

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL CONFLICTO DE ACCESO INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. CONTRA DESARROLLO DE LA TECNOLOGÍA DE LAS TELECOMUNICACIONES, S.C.A., POR EL QUE SOLICITA LA AUTORIZACION PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO VIGENTES ENTRE AMBAS ENTIDADES.

CNF/D TSA/1237/13/TELEFÓNICA vs DTI2 OBA RESOLUCIÓN CONTRATOS

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 17 de marzo de 2015

Visto el expediente relativo al conflicto interpuesto por Telefónica de España, S.A., sociedad unipersonal, contra Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, S.C.A. por el que la primera entidad solicitó a esta Comisión autorización para resolver los contratos de acceso al bucle de abonado vigentes entre ambas, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

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

Con fecha 6 de junio de 2013 tuvo entrada en el registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT)¹ escrito de Telefónica de España, S.A., sociedad unipersonal (en adelante, Telefónica), por el que plantea conflicto de acceso frente a Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, S.C.A. (en lo sucesivo, DTI2) solicitando la autorización de la CMT para resolver los contratos de acceso al bucle de abonado que tienen vigentes ambas entidades a día de hoy.

¹ Organismo regulador sectorial integrado en la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

En su escrito, Telefónica expone las siguientes circunstancias:

- DTI2 impaga la totalidad de la facturación devengada de los contratos para el acceso al bucle de abonado en el marco de la Oferta del Bucle de Abonado (OBA), y afirma que dicha situación viene produciéndose desde el inicio de la relación contractual entre ambos operadores en el año 2004.
- DTI2 fundamenta sus impagos en base a dos motivos: (i) la facturación emitida por Telefónica es formalmente incorrecta y no se adecúa a los requisitos contenidos en la OBA y (ii) Telefónica adeuda a DTI2 “cantidades astronómicas” en concepto de penalizaciones por retrasos en la provisión de los servicios de la OBA.

Telefónica cita, como antecedentes al presente conflicto, las resoluciones de la CMT de fechas 10 de septiembre de 2008 y de 29 de julio de 2009² relativas a sendos conflictos de acceso entre Telefónica y DTI2:

- Sobre el primero de dichos conflictos, Telefónica recuerda que la CMT, por una parte, desestimó su solicitud –que es sustancialmente idéntica a la del presente conflicto- de autorización para resolver los acuerdos de acceso al bucle con DTI2, pero que, por otra parte, la misma Comisión reconoció el derecho de Telefónica a que DTI2 constituyera a su favor una garantía conforme al contenido de los contratos suscritos entre ambos operadores.

Telefónica añade que en el citado conflicto quedó acreditado “el insuficiente cumplimiento por DTI2 de la obligación esencial de pago de los servicios recibidos” y que, además, procedió a revisar la totalidad de la facturación emitida a DTI2 para corregir la cantidad reclamada.

- Respecto al segundo de los conflictos mencionados, Telefónica manifiesta que DTI2 no estaba constituyendo los avales de conformidad con los contratos vigentes entre ellos, y aclara que a instancias de la CMT y conforme a lo establecido en la resolución dictada, DTI2 finalmente procedió a constituir 3 avales por importe de **[CONFIDENCIAL]**.

Por otra parte, Telefónica indica que en noviembre del año 2009, interpuso demanda de reclamación de cantidad ante el Juzgado de Primera Instancia de Córdoba por una cantidad de 523.262,02 euros (más 41.571,16 euros en el

² Resolución de 10 de septiembre de 2008, por la que se resuelve el conflicto de acceso presentado por Telefónica frente a DTI2, por el que solicita la autorización para la desconexión del acceso y la resolución de los acuerdos vigentes (RO 2007/272) y resolución de 29 de julio de 2009, por la que se resuelve el conflicto de acceso presentado por Telefónica frente a DTI2, sobre la adecuación del aval presentado por esta última en ejecución de la resolución de 10 de septiembre de 2008 (RO 2008/1965).

caso de que el Juzgado considerase improcedente la compensación efectuada por Telefónica de determinadas penalizaciones por retraso en la provisión de servicios), e indica que dicho procedimiento judicial finalizó con sentencia dictada en fecha 27 de marzo de 2013, en la que se estima parcialmente la demanda interpuesta por Telefónica, condenando a DTI2 a pagar a Telefónica una cantidad de 456.780,24 euros más el interés legal del dinero sobre esta cantidad, y se desestima la demanda reconvenzional presentada por DTI2 en el mismo procedimiento.

En este sentido, DTI2 había solicitado ante la jurisdicción civil, a través de una reconvencción formulada en el mismo procedimiento judicial, que se compensase esa cantidad con las penalizaciones debidas a DTI2 por Telefónica, a su juicio, debido a retrasos en la resolución de incidencias de provisión de esos mismos servicios mayoristas. Este aspecto no fue admitido por el Juzgado de 1ª Instancia³.

Asimismo, Telefónica considera que DTI2 reconoció en dicho procedimiento que Telefónica le había prestado los servicios de acceso contratados y que su deuda entre junio de 2004 y octubre de 2009 ascendía a **[CONFIDENCIAL]**. Por otra parte, subraya que la sentencia considera como hechos probados tanto el impago del total de la deuda de DTI2 con Telefónica por la prestación de los servicios de acceso al bucle de abonado, como la no procedencia de las penalizaciones reclamadas por DTI2 ni, por tanto, su compensación con las cantidades adeudadas por ese operador.

Por último, Telefónica denuncia que, desde la fecha de presentación de la demanda anterior, DTI2 continuó sin pagar los servicios de acceso al bucle de abonado prestados por Telefónica. Por ello, hasta la fecha de la presentación del presente conflicto, Telefónica denunciaba que se había generado una nueva deuda de **[CONFIDENCIAL]**, que, sumada a la cantidad anterior, arrojaba un resultado de **[CONFIDENCIAL]**.

Junto a su escrito, Telefónica acompaña la siguiente documentación:

- Copia de la Sentencia de 1ª Instancia del Juzgado nº 8 de Córdoba (P.O. 1995/2009), de fecha 27 de marzo de 2013.
- Hoja Excel relacionando 160 facturas emitidas por Telefónica entre el 19 de noviembre de 2009 y el 10 de mayo de 2013 y ya vencidas, cuyos importes se corresponden a su juicio con los servicios de acceso al bucle de abonado impagados.

³ Posteriormente, la sentencia nº 183/2013, de la Audiencia Provincial de Córdoba, de fecha 27 de noviembre de 2013, ha confirmado la Sentencia de 1ª Instancia del Juzgado nº 8 de Córdoba (P.O. 1995/2009). La sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba ha sido a su vez recurrida por DTI2 en casación ante el Tribunal Supremo, con fecha 8 de enero de 2014.

- Copia del Burofax remitido por Telefónica a DTI2 y entregado el 22 de mayo de 2013 reclamando la cantidad de **[CONFIDENCIAL]** por el resto de los servicios que considera adeudados.

Sobre la base de lo anterior, Telefónica concluye que DTI2 está incumpliendo una obligación esencial de sus contratos (el pago de los servicios prestados), de manera sistemática y sin mostrar voluntad de pagar, por lo que, en virtud del artículo 1.124 del Código Civil –en relación con los artículos 1.091 y 1.544 del mismo Código (en adelante, C.c.)-, y teniendo en consideración otros antecedentes similares conocidos y resueltos por la CMT⁴, solicita:

- que se le permita cesar en la prestación de los servicios de acceso a DTI2 y resolver los acuerdos OBA vigentes entre ambos operadores
- que se adopte una medida cautelar consistente en exigir a DTI2 un aval que garantice el pago de los servicios proporcionados por Telefónica, de manera que no aumente la deuda existente, hasta que se dicte la resolución que ponga fin al presente conflicto.

SEGUNDO.- Escrito adicional presentado por Telefónica

Con fecha 1 de julio de 2013, tuvo entrada en el registro de esta Comisión nuevo escrito de Telefónica aportando documentación complementaria a la adjunta a su comunicación inicial, consistente en dos archivos con copia de las 80 facturas de servicios relativos a la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR) y las 75 facturas de servicios OBA pendientes de pago por parte de DTI2 desde la fecha de presentación de la demanda civil.

TERCERO.- Notificación del escrito de inicio y requerimientos de información

Mediante sendos escritos del Secretario de la CMT de fecha 1 de julio de 2013, se notificó tanto a DTI2 como a Telefónica el inicio del presente procedimiento de resolución del conflicto de acceso, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

Asimismo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 78 y 50 de la LRJPAC, se requirió a ambos operadores para que en un plazo máximo de 10

⁴ Resolución de 17 de diciembre de 2009 por la que se resuelve el conflicto de interconexión presentado por Telefónica de España, S.A.U. contra Talking IP Management & Consulting, S.L. por impago de cantidades derivadas de la prestación de servicios de interconexión (RO 2009/1420), resolución de 3 de marzo de 2011 por la que se resuelve el conflicto de interconexión presentado por Telefónica de España, S.A.U. frente a Sur Making Off, S.L. (RO 2010/2020), resolución de 24 de marzo de 2011 por la que se procede a resolver el conflicto de interconexión presentado por Telefónica de España, S.A.U. frente a Integración de Recursos Informáticos y Servicios, S.L. (RO 2010/788).

días aportasen determinada información necesaria para la instrucción del expediente y remitiesen sus alegaciones.

