidación. Estos Comités tendrán como objeto principal la resolución de las discrepancias que surjan en torno de la facturación y, en concreto, sobre las cantidades pendientes por penalizaciones.

(i) Telefónica deberá abonar las penalizaciones antes del vencimiento de la factura.

(ii) Podrá mostrar su disconformidad con la liquidación practicada en el plazo de 8 días laborables siguientes a su notificación.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para ello, Telefónica podrá remitir, junto con la oposición, una liquidación alternativa de penalizaciones, mención expresa del método de cálculo utilizado, información del SGO que acredite los días de retraso y cualquier otra información que apoye su liquidación. El operador alternativo dispondrá de un plazo de 8 días laborables para revisar la citada liquidación remitida por Telefónica junto con la documentación acreditativa.

Al término de dicho plazo, en el caso de que el operador se muestre conforme con la liquidación alternativa deberá notificar a Telefónica su aceptación para que esta última proceda al abono de la factura con carácter inmediato. En caso de que el operador se mostrase disconforme con la liquidación alternativa deberá ponerlo en conocimiento del Comité antes del término de dicho plazo que deberá pronunciarse en otro plazo de 5 días.

Transcurrido el plazo en el que el Comité se tiene que pronunciar sin que haya alcanzado un acuerdo o sin que exista pronunciamiento expreso, cualquiera de los dos operadores podrá solicitar la intervención de esta Comisión. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones concretará los días de retraso incurridos y determinará con carácter ejecutivo la cantidad a satisfacer.

Si el operador alternativo, transcurrido el plazo de 5 días laborables, no procediese ni a la aceptación expresa ni al rechazo de la liquidación alternativa, Telefónica deberá entender aceptada tácitamente dicha liquidación alternativa, esto es, por silencio positivo. En consecuencia, Telefónica deberá proceder al abono de dicha cantidad en un plazo máximo de 2 días laborables.

Telefónica podrá mostrar su rechazo con la liquidación practicada por el operador alternativo instando directamente al Comité sin necesidad de practicar una liquidación alternativa. En este caso, el Comité dispondrá de un plazo de 10 días para emitir su decisión. Transcurrido dicho plazo sin que se adopte una decisión por parte del Comité o sin que lleguen a algún acuerdo, cualquiera de los dos operadores podrá acudir a la CMT en los términos anteriores.

(iii) Transcurrido el plazo de 8 días laborables para la verificación de la liquidación por parte de Telefónica sin que ésta se pronuncie, el operador alternativo deberá entender su liquidación aceptada (silencio positivo). Esto significa que Telefónica deberá abonar el resultado de la liquidación en un plazo máximo de 2 días laborables.”

En concreto, Telefónica modificará los siguientes apartados:

a.-) Modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA)



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se modificará el punto 5 “Aspectos de Facturación” y, en concreto, el apartado denominado “Conceptos facturables aperiódicos” (página 5-1) en el que se incluirá el procedimiento de liquidación de penalizaciones descrito.

b.-) Modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR)

Se modificará el punto 8 “Aspectos de Facturación” y, en concreto, el apartado denominado “8.3.2.3 Facturación por otros conceptos aperiódicos” (página 207) en el que se incluirá el procedimiento de liquidación de penalizaciones descrito.

c.-) Modificación de la Oferta de Acceso a Líneas Alquiladas (ORLA)

Se modificará el apartado “7.2.2. Facturación por otros conceptos aperiódicos” (pág. 26)

d.-) Modificación de la Oferta de Acceso Mayorista a la Línea Telefónica (AMLT)

Se modificará el apartado “7.2 Facturación aperiódica” y, en concreto, el apartado denominado 7.2.2 Facturación por otros conceptos aperiódicos (Pág. 27) en el que se incluirá el procedimiento de liquidación de penalizaciones descrito.

2.- Sobre el mecanismo de aseguramiento de pago.

Telefónica deberá eliminar el requisito de deuda vigente en los supuestos de constitución de aval cuando proceda.

En concreto, Telefónica modificará:

a.-) Modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA)

Se modificará el apartado “5.3 Mecanismos de aseguramiento de pago” de los contratos tipo de acceso completamente desagregado y compartido.

b.-) Modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR)

Se modificará el apartado “11.14 Mecanismos de aseguramiento del pago”.

c.-) Modificación de la Oferta de Acceso a Líneas Alquiladas (ORLA)

Se modificará el Anexo 2 relativo al contrato tipo para la provisión por Telefónica del servicio de alquiler de líneas terminales, en concreto, la cláusula treceava.

d.-) Modificación de la Oferta de Acceso Mayorista a la Línea Telefónica (AMLT)

Se suprime el requisito de deuda vigente del apartado 5.1 de la Oferta relativo a los mecanismos de aseguramiento de pago (pág. 9).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Otras modificaciones

Con el fin de dotar de consistencia y congruencia el contenido íntegro de las Ofertas de Referencia, se procede a incluir las siguientes modificaciones adicionales:

a.-) Modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA):

Se modifica el Anexo 1 (página 1-4) relativo a los “Acuerdos de Nivel de Servicio (ANS)” modificando el párrafo actual:

“De conformidad con lo dispuesto en el presente apartado, TELEFÓNICA deberá proceder, con carácter automático, a calcular el importe de las penalizaciones exigibles y a efectuar su pago.”

Por el siguiente párrafo:

De conformidad con lo dispuesto en el Apartado sobre “Conceptos facturables aperiódicos” incluido en el apartado 5 relativo a la “Facturación”, el operador alternativo será el sujeto activo del proceso de liquidación de penalizaciones al ser el emisor de la factura de penalizaciones, siguiendo el procedimiento establecido”.

Asimismo, se modifican los contratos tipo del servicio de acceso completamente desagregado y acceso compartido introduciendo el siguiente texto en su estipulación primera relativa a la estructura del contrato, incluyéndolo en el Anexo de Facturación (III):

“Anexo de Facturación (III): Recoge todos los aspectos relativos a la facturación de los distintos tipo de Servicios así como del procedimiento a seguir para la liquidación de penalizaciones en las que incurra TELEFÓNICA DE ESPAÑA”.

b.-) Modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR):

Se modifica la Estipulación Primera relativa a la estructura del contrato introduciendo el siguiente texto:

“Anexo Técnico (II): Recoge los procedimientos, condiciones y aspectos relativos a la facturación de los distintos servicios incluidos en la Oferta de AMLT así como del procedimiento a seguir para la liquidación de penalizaciones en las que incurra TELEFÓNICA DE ESPAÑA.”

c.-) Modificación de la Oferta de Acceso a Líneas Alquiladas (ORLA):

Se modifica el apartado “7.1.1. Facturación por utilización del Servicio de Enlace a Cliente” eliminando el siguiente párrafo:

“Telefónica deberá proceder, con carácter automático, a calcular el importe de las penalizaciones exigibles y a efectuar su pago.”