CUARTO.- Escritos presentados por Telefónica

Mediante escritos de fechas 11 y 23 de julio de 2013, Telefónica dio cumplimiento al requerimiento de información formulado por la CMT y realizó determinadas manifestaciones relativas a los avales constituidos por DTI2 tras la resolución del conflicto de referencia RO 2008/1965.

En su primer escrito, además de aportar nuevamente copia de las facturas ya mencionadas, Telefónica manifiesta que, tras la ejecución de los avales constituidos por DTI2, no le constaba que aquel operador hubiera prestado nuevas garantías de pago.

Por el contrario, en el segundo escrito aclara que DTI2 sí remitió, con fecha 28 de marzo de 2010, un burofax comunicando la constitución de tres nuevos avales tras la ejecución de los anteriores, pero añade que dichos avales fueron calculados unilateralmente por DTI2 y uno de ellos se fijaba por duración determinada. Por ese motivo Telefónica señala que, con fecha 14 de abril de 2010, envió un burofax a DTI2 comunicándole que los avales no se ajustaban a las condiciones contractuales, a la resolución de referencia RO 2007/272, a la normativa y a la jurisprudencia.

Por último, Telefónica aporta copia de los citados burofaxes e indica que no considera que, en el momento de presentar su escrito, existieran avales debidamente constituidos por DTI2.

QUINTO.- Escrito de alegaciones de DTI2

Con fecha 24 de julio de 2013, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de DTI2 mediante el cual presentaba sus primeras alegaciones. Asimismo, el 25 de julio de 2013 presentó nuevo escrito matizando y complementando el anterior.

En particular, DTI2 hace referencia a las siguientes cuestiones:

- En cuanto a la solicitud principal de Telefónica, DTI2 alega que Telefónica está intentando revisar una cuestión ya decidida en la resolución que puso fin al conflicto de referencia RO 2007/272.
- Telefónica no plantea hechos nuevos respecto de los ya resueltos en el conflicto citado, y considera que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Córdoba recaída el 27 de marzo del 2013 *“no innova en cuanto a los hechos que fueron tratados en aquel momento por la CMT, no siendo invocable del modo pretendido por TESAU en esta sede, tanto por estar apelada y no ser firme, como por tratar de*

*efectuar por vía administrativa un complemento a la ejecución de una sentencia civil*⁵.

- La resolución de 10 de septiembre de 2008 (RO 2007/272) “rechazó la solicitud de resolución contractual, limitándose a establecer la obligación de DTI2 de aportar una determinada garantía”, en la medida en que los incumplimientos de Telefónica eran de gravedad suficiente como para no imponer la resolución contractual a DTI2, e indica que estos hechos fueron confirmados por la Audiencia Nacional⁶.
- La sentencia recaída en la jurisdicción civil no se pronuncia sobre la compensación de deudas sino únicamente sobre la procedencia de las penalizaciones, conteniendo a este respecto pronunciamientos erróneos debido a la mala fe de Telefónica, que ha presentado una interpretación de la OBA que es falsa. Asimismo, añade que dicha interpretación no ha cambiado tras la sentencia, pues en ese procedimiento Telefónica no ha solicitado la resolución de los contratos entre las partes.
- Telefónica elige el fuero que le interesa –jurisdicción civil o CNMC- cambiando su discurso continuamente, sobre si las cuestiones sometidas son de índole privada o jurídico-públicas, y sobre las cantidades a pagar -así, DTI2 afirma que Telefónica va cambiando la cuantía debida de forma arbitraria-.
- En lo que respecta a la deuda que reclama Telefónica, según consta en el expediente RO 2007/272, el pago se perfeccionó por importe de 650.000 euros el día 2 de noviembre de 2007, por compensación con cantidades debidas por Telefónica en concepto de penalizaciones⁷.
- La medida cautelar solicitada por Telefónica no es necesaria, pues DTI2 restituyó los avales que ejecutó Telefónica el día 24 de noviembre de 2009 y “los mantiene hasta la actualidad”. En este sentido, DTI2 aporta copia de los extractos bancarios de dos avales, por importe de **[CONFIDENCIAL]** (con números de inscripción en el Registro de avales de la entidad 103187 y 103189, respectivamente), en los que figura como fecha de liquidación el día 22 de septiembre de 2013. Dichos avales son los correspondientes a los contratos de acceso indirecto y del servicio de ubicación, respectivamente, que se constituyeron en marzo de 2010 con duración indefinida.

⁵ Con respecto a la firmeza de esta sentencia, vid nota al pie 3.

⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de fecha 16 de noviembre de 2010 (Recurso número 844/2008) y, posteriormente al escrito de alegaciones de DTI2, por sentencia del Tribunal Supremo –STS- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera) de 16 de mayo de 2014 (Recurso de Casación 333/11) desestimando el recurso interpuesto por Telefónica contra la SAN anterior.

⁷ Documento 1 adjunto al escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia de aquel procedimiento, el día 7 de noviembre de 2007.

- Por último, DTI2 ofrece subsidiariamente el prepago de las facturas devengadas por Telefónica durante la tramitación del presente conflicto.

SEXTO.- Adopción de medidas cautelares

Mediante resolución de 30 de julio de 2013, en el marco del presente procedimiento, la CMT adoptó una medida cautelar consistente en conminar a DTI2 a garantizar el pago de los servicios de acceso al bucle que le prestase Telefónica mediante la constitución de un aval o un sistema de prepago en los términos siguientes:

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

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

*Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, SCA deberá constituir un aval para garantizar los impagos en los contratos relativos al acceso completamente desagregado y compartido, sobre la base de las tres últimas facturas mensuales positivas emitidas por Telefónica de España, S.A., y, en caso de discrepancia entre las partes, por una cuantía de **[CONFIDENCIAL]**, y elevar la cuantía del aval relativo al contrato por el servicio de ubicación, hasta garantizar el importe de las últimas mensualidades facturadas –que en los últimos meses es de **[CONFIDENCIAL]**–.*

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

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

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

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

SÉPTIMO.- Escritos adicionales de DTI2

Con fechas 16 y 29 de agosto, 1 y 25 de octubre y 18 de noviembre de 2013⁸, DTI2 informó a la CMT y a esta Comisión de los prepagos realizados, aportando copia de los resguardos de ingreso bancarios correspondientes al período comprendido entre septiembre y diciembre de 2013.

OCTAVO.- Resolución del conflicto de acceso planteado por DTI2 frente a Telefónica por denegación de solicitudes de Entrega de Señal mediante fibra oscura (DT 2013/108)

Mediante resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de 7 de enero de 2014, se resolvió un conflicto de acceso entre DTI2 y Telefónica por el rechazo de Telefónica de las solicitudes de DTI2 para la prestación del servicio de entrega de señal (EdS) mediante fibra oscura, estableciendo la obligación de Telefónica de atender las solicitudes de servicios de DTI2, en los términos siguientes:

“Primero.- *Telefónica debe atender las solicitudes de DTI2 de entrega de señal de ámbito urbano mediante fibra oscura en las centrales de Córdoba/Quemadas y Córdoba/Amargacena, previo pago del precio acordado entre las partes, y en el plazo de 45 días naturales.*

Segundo.- *Si en el plazo de veinte días hábiles desde el día siguiente al de la notificación de esta resolución DTI2 y Telefónica no hubiesen llegado a un acuerdo sobre los precios de los servicios contemplados en el Resuelve primero, Telefónica deberá entregar los servicios solicitados previo pago por DTI2 de la cantidad que se acuerde provisionalmente entre las partes. Si no se llegara a un acuerdo entre ambas partes sobre el precio en dicho plazo de 20 días, DTI2 y Telefónica podrán acudir a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que ésta fije el precio o las cantidades de referencia a pagar como prepagó a Telefónica con el objetivo de que se pueda proveer el servicio de forma*

⁸ En alegaciones posteriores DTI2 ha aportado la documentación acreditativa de haber prepagado entre agosto de 2013 y diciembre de 2014.

inmediata. La regularización del precio que finalmente se aplique deberá tener en cuenta las cantidades previamente satisfechas por DTI2 como prepago.”

NOVENO.- Nuevo escrito de alegaciones de Telefónica

Con fecha 25 de febrero de 2014, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de Telefónica mediante el cual comunica nuevos hechos manifestados en el Procedimiento de Ejecución de Títulos Judiciales nº 800/2013 derivado de la citada Sentencia de 1ª Instancia del Juzgado nº 8 de Córdoba que, para Telefónica, afectarían a la solvencia de DTI2 para asumir el pago de los servicios adeudados.

Asimismo, Telefónica señala que la Sentencia nº 183/2013, de la Audiencia Provincial de Córdoba, de fecha 27 de noviembre de 2013, ha confirmado la sentencia de primera instancia, por lo que considera acreditado tanto en vía administrativa como civil el derecho de crédito de Telefónica y el impago de DTI2.

Sin embargo, añade que en virtud de la resolución mencionada en el antecedente noveno, Telefónica se ha visto obligada a la apertura de nuevos servicios de EdS solicitados por DTI2 a pesar de la solicitud de resolución de sus contratos que motiva el presente conflicto.

DÉCIMO.- Ampliación de las alegaciones de DTI2

Con fechas 14 y 15 de abril de 2014, tuvieron entrada en el registro de esta Comisión sendos escritos de DTI2 ampliando sus alegaciones y aportando documentación.

DTI2, además de desarrollar profusamente las afirmaciones señaladas en el antecedente quinto, formula las siguientes alegaciones adicionales:

- Además de los incumplimientos de la OBA por parte de Telefónica que ya fueron señalados en la resolución que puso fin al conflicto RO 2007/272, posteriormente Telefónica ha incurrido en nuevos incumplimientos de la OBA.
- La “*exceptio non rite adimpleti contractus*”, esto es, la excepción del contrato no cumplido apreciada en la resolución RO 2007/272, continuaría siendo de aplicación dado que (i) Telefónica ofrecería a DTI2 una OBA “modificada” unilateralmente al no aplicar determinados apartados que están en vigor, (ii) incumpliría o cumpliría defectuosamente (o con retrasos) su obligación de prestar servicios adecuados a las previsiones de la OBA, (iii) incumple el abono de penalizaciones y (iv) cumple defectuosamente sus obligaciones de facturación y cobro.

- La resolución de los contratos entre ambos operadores acarrearía la expulsión de DTI2 del mercado, perjudicaría a las redes de sus clientes empresariales y conllevaría un efecto negativo para la competencia.
- En definitiva, en el procedimiento con referencia núm. RO 2007/272 la CMT ya resolvió la misma cuestión objeto del presente conflicto, y solicita que, subsidiariamente, se acepte la oposición de contrato no cumplido, dado que *“examinados los nuevos hechos desde 2008 a la actualidad, se ha multiplicado el número de incumplimientos acreditados de TESAU, siendo a su vez más graves la mayoría de ellos, además de persistir y prorrogarse todos los anteriores, de forma que puesto en relación con las nuevas facturas reclamadas por TESAU, se acepte la oposición del contrato no cumplido debidamente, que DTI2 invoca en este expediente, todo ello en consideración de que la mora ni siquiera sería una causa contemplada para la resolución de los contratos y el número, gravedad y transcendencia de los incumplimientos de TESAU respecto a DTI2, acreditados en este y otros expedientes.”*

Asimismo, DTI2 acompaña a su escrito de alegaciones abundante documentación que comprende, principalmente:

- Copia de los escritos de demanda, contestación, reconvencción y contestación a esta última presentados por Telefónica y DTI2 en el Procedimiento Ordinario 1995/2009, sustanciado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Córdoba.
- Copia del informe pericial aportado por DTI2 a aquel procedimiento judicial, así como de los dos informes de conclusiones de DTI2 y la transcripción de las vistas correspondientes al mismo procedimiento.
- Documentación y facturas en concepto de penalizaciones emitidas por DTI2 al amparo de la resolución sobre la modificación de las ofertas mayoristas en relación con el sistema de penalizaciones y de garantías de pago (MTZ 2008-120)⁹
- Copia de varias comunicaciones y burofaxes intercambiados entre DTI2 y Telefónica en relación con la reclamación de avales, servicios y penalizaciones por diversos conceptos.
- Copia de la anteriormente citada Sentencia nº 183/2013, de la Audiencia Provincial de Córdoba, de fecha 27 de noviembre de 2013, así como del recurso de casación presentado por DTI2 el 8 de enero de 2014 ante el Tribunal Supremo.

⁹ Resolución de fecha 2 de julio de 2009 sobre la modificación de las ofertas mayoristas en relación con el sistema de penalizaciones y de garantías de pago (MTZ 2008-120), anulada parcialmente por SAN de fecha 19 de septiembre de 2011.

- Copia de la oferta presentada por Telefónica a DTI2 en relación con los servicios de entrega de señal objeto del conflicto de referencia DT 2013/108.

UNDÉCIMO.- Nuevas alegaciones de Telefónica

Con fecha 30 de mayo de 2014, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de Telefónica mediante el cual comunicó que, mediante sentencia del Tribunal Supremo (o, en adelante, STS) de 16 de mayo de 2014, la Sala de lo Contencioso-Administrativo desestimó el Recurso de Casación número 333/11 interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de noviembre de 2010 de la Audiencia Nacional¹⁰, que confirmaba la resolución de la CMT de 10 de septiembre de 2008 (RO 2007/272), por la que se denegó la solicitud de Telefónica para resolver los acuerdos de OBA vigentes con DTI2.

Partiendo de dicha sentencia, Telefónica ha aportado nuevas alegaciones en las que analiza los fundamentos jurídicos de la mencionada sentencia en comparación con su relación actual con DTI2. En concreto, Telefónica considera que los aspectos que llevaron a la desestimación de los recursos interpuestos ya se han esclarecido durante este tiempo, y recuerda: (i) el derecho de crédito de Telefónica, (ii) el impago continuado por parte de DTI2, (iii) la facturación correcta y (iv) la ausencia de la voluntad de pagar por parte de DTI2 unida a su falta de solvencia.

DUODÉCIMO.- Escrito de Telefónica

Con fecha 7 de noviembre de 2014, tuvo entrada en el registro de esta Comisión nuevo escrito de Telefónica mediante el cual reitera sus alegaciones y solicita el alzamiento de la medida cautelar adoptada y la autorización para resolver los contratos con DTI2.

DECIMOTERCERO.- Trámite de audiencia

Mediante escrito de 26 de noviembre de 2014, se comunicó a las partes interesadas el inicio del trámite de audiencia del procedimiento, notificándose el informe elaborado por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC (en adelante, DTSA) en el marco del presente conflicto, a fin de que los interesados pudiesen alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes.

El informe alcanzaba las siguientes conclusiones:

“Primero.- Declarar que, en el conflicto de acceso planteado entre Telefónica y DTI2, ha quedado acreditado el incumplimiento grave por

¹⁰ Ver nota al pie 4.

parte de DTI2 de sus obligaciones de pago por los servicios prestados al amparo de los acuerdos de acceso al bucle firmados en 2004.

Segundo.- *En caso de que DTI2 no proceda al pago de la deuda reconocida por el Juzgado nº 8 de Córdoba (P.O. 1995/2009) o a asegurar su pago en el plazo de 2 meses desde la notificación de la presente Resolución a DTI2, autorizar a Telefónica a la resolución contractual de todos los contratos de acceso al bucle de abonado vigentes. No obstante, con carácter previo, Telefónica deberá notificar a esta Comisión que va a proceder a dicha desconexión junto con las razones que la justifiquen.*

Tercero.- *En el supuesto de que una resolución de los contratos comporte la imposibilidad de seguir prestando determinados servicios por parte de DTI2, ese operador deberá comunicar a sus usuarios finales la finalización del servicio con un mes de antelación, de conformidad con el artículo 9.3 del Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas.”*

DECIMOCUARTO.- Alegaciones presentadas al trámite de audiencia

Mediante escrito de 11 de diciembre de 2014, Telefónica presentó su escrito de alegaciones al trámite de audiencia. En el citado escrito Telefónica se muestra conforme con las conclusiones alcanzadas en el informe. No obstante, solicita aclaración en relación con el resuelve segundo, dado que considera que la mención del pago de la deuda o su aseguramiento vinculada a la deuda reconocida por el Juzgado nº 8 de Córdoba *“puede inducir a error y resultar contradictorio a lo dispuesto en el Fundamento Jurídico Tercero en el que se reconoce expresamente (y) se ha constatado el impago de las facturas desde el 19 de noviembre al 10 de mayo de 2013.”*

Por su parte, con fecha 31 de diciembre de 2014, tras solicitar previamente la ampliación del plazo, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de DTI2 por el que vino a presentar sus alegaciones al informe de audiencia. En dicho escrito DTI2 se muestra disconforme con las conclusiones alcanzadas, aportando distintos argumentos relativos a presuntos incumplimientos adicionales de Telefónica que, a su juicio, no habrían sido tenidos en cuenta en el informe de audiencia y describiendo nuevos hechos que pondrían de manifiesto el incumplimiento contractual de Telefónica y la pertinencia de la apreciación de la *“exceptio non rite adimpleti contractus”*.

Asimismo, entre la documentación aportada por DTI2 se encuentran copias de los resguardos mensuales de ingresos bancarios por el prepago de servicios OBA correspondientes al período comprendido entre septiembre y enero de 2015, así como varias facturas, copias de pantalla del SGO (Sistema de Gestión de Operadores) y diversas comunicaciones intercambiadas entre

ambos operadores en relación, principalmente, con la gestión y resolución de averías y el eventual pago de penalizaciones.

DECIMOQUINTO.- Nuevo escrito de alegaciones de DTI2

Con fecha 11 de febrero de 2015, tuvo entrada en el registro de esta Comisión nuevo escrito de DTI2 por el que complementa sus alegaciones al informe de audiencia resaltando la interpretación de la OBA que realiza Telefónica ante la jurisdicción ordinaria, en este caso en el escrito de oposición –del que aporta copia- que ese operador ha presentado frente a los recursos de casación y por infracción procesal interpuestos por DTI2 contra la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba.

DECIMOSEXTO.- Informe de la Sala de Competencia

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, Ley CNMC), con fecha 26 de febrero de 2015, la Sala de Competencia de esta Comisión emitió informe sin observaciones a la propuesta de resolución del presente procedimiento.

A los anteriores Antecedentes de hecho son de aplicación los siguientes

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del presente procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto resolver el conflicto de acceso planteado por Telefónica contra DTI2 en virtud del cual solicita de esta Comisión que autorice la cesación de los servicios prestados por Telefónica a DTI2 y la consiguiente resolución de los contratos de acceso al bucle de abonado vigentes entre ambas entidades, y ello en base al incumplimiento de las obligaciones de pago por parte de DTI2, en relación con los servicios de acceso previamente prestados por Telefónica.

DTI2 solicita la aplicación de la “*exceptio non rite adimpleti contractus*” o excepción de contrato no cumplido¹¹ dado que, a su juicio, Telefónica también estaría incumpliendo determinadas obligaciones derivadas de su relación contractual.

Por lo tanto, para la resolución del presente conflicto en primer lugar se delimitará la naturaleza de las obligaciones que rigen las relaciones entre

¹¹ De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo - entre otras, sentencias de 10 enero y de 9 julio de 1991, 8 de junio de 1996-, si el acreedor exige el cumplimiento de la obligación recíproca del deudor o la resolución contractual (de acuerdo con el artículo 1.124 del Código Civil), sin que él haya cumplido, este deudor podrá oponer la llamada “*exceptio non rite adimpleti contractus*” cuando acredite un incumplimiento real y efectivo de la otra parte que frustre la finalidad del contrato.

ambas entidades así como el ámbito al que debe ceñirse esta resolución, una vez concretados los antecedentes objeto de resolución en los diversos conflictos suscitados entre ellas.

A continuación, se examinará si existe o no un incumplimiento por parte de DTI2 respecto a sus obligaciones de pago derivadas de los servicios amparados en la OBA que le viene prestando Telefónica, y en caso de apreciarse tal incumplimiento, se valorará si dicha circunstancia faculta a Telefónica para solicitar a la CNMC la cesación en su obligación de darle los servicios mayorista de acceso al citado operador.

Finalmente, se tendrán en cuenta las alegaciones de DTI2 relativas a los presuntos incumplimientos de obligaciones de acceso contenidas en la OBA por parte de Telefónica, con el fin de dilucidar si los mismos permiten apreciar la excepción de contrato no cumplido invocada por DTI2 para justificar el incumplimiento de su contraprestación en relación con la obligación de acceso al bucle de abonado vigente entre ambas entidades.

SEGUNDO.- Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

De conformidad con los artículos 6.4 y 12.1.a).1º de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC y los artículos 15 y 70.2.d) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) le corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la función de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso e interconexión de redes.

Así, el artículo 15 de la LGTel dispone la competencia de esta Comisión para conocer de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivados de esta Ley y de sus normas de desarrollo, disponiéndose que la CNMC dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto y las medidas provisionales que correspondan. Por lo tanto la competencia de esta Sala lo es para resolver sobre los conflictos dimanantes de dichas obligaciones en tanto en cuanto provengan de las relaciones jurídico públicas derivadas de la LGTel y no sobre los aspectos meramente privados dimanantes exclusivamente de la voluntad de las partes que puedan concurrir en la misma relación contractual.

Lo anterior lo corroboran los artículos 12.5 y 70.2.g) de la LGTel que establecen que esta Comisión podrá intervenir en las relaciones entre operadores (o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión), a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos señalados en el artículo 3 del mismo texto legal.

En consecuencia, esta Comisión resulta competente para conocer del presente conflicto planteado por Telefónica, por el que solicita autorización para dejar de prestar los servicios de acceso a DTI2 y para resolver los contratos de acceso al bucle de abonado vigentes entre ambas entidades en lo que respecta a la obligación de Telefónica de seguir prestando dichos servicios.

Por ello, de conformidad con los preceptos anteriores y atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre los acuerdos de acceso vigentes entre Telefónica y DTI2

- Sobre los acuerdos firmados entre DTI2 y Telefónica

Telefónica tiene obligación de prestar servicios de acceso al bucle de abonado, en virtud de las obligaciones impuestas en los mercados de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y de acceso de banda ancha al por mayor (mercados 4 y 5)¹². Ello ha de hacerse, sin perjuicio de los acuerdos a los que lleguen las partes, respetando las condiciones de la OBA y de la Oferta de Referencia de los Servicios Mayoristas de Banda Ancha de Telefónica de España (OIBA) y los contratos tipo incorporados a las ofertas de referencia aprobadas por esta Comisión.

Desde el año 2004, Telefónica y DTI2 se encuentran ligados por una relación de acceso que proviene de las previsiones de la LGTel en materia de acceso e interconexión y en las obligaciones impuestas por esta Comisión a Telefónica de conformidad con lo establecido en la normativa sectorial. Esta obligación recíproca se ha formalizado mediante un Acuerdo General de Acceso al Bucle de Abonado en sus modalidades de ubicación, acceso compartido, acceso completamente desagregado y acceso indirecto.

Los acuerdos de acceso entre Telefónica y DTI2 incluyen todos los elementos esenciales de todo contrato (artículo 1.261 del C.c.), objeto del contrato, causa de las obligaciones y prestación de consentimiento de ambas partes (en este caso, el consentimiento existió desde el mismo momento en que DTI2 aceptó la

¹² 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 al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea (MTZ 2008/626).

OBA y sus posteriores modificaciones). En concreto, los acuerdos ahora vigentes entre ambas entidades datan de fecha 14 de marzo de 2007, momento en el que Telefónica y DTI2 firmaron los siguientes contratos:

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

Posteriormente, en fecha 21 de octubre de 2008, ambos operadores suscribieron otro acuerdo para el acceso indirecto a la red de Telefónica en el que se formalizaba otra relación contractual derivada de la obligación legalmente impuesta a Telefónica en su condición de operador con poder significativo en el mercado pertinente y voluntariamente aceptada por DTI2

Estos acuerdos, que tienen fuerza de ley entre las partes contratantes (artículo 1.091 del C.c.), rigen las obligaciones recíprocas entre las partes (tanto públicas como estrictamente privadas) y son obligatorios en todos sus términos desde la fecha en que fueron acordados por ambas, teniendo en cuenta todas las modificaciones posteriores.

Respecto a los anteriores contratos suscritos entre ambas partes, debe concluirse que las obligaciones dimanantes de los mismos a las que ha de ceñirse la resolución del presente conflicto, dada su naturaleza pública, son la prestación de los servicios de acceso por Telefónica y el pago de tales servicios por parte de DTI2.

Dichos contratos regulan, además, otros supuestos de naturaleza estrictamente jurídica privada como el relativo a que DTI2 no realizase el pago puntual de alguna cantidad debida. De producirse esta situación, DTI2 automáticamente se colocaría en situación de mora, sin necesidad de requerimiento alguno por parte de Telefónica y quedaría obligado al abono de los intereses correspondientes.

Los contratos también regulan otras consecuencias jurídico públicas como las relativas al retraso en la prestación de los servicios impuestos regulatoriamente por parte de Telefónica debiendo Telefónica, en este supuesto, indemnizar a DTI2 abonando las penalizaciones correspondientes establecidas en las ofertas de referencia reguladas.

Por otra parte, la propia OBA (oferta que forma parte de la obligación impuesta a Telefónica) prevé expresamente como causa de extinción de los acuerdos de interconexión, la “resolución fundada en incumplimiento por cualquiera de las Partes, de las obligaciones contenidas en este acuerdo, una vez transcurridos dos meses desde que la Parte cumplidora haya exigido a la otra, por escrito, el cumplimiento de las mencionadas obligaciones. La apreciación de la concurrencia de esta circunstancia habrá de efectuarse por las partes de mutuo acuerdo o, en su caso, someterse a la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.”

A este respecto, Telefónica afirma que ha existido un incumplimiento sustancial de la obligación de DTI2 de remunerar los servicios prestados, por lo que la consecuencia no sería la prevista para un mero retraso en el cumplimiento de la obligación de abonar los servicios de acceso prestados, sino la extinción de la relación contractual entre ambos operadores. En concreto, Telefónica alega que DTI2 tiene contraída una deuda total de **[CONFIDENCIAL]**. Dicha cantidad resulta de:

- 456.780,24 euros reconocidos por Sentencia de 1ª Instancia del Juzgado nº 8 de Córdoba (P.O. 1995/2009), cantidad ratificada por la Sentencia nº 183/2013 anteriormente mencionada de 27 de noviembre de 2013 (si bien DTI2 ha recurrido en casación dichos pronunciamientos).
- **[CONFIDENCIAL]** que Telefónica denuncia que DTI2 debe por facturas emitidas entre el 19 de noviembre de 2009 y el 10 de mayo de 2013.

En consecuencia, Telefónica ha optado por pedir la resolución contractual y el consiguiente cese de la prestación de los servicios de acceso, por lo que de conformidad con lo previsto en la OBA, requiere de que esta Comisión que declare la concurrencia de un incumplimiento de las obligaciones por parte de DTI2 que le exima de su obligación de seguir prestando el servicio regulado.

Por su parte, DTI2 niega que la deuda ascienda a tal cantidad, dado que imputa a Telefónica defectos y errores en la facturación de sus servicios, y además alega su derecho a compensar su importe con las penalizaciones que reclama a Telefónica por los retrasos en la prestación de los servicios contratados, en la resolución de las incidencias de provisión¹³ y en la resolución de las averías a partir de los plazos fijados en la OBA.

¹³ En la Resolución de 22 de noviembre de 2007 por la que se declara concluso el periodo de información previa incoado a Telefónica, por denuncia de DTI2, por presunto incumplimiento de la resolución de 30 de diciembre de 2004 (RO 2005/1638), Telefónica reconoció adeudar 41.571,16 euros a DTI2 correspondientes a las penalizaciones por retraso en la provisión de los servicios, habiendo ofrecido su compensación respecto a la cifra de la cantidad que reclama por impago de los servicios. En lo referente a penalizaciones por el retraso en la resolución de incidencias de provisión, en el procedimiento que se está resolviendo ante la jurisdicción civil, Telefónica niega que deba abonar a DTI2 cantidades por este concepto.

SEGUNDO.- Sobre los conflictos anteriores entre Telefónica y DTI2

Tal y como ambos operadores han puesto de relieve en sus escritos, la CMT conoció en tres ocasiones anteriores peticiones de Telefónica por las que solicitaba la autorización para resolver los contratos de acceso suscritos con DTI2.

En particular, la CMT ya se pronunció sobre esta cuestión en las resoluciones de fechas 10 de septiembre de 2008 (RO 2007/272)¹⁴ y de 29 de julio de 2009, (RO 2008/1965), anteriormente mencionadas¹⁵, mientras que la resolución de 22 de abril de 2010 (RO 2010/312) archivó la solicitud por desistimiento de Telefónica.

En la primera de las resoluciones citadas, la CMT consideró acreditada la existencia de cantidades impagadas por DTI2, lo que suponía un incumplimiento de su obligación de abonar los servicios recibidos, a pesar de no calificarse dicho incumplimiento como grave en relación con el resto de circunstancias analizadas en ese conflicto.

Así, en dicha resolución se menciona expresamente que:

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

*Es decir, sin perjuicio de que existan razones que aconsejen no calificar a este impago como grave incumplimiento no se puede negar la existencia del mismo, esto es, del propio impago. En conclusión, se puede afirmar que DTI2 ha incurrido en impagos sin causa justificada en Derecho siendo el volumen impagado de suficiente entidad para constatar la procedencia de la constitución de una garantía.”*¹⁶

No obstante, en base a la *exceptio non rite adimpleti contractus* invocada por DTI2, se resolvió que no podía estimarse la solicitud de Telefónica, dado que la CMT había acreditado en resoluciones anteriores¹⁷ el incumplimiento de

¹⁴ Confirmada por la SAN de 16 de noviembre de 2010 (JUR 2010\404904) y 30 de noviembre de 2010 (JUR 2010\416703), y por sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera) de 16 de mayo de 2014 (Recurso de Casación 333/11), que desestimó el recurso interpuesto por Telefónica.

¹⁵ Vid Nota al pie 2.

¹⁶ Los subrayados son propios.

¹⁷ Resolución de 30 de diciembre de 2004 por la que se resuelve el conflicto de acceso planteado por DTI2 con Telefónica en relación con su oferta de acceso al bucle de abonado (RO 2004/1009), resolución de 16 de noviembre de 2006, relativa al expediente sancionador

Telefónica tanto en la prestación de los servicios en las condiciones contratadas, como el cumplimiento defectuoso –cuando no directamente un incumplimiento- en materia de penalizaciones y facturación.

Dicha resolución determinó que:

“[E]sta Comisión ya se ha manifestado a lo largo de la presente Resolución sobre el hecho de que una facturación defectuosa de los servicios no puede justificar un impago de los servicios contratados. En concreto, los errores formales de las facturas no pueden escudar un impago, tal y como alega Telefónica.

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

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

En consecuencia, la citada resolución de 10 de septiembre de 2008 resolvió (i) desestimar la solicitud de Telefónica sobre la resolución de todos los acuerdos vigentes con DTI2, (ii) y declarar el derecho de Telefónica a exigir la constitución de garantías por parte de DTI2, de conformidad con las reglas establecidas en sus contratos.

En el segundo conflicto referido (RO 2008/1965), Telefónica solicitó a la CMT que declarase que el aval formalizado por DTI2 no se adecuaba a lo establecido en la OBA y en la resolución dictada en el expediente con referencia RO 2007/272, y, otra vez, que autorizase la resolución de todos los contratos vigentes entre Telefónica y DTI2.

A este respecto, una vez analizados los contratos y los avales, en el resuelve segundo de la resolución de fecha 29 de julio de 2009, la CMT reconoció el derecho de Telefónica a la constitución por parte de DTI2 de las garantías con

RO 2004/1811, por el que Telefónica fue sancionada por importe de 20 millones de euros (resolución que ha sido confirmada por STS de 13 de noviembre de 2013 [RC 4037/2010]), resolución de 10 de mayo de 2007, relativa al expediente sancionador RO 2006/12, por el que Telefónica fue sancionada por importe de 13 millones de euros (resolución que ha sido anulada por STS de 13 de noviembre de 2013, [RC 1465/2010]) y resolución de 22 de noviembre de 2007 por la que se declara concluso el periodo de información previa incoado a Telefónica, por denuncia de DTI2, por presunto incumplimiento de la resolución de 30 de diciembre de 2004 y se acuerda su archivo (RO 2005/1638).

los requisitos y condiciones establecidas en dicha resolución, disponiendo que si transcurrido el plazo DTI2 no formalizaba las garantías “conforme a los estrictos términos de la presente Resolución” se autorizaba a Telefónica a resolver los contratos existentes (lo que en términos regulatorios equivale a eximir a Telefónica de su obligación de dar acceso a DTI2).

En definitiva, del análisis de ambas resoluciones se desprenden los siguientes aspectos de trascendencia jurídico regulatoria:

- Que DTI2 estaba impagando los servicios prestados por Telefónica.
- Que Telefónica había incurrido con anterioridad en infracciones en la provisión de sus servicios, así como en irregularidades respecto al pago de penalizaciones debidas y su facturación.
- Que en virtud de la excepción de contrato no cumplido ejercitada por DTI2, no resultaba procedente autorizar la cesación de la obligación de dar acceso por parte de Telefónica a DTI2.
- Que Telefónica podía exigir a DTI2 la constitución de garantías de pago en determinadas condiciones que, en el caso de no ser formalizadas, permitirían a Telefónica dejar de prestar los servicios regulados a DTI2¹⁸.

TERCERO.- Sobre la existencia de un grave incumplimiento por parte de DTI2 que fundamente la cesación de la obligación de Telefónica de seguir prestando los servicios de acceso a DTI2

Las dos partes en conflicto denuncian el incumplimiento por la otra parte de sus obligaciones recíprocas en su relación de acceso en vigor.

Así, Telefónica insiste en que DTI2 sigue sin pagar las facturas en concepto de provisión de sus servicios de acceso desde el año 2004, y añade que desde noviembre del 2009 hasta junio de 2013 se ha generado una nueva deuda por importe de **[CONFIDENCIAL]**, que, sumada a la cantidad anteriormente reconocida por el Juzgado de Primera Instancia de Córdoba, arroja un resultado de **[CONFIDENCIAL]**.

De la documentación aportada por Telefónica, se ha puesto de relieve la existencia de impagos de DTI2 por la prestación de servicios de acceso regulados.

Por su parte, para DTI2 las cuestiones relativas al impago de la deuda reclamada por Telefónica ante la jurisdicción civil en el mencionado Procedimiento Ordinario 1995/2009 ya fueron resueltas por la CMT en el conflicto RO 2007/272 y no procedería su revisión. Asimismo, respecto a la nueva deuda reclamada a partir de noviembre del año 2009, DTI2 considera

¹⁸ Dichas garantías, en cualquier caso, fueron constituidas tras aquellos conflictos.

que no ha podido incurrir en tal incumplimiento, dado que constituyó -mediante avales- las garantías establecidas tanto en el citado conflicto como en el posterior (RO 2008/1965), sin que Telefónica los ejecutase hasta el mes de julio del año 2013, y posteriormente ha procedido al prepago de los mismos en cumplimiento de la medida cautelar adoptada en el seno del presente procedimiento.

Aun así, DTI2 añade que durante este segundo período, los incumplimientos de Telefónica que se ponían de manifiesto en el citado conflicto -relativos a la provisión y calidad de los servicios, su facturación y el abono de penalizaciones-, no sólo no habrían cesado, sino que se habrían agravado. En este sentido, para DTI2, la prestación defectuosa de los servicios por parte de Telefónica impediría el correcto desarrollo de sus actividades como operador, generaría una serie de penalizaciones a oponer en compensación a la cantidad adeudada (que, a su juicio, resultarían en una deuda de signo contrario, es decir, a su favor) y permitirían la apreciación de la excepción de contrato no cumplido previamente por Telefónica, justificándose la conducta de DTI2.

Como fundamento de lo anterior, DTI2 no sólo hace referencia a los incumplimientos ya contemplados en el conflicto RO 2007/272 sino también a nuevos incumplimientos de Telefónica relativos especialmente a los hechos reflejados en la resolución de la CMT de fecha 6 de noviembre de 2008, en lo que se refiere al incumplimiento de la obligación de no discriminación impuesta en el mercado 4 respecto de los plazos de provisión de prolongación del par (RO 2007/17)¹⁹, y a los examinados en la resolución de esta CNMC de fecha 2 de octubre de 2014.

Adicionalmente, en su escrito de alegaciones de fecha 31 de diciembre de 2014, DTI2 subraya la importancia de una serie de nuevas conductas constitutivas de incumplimiento por parte de Telefónica, algunas de las cuales ya existirían en el período analizado en el conflicto RO 2007/272 –entre los años 2004 y 2008-, pero cuya existencia DTI2 desconocía en aquel momento, por lo que no pudieron ser alegadas, ni por tanto, valoradas por la CMT en su resolución.

Sin perjuicio de lo anterior, se desprende que Telefónica ha venido provisionando los citados servicios -si bien de forma defectuosa- salvo el servicio de entrega de señal mediante fibra oscura previamente referido (expediente DT 2013/108).

Por este motivo, dado que la existencia de defectos en la provisión de los servicios no implica *per se* la falta de entrega de los mismos, Telefónica tiene derecho a recibir la correspondiente contraprestación económica de DTI2 por la

¹⁹ En este expediente Telefónica fue sancionada por importe de 10 millones de euros por el incumplimiento de sus obligaciones de no discriminación en los plazos de provisión de prolongación del par. No obstante, esta resolución ha sido anulada por STS de 2 de julio de 2014 – recurso de casación núm. 3020/2011).

prestación de los servicios de acceso contratados por DTI2, sin perjuicio del derecho de DTI2 al cobro de las penalizaciones que puedan emanar de incumplimientos por parte de Telefónica de los propios acuerdos de acceso para el caso de incumplimiento de los plazos establecidos para la provisión de los servicios o la resolución de las averías, así como por la resolución tardía de incidencias de provisión en los supuestos previstos en la OBA.

No obstante, resulta necesario examinar los distintos argumentos presentados por ambos operadores en orden a determinar la procedencia de la solicitud de Telefónica:

- *Sobre los efectos de cosa juzgada en relación con los conflictos entre ambos operadores y los procedimientos ante la jurisdicción ordinaria*

Según los escritos presentados por DTI2, Telefónica pretende revisar una cuestión ya decidida por la CMT en el mencionado conflicto de referencia RO 2007/272, cuya resolución desestimatoria de la solicitud de Telefónica fue ratificada tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo²⁰.

Asimismo, respecto al posterior procedimiento ante la jurisdicción civil -y las correspondientes sentencias en primera instancia y de la Audiencia Provincial de Córdoba- DTI2 indica que las sentencias no son firmes al estar pendiente de resolución el recurso de casación interpuesto ante el Tribunal Supremo, y añade que las mismas no aportan novedades a los hechos resueltos por la CMT en el precitado conflicto, al pronunciarse únicamente sobre la procedencia de las penalizaciones reclamadas por DTI2 y no sobre la compensación de ambas deudas.

Por último, DTI2 señala que Telefónica se dedica a elegir fuero a su conveniencia, de forma que aprovecha el desconocimiento por parte del juzgador de la normativa que regula el acceso al bucle de abonado y de las especialidades de la OBA para obtener una sentencia favorable en vía civil, que una vez dictaminada, utiliza para volver a acudir a la vía administrativa con objeto de complementar la ejecución de dicha sentencia con un segundo pronunciamiento que revise la resolución del conflicto de referencia.

Sobre las anteriores cuestiones, en primer lugar esta Comisión debe analizar si, tal y como indica DTI2, la solicitud examinada en el presente conflicto conculcaría los efectos de cosa juzgada administrativa respecto al anterior conflicto (RO 2007/272).

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los efectos de cosa juzgada²¹, *“la eficacia vinculante de la cosa juzgada material exige la concurrencia de las tres identidades de personas, cosas y causa o razón de*

²⁰ SAN de 16 de noviembre de 2010 y STS de 16 de mayo de 2014, ambas previamente citadas.

²¹ STS (Sala de lo Civil, Sección Única) de 24 de septiembre de 2003 (RC 4046/1997).

pedir, determinando la preclusión de todo ulterior juicio sobre el mismo objeto y la imposibilidad de decidir de manera distinta al fallo precedente, evitando que la controversia se renueve o que se actúen pretensiones que contradigan el sentido de la sentencia firme, siempre partiendo de la certeza de una resolución sobre idéntico conflicto, aun recaído en un procedimiento de distinta naturaleza .”

Por su parte, en su sentencia de fecha 6 de febrero de 2012²², el Tribunal Supremo determinó que *“sobre la cosa juzgada tiene declarado esta Sala que la causa de pedir viene integrada por el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (sentencia de 3 de mayo de 2000) o, dicho de otra forma, por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión (sentencias de 27 de octubre de 2000 y 15 de noviembre de 2001) y que la identidad de la causa de pedir concurre en aquellos supuestos en que se produce una perfecta igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad, que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción (sentencia de 27 de octubre de 2000)”*.

Teniendo en cuenta dicha jurisprudencia, esta Comisión no comparte la afirmación de DTI2 que apunta hacia la identidad entre el conflicto actual y los ya mencionados, si bien las partes y el objeto del presente conflicto sí coinciden con los del precitado expediente RO 2007/272 y, parcialmente, con los del expediente RO 2008/1965.

La causa de pedir en este caso no es idéntica a la apreciada por la CMT en los conflictos precitados, dado que en aquéllos resultó esencial la valoración de la *exceptio non rite adimpleti contractus* a partir de unos hechos y circunstancias determinadas –los incumplimientos de Telefónica ya conocidos y sancionados por la CMT- que fundamentaron aquella resolución, y que no pueden ser tenidos en cuenta en el presente conflicto.

En consecuencia, a pesar de la coincidencia de las partes y el objeto entre el actual conflicto y los anteriores, no cabe apreciar la excepción de cosa juzgada, puesto que el conjunto de hechos, conductas y circunstancias que se imputan a Telefónica en el presente conflicto y que integran su causa de pedir no están en perfecta igualdad con los valorados en los conflictos anteriores, tal y como se pone de manifiesto tanto en los nuevos impagos reclamados por Telefónica como en las propias alegaciones de DTI2 en las que señala distintos incumplimientos que, ya fuese por su novedad o por desconocimiento de DTI2 y de la CMT en aquel momento, no se habrían tenido en cuenta en la resolución del conflicto RO 2007/272.

De forma adicional, debe recordarse que Telefónica ha aportado copia de 160 facturas emitidas por Telefónica entre el 19 de noviembre de 2009 y el 10 de

²² STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 6 de febrero de 2012 (RC 862/2008).

mayo de 2013 ya vencidas cuyos importes, por valor de **[CONFIDENCIAL]**, corresponden a servicios de acceso al bucle de abonado impagados por DTI2 que también han sido prestados por Telefónica con posterioridad a la resolución del conflicto RO 2007/272.

En ese sentido, la citada resolución de la CMT de 10 de septiembre de 2008 (RO 2007/272) se pronunció de forma general sobre los efectos del impago en este ámbito, señalando que *“con carácter general, es doctrina establecida por esta Comisión ante procedimientos de naturaleza similar bien en el ámbito de servicios de acceso bien en el ámbito de servicios de interconexión, que el impago de servicios previamente consumidos supone un incumplimiento grave de una de las obligaciones esenciales del mismo, y consecuentemente puede ser alegado por Telefónica como causa de resolución de los acuerdos de acceso, de acuerdo con lo establecido en el mismo.”*

Esta Comisión también disiente de que los nuevos impagos denunciados por Telefónica –y que DTI2 no niega- supongan exclusivamente un mero aumento o actualización de la cantidad reclamada en el conflicto RO 2007/272, dado que constituyen un nuevo incumplimiento posterior y adicional de su obligación de pagar los servicios provisionados por Telefónica, sin perjuicio de que los anteriores incumplimientos de la misma obligación por DTI2 constatados en aquel conflicto -y que generaron la deuda reclamada por Telefónica en el procedimiento ordinario 1995/2009- no justificasen en aquel momento y a juicio del órgano entonces competente, en virtud de la mencionada excepción de contrato no cumplido, la resolución contractual solicitada por Telefónica ante la CMT.

Respecto al resto de alegaciones de DTI2 relativas al procedimiento dilucidado ante la jurisdicción civil, sin perjuicio de lo que se expresará más adelante en relación con los presuntos incumplimientos posteriores de Telefónica y la posible apreciación de la *exceptio non rite adimpleti contractus*, basta significar que lo que se dilucida en el pleito civil es si Telefónica tiene derecho a cobrar una determinada cantidad. Para ello, el juez civil actúa con jurisdicción plena, mientras que en el ámbito de este procedimiento administrativo lo que se puede determinar por esta Comisión es si Telefónica tiene derecho a dejar de prestar los servicios regulados que viene prestando a DTI2 por el incumplimiento de su obligación de pago.

Por lo tanto, esta Sala únicamente determinará, en epígrafe posterior, si se ha producido o no, a su juicio, un incumplimiento de la obligación de pago de los servicios por parte de DTI2, puesto que dicha obligación nace con la propia prestación del servicio, tal y como se establece en los distintos acuerdos de acceso, produciéndose el incumplimiento desde la reclamación de Telefónica del importe de unos servicios efectivamente prestados y el subsiguiente impago de DTI2, independientemente de la reclamación en concepto de penalizaciones que sostiene DTI2 y que se dilucidará en el correspondiente procedimiento ante la Jurisdicción civil.

Asimismo, teniendo en cuenta las alegaciones al informe de audiencia formuladas tanto por Telefónica como por DTI2 y basándose en los servicios prestados por Telefónica con posterioridad a la resolución del conflicto RO 2007/272, esta Comisión únicamente se pronunciará sobre los presuntos incumplimientos derivados de la nueva deuda, y en concreto, respecto al incumplimiento del pago de la facturación emitida entre el 19 de noviembre de 2009 y el 10 de mayo de 2013 y cuyo pago ha sido requerido por Telefónica.

En relación con las alegaciones de DTI2, procede señalar que DTI2 no ha presentado conflicto contra Telefónica ante la CMT por prestación defectuosa o no prestación de los servicios posteriores a los que se analizaron en aquellos procedimientos. Ello no es óbice para que en este momento, tal y como ya se hizo en el informe de audiencia y a pesar de lo que alega DTI2, se valoren las nuevas circunstancias manifestadas en el presente conflicto que no habían sido puestas anteriormente en conocimiento de esta Comisión.

En lo referente a la alegación de DTI2 sobre la supuesta elección interesada de fueros por Telefónica, sin perjuicio del ejercicio de las correspondientes acciones ante la jurisdicción en cada caso competente, no cabe duda de que la autorización para la cesación de la obligación de prestar los servicios de acceso es una potestad que corresponde a esta Comisión en virtud de las previsiones contenidas en la normativa sectorial y, en concreto, en la OBA.

En definitiva, a juicio de esta Comisión, el presente conflicto no vulnera los efectos de cosa juzgada de las anteriores resoluciones de la CMT sino que trae causa de nuevos hechos que constituyen una nueva “causa de pedir” y, consecuentemente, legitiman la interposición del actual conflicto y el correspondiente análisis por parte de la CNMC.

- *Sobre la constitución de garantías de pago por DTI2.*

De acuerdo con los contratos vigentes entre ambas entidades, en caso de que DTI2 incumpla sus obligaciones de pago sin causa justificada en derecho o incurra en demora en el pago de dos facturas emitidas por Telefónica -y siempre que la deuda continúe vigente- Telefónica podrá exigir la constitución de determinados mecanismos de aseguramiento de pago.

Concretamente, la cláusula 5.3 de los contratos aplicables a los servicios de acceso completamente desagregado y compartido vigentes entre las partes determina que, para calcular el importe del aval, se tomará la media de las cantidades totales facturadas al operador en los últimos 3 meses correspondientes a los servicios de acceso completamente desagregado y compartido que se han prestado.

Por su parte, la cláusula decimotercera del contrato para la prestación del servicio indirecto al bucle de abonado suscrito entre estos operadores

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

En cuanto al servicio de ubicación, la cláusula decimosexta del contrato de ubicación prevé dos tipos de aseguramiento para el pago de estos servicios: (i) los que tienen su origen en el coste de habilitación del servicio de ubicación, para los que se establece que el operador autorizado pagará a Telefónica el 20% del precio estimado proporcional que le corresponda del precio de habilitación del servicio de ubicación y prestará afianzamiento de la cantidad restante (80%), mediante aval o cualquier otro medio de aseguramiento de pago, en el momento de la firma y aceptación de cada proyecto específico; (ii) y los que tienen su origen en las cuotas mensuales, para los que el operador autorizado entrega en el momento de la firma del contrato a Telefónica una cantidad equivalente al importe de una mensualidad en cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato.

Por último, la propia OBA determina como causa de extinción de los contratos la *“resolución fundada en incumplimiento por cualquiera de las Partes, de las obligaciones contenidas en este acuerdo, una vez transcurridos dos meses desde que la Parte cumplidora haya exigido a la otra, por escrito, el cumplimiento de las mencionadas obligaciones (...)”*.

Asimismo, debe tenerse en cuenta lo establecido en la resolución de la CMT de fecha 29 de julio de 2009 (RO 2008/1965), que resaltó la vinculación entre el derecho de cobro de los servicios por parte de Telefónica y la posibilidad de autorizar a Telefónica a resolver el contrato por el incumplimiento de DTI2, afirmando que *“a juicio de esta Comisión, y sin perjuicio del resultado de la contienda civil suscitada entre ambos operadores, se ha de dotar al mercado regulado de medidas suficientes que garanticen el cobro de los servicios a cuya prestación se encuentra obligada Telefónica con el fin de crear un entorno que fomente la inversión y la competencia efectiva. Es necesario que, en este caso concreto, prevalezca el derecho de aseguramiento de pago que corresponde a Telefónica”*.

Asimismo, y de acuerdo con doctrina del Tribunal Supremo, existe la voluntad de incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor, «bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes sin precisar una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento». Por lo que, de acuerdo con esta jurisprudencia, el incumplimiento por parte de DTI2 de su obligación de asegurar los servicios de acceso en cumplimiento con los términos contractuales de cada uno de los servicios y de la citada Resolución de 10 de

septiembre de 2008 bastaría para legitimizar la resolución contractual por parte de Telefónica”.

De todo lo anterior resulta que, independientemente de la citada *exceptio non rite adimpleti contractus*, cuya aplicación en el presente caso se analizará posteriormente, Telefónica tendría derecho a que se autorizase la resolución de los contratos si DTI2 no pagase o constituyera una garantía conforme a lo establecido en los contratos en vigor y en las resoluciones de esta Comisión.

En ese sentido, en la medida cautelar adoptada en el marco del presente procedimiento por la CMT, en fecha 30 de julio de 2013, se puso de manifiesto la validez y vigencia de los avales constituidos por DTI2 correspondientes a los contratos de acceso indirecto y del servicio de ubicación, y se exigió a DTI2 a constituir un aval o prepago *“para garantizar los impagos en los contratos relativos al acceso completamente desagregado y compartido”.*

En cumplimiento de lo establecido en dicha medida cautelar, DTI2 ha procedido al prepago de los servicios, siguiendo las reglas de la constitución de garantías según se aplicaron en la resolución de 30 de julio de 2013, aportando copia de los resguardos de ingreso bancarios correspondientes al período comprendido entre septiembre y diciembre de 2013 y sin que Telefónica haya comunicado impagos posteriores.

A juicio de DTI2, Telefónica estaría pretendiendo, en este conflicto, la ejecución indebida de la mencionada sentencia por esta Comisión. Adicionalmente, manifiesta que al haber cumplido con su obligación de instaurar los mecanismos de aseguramiento de pago previstos en los contratos, en las resoluciones de los conflictos referidos y en la medida cautelar dictada por la CMT, no existiría el incumplimiento del contrato respecto a sus obligaciones de pago que se le imputa, y añade que Telefónica habría propiciado una supuesta acumulación de “deuda artificial” al no ejecutar los avales constituidos en virtud de los conflictos 2007/272 y 2008/1965 hasta el mes de julio del año 2013.

Sobre esta última cuestión, el establecimiento de los mecanismos de garantía anteriores por parte de DTI2 en ningún caso puede exonerar a dicho operador de su obligación principal, que es la del pago por los servicios percibidos.

Debe recordarse que la finalidad de estas garantías es la de responder por demoras puntuales en su pago, situación que en nada se asemeja al impago continuado que DTI2 viene manteniendo durante años. Cabe destacar que no consta que DTI2 procediese a actualizar la cuantía de dichos avales durante el periodo en el que Telefónica siguió prestándole sus servicios sin ejecutarlos, aun a sabiendas de que ese presunto “aumento artificial” de la deuda provocado por Telefónica también comportaría que las cantidades avaladas resultasen insuficientes para responder de una eventual demora en el pago de los servicios por su parte.

Y en lo que se refiere a la supuesta pretensión de Telefónica de ejecutar una sentencia civil en vía administrativa, basta recordar que lo que se valora por esta Comisión son las conductas que acarreen un incumplimiento de las obligaciones establecidas en los acuerdos entre ambos operadores en aplicación de la OBA, y en este caso afectan a la obligación de prestación de servicios por Telefónica y al pago de los mismos por DTI2. En consecuencia, no se pretende compeler a DTI2 al pago de una deuda determinada por la jurisdicción civil, sino determinar si se produce la situación de incumplimiento .y, en caso de mantenerse, determinar el efecto de dicho incumplimiento de acuerdo con la regulación de los servicios de acceso al bucle y de acceso indirecto existentes y con los principios generales aplicables.

En definitiva, a pesar de que DTI2 ha cumplido con su obligación de instaurar los mecanismos de aseguramiento de pago referidos, las cantidades avaladas y los prepagos resultantes no garantizan la totalidad de la deuda contraída por DTI2 frente a Telefónica entre noviembre de 2009 y junio de 2013.

- *Sobre el incumplimiento de DTI2 de su obligación de pago.*

Esta Comisión ha constatado que, efectivamente, DTI2 ha impagado las facturas emitidas por Telefónica por la prestación de sus servicios de acceso entre noviembre de 2009 y junio de 2013. Adicionalmente, los prepagos constituidos de conformidad con la medida cautelar de julio de 2013 no garantizan el importe total de la deuda y no llevan aparejada la dispensa de la citada obligación de pago.

En este sentido, DTI2 afirma en reiteradas ocasiones que ofreció a Telefónica el pago de los servicios consumidos mediante compensación de parte de la deuda que, según DTI2, Telefónica habría contraído con ese operador en concepto de penalizaciones.

Pues bien, como puso de manifiesto esta Comisión en la resolución el conflicto RO 2007/272: *“La compensación de deudas es un modo de extinción de obligaciones pecuniarias o de deudas. Existe la compensación legal o automática que aparece regulada en los artículos 1195 a 1202 del Código Civil. Para que esta compensación se pueda efectuar tienen que concurrir los requisitos previstos en el artículo 1196 de dicha norma. En virtud de lo dispuesto en este artículo para que la compensación pueda tener lugar es preciso que las deudas estén vencidas, sean líquidas y exigibles. En el presente caso no cabe la aplicación de esta compensación automática puesto que las discrepancias surgidas en torno a las cantidades pendientes han provocado la iliquidez en dichas cantidades.*

Se podrían omitir estos requisitos legales cuando se trate de una compensación voluntaria entre las partes. DTI2 alega que existe un pacto de compensación entre ambos operadores que le permitiría omitir estos requisitos. De lo alegado por Telefónica no parece deducirse la existencia de tal pacto

sino todo lo contrario ya que, tras el escrito de fecha 2 de noviembre de 2007 (por el que propone la compensación de deudas, incluso, ad futurum), denuncia ante esta Comisión la falta de intención de pago de DTI2 y, en todo caso, no consta a esta Comisión la realización de pago alguno.

Desde otro punto de vista, respecto a la acreditación de la existencia de impagos el hecho de que DTI2 haya ofrecido la compensación de cantidades en fecha noviembre de 2007 a Telefónica implica, necesariamente, la existencia de dos deudas con signo contrario, en consecuencia, la existencia de cantidades no pagadas por servicios de acceso por DTI2.”

En consecuencia, no resulta aceptable para esta Sala que la compensación ofrecida unilateralmente por DTI2 en concepto de penalizaciones comporte el cumplimiento de la obligación esencial de pago por los servicios prestados, dado que de conformidad con el artículo 1.256 del C.c. *“la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”*.

Al pretender DTI2 haber abonado por compensación los servicios efectivamente consumidos desde el año 2004 con unas penalizaciones cuya determinación todavía se encuentra pendiente y de cuantía por el momento incierta, ha generado una situación de desconfianza contractual no deseable para las partes.

A este respecto, cabe traer a colación la resolución de distintos conflictos de interconexión, en los que se ha rechazado rotundamente la obligación de soportar estos impagos continuados.

En particular, la resolución de 24 de marzo de 2011²³ expresó dicha posición en los siguientes términos: *“La prestación de los servicios de interconexión genera unos costes para el operador de la red que los presta y que dichos servicios han de ser remunerados conforme a los precios pactados. El impago de tales servicios, además de constituir un incumplimiento contractual, implica que el operador que los recibe no asume el coste de los mismos, mientras que el operador que los presta está obligado a soportar los costes incurridos por un competidor, aspecto al que no está sujeto por la legislación y que conculca la esencia de un mercado que actúa en competencia. Este mercado se caracteriza por la necesidad de que sus actores actúen en pie de igualdad, lo que, entre otras consecuencias, supone que cada uno debe asumir individualmente los riesgos empresariales por los que opta.*

Esta Comisión no puede amparar un incumplimiento de los acuerdos suscritos y, en este caso concreto, el impago reiterado de los servicios consumidos por un operador, en la medida en que mantener esta situación, además de crear

²³ Resolución de 24 de marzo de 2011, por la que se procede a resolver el conflicto de interconexión presentado por Telefónica de España, S.A.U. frente a Integración de Recursos Informáticos y Servicios, S.L. (RO 2010/788).

una injustificable inseguridad jurídica para Telefónica, supondría obligar a la misma a financiar o subvencionar los servicios prestados por sus competidores.

Por otro lado, junto al perjuicio señalado que se genera al acreedor, se produce una situación de discriminación frente a los demás operadores que ante la prestación de servicios cumplen con la debida contraprestación.”

- *Sobre la “exceptio non rite adimpleti contractus”.*

Por otro lado y en todo caso, resulta decisivo determinar si alguno de los presuntos nuevos incumplimientos de Telefónica advertidos por DTI2 supone un incumplimiento de magnitud suficiente para apreciar la citada excepción de contrato no cumplido.

La excepción reconocida en el conflicto RO 2007/272 en ningún caso amparaba el impago a futuro de los servicios, y puesto que ya se ha indicado anteriormente que DTI2 ha seguido sin pagar servicios posteriormente prestados, únicamente la apreciación de nuevos incumplimientos contractuales de las obligaciones esenciales de carácter “real y efectivo” que frustrasen la finalidad del contrato por parte de Telefónica, justificarían volver a invocar la “*exceptio non rite adimpleti contractus*” y denegar, en consecuencia, la solicitud de resolución de los contratos.

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

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

En primer lugar, sobre el incumplimiento de sus obligaciones de no discriminación en los plazos de provisión de prolongación del par, resulta ineludible señalar que si bien estos hechos fueron considerados muy graves por esta Comisión en su resolución de fecha 6 de noviembre de 2008 (RO

2007/17), tal situación no permitiría el incumplimiento de las obligaciones de pago en el marco de un contrato.

La resolución de 6 de noviembre de 2008 fue anulada posteriormente por STS de 2 de julio de 2014 (recurso de casación número 3020/2011). En sus alegaciones al informe de audiencia, DTI2 recuerda que la mencionada sentencia anuló la decisión de la CMT respecto a todo el sector en general, pero a su juicio, no negaba la posibilidad de que Telefónica se hubiese comportado de forma discriminatoria en casos concretos como el de DTI2.

En apoyo de lo anterior, DTI2 cita el proyecto de medida de los mercados 3a, 3b y 4 (antiguos mercados 4 y 5) que se ha sometido recientemente a trámite de *información pública*²⁴, y que mantiene la obligación de no discriminación sobre Telefónica.

No obstante, debe señalarse que, sin perjuicio de lo manifestado tanto en la STS como en el citado proyecto sometido a consulta pública, lo que se valora en el presente conflicto es el posible incumplimiento de las obligaciones de naturaleza regulatoria efectivamente establecidas en los contratos que vinculan a ambas partes, dado que son los incumplimientos reales y efectivos de la relación de acceso los que pueden ser opuestos ante la petición de resolución de la obligación de acceso.

Así, esta Comisión considera que, independientemente de la situación de discriminación alegada por DTI2 en el procedimiento de referencia, los plazos de provisión que allí se evaluaron se encontrarían dentro de los establecidos en la OBA, por lo que no se habría producido un incumplimiento de los plazos de provisión estipulados en el contrato que frustrase o impidiese gravemente el cumplimiento de su finalidad y que amparase el impago de las facturas por DTI2.

En segundo lugar, en lo que respecta a la denuncia por el resto de incumplimientos por retrasos en la provisión de los servicios, efectivamente en el conflicto habido entre ambos operadores recientemente (DT 2013/108), la resolución de la CNMC dispuso que el rechazo de las solicitudes por parte de Telefónica no era conforme a lo establecido en la OBA y que ese operador debía atender las solicitudes efectuadas por DTI2²⁵.

En relación con esta cuestión, la CMT ha señalado en distintos conflictos que Telefónica ha entregado servicios a DTI2 fuera de plazo, siendo incluso sancionada por sus incumplimientos de forma continuada y generalizada de los

²⁴ Consulta pública relativa a la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (expediente ANME/DTSA/2154/14/mercados 3a 3b 4).

²⁵ Este acuerdo no se ha perfeccionado. Telefónica ha presentado una oferta económica para la prestación de los servicios solicitados por DTI2 con fecha 30 de enero de 2014, no habiendo sido aceptada por DTI2, y objeto de un nuevo conflicto entre ambos operadores (MTZ 2014/2283).

procedimientos y condiciones materiales de provisión de los servicios incluidos en la OBA²⁶.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que DTI2 denunció ante esta Comisión tanto la conducta de Telefónica puesta de manifiesto en el último conflicto citado (DT 2013/108) como determinadas manifestaciones de Telefónica formuladas, esencialmente, en el marco del Procedimiento Ordinario 1995/2009 sustanciado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Córdoba relativas a distintos incumplimientos de las resoluciones de la CMT y de la CNMC que definen el marco regulatorio del acceso al bucle de abonado.

Dichas manifestaciones han sido analizadas en el expediente de información previa (RO 2013/1712), en cuyo Acuerdo de 2 de octubre de 2014, anteriormente citado, esta Sala concluyó que ninguna de las conductas denunciadas constituía una presunta infracción, para poder iniciar en aquel momento –octubre de 2014- un procedimiento sancionador, procediéndose al archivo del expediente.

En concreto, sobre los incumplimientos de Telefónica referentes a determinados defectos de facturación, así como a la incorrecta o defectuosa provisión de los servicios y la no aplicación de penalizaciones, dicho Acuerdo indicó que *“teniendo en cuenta que los hechos denunciados suceden durante los años 2004-2008, las eventuales infracciones que no hubieran sido sancionadas habrían prescrito, de conformidad con el artículo 83 de la actual LGTel de 2014, que establece en 3 años el periodo de prescripción para las infracciones muy graves –como el incumplimiento de las resoluciones de la CMT o de la CNMC-.*

En vista de lo anterior, no procede la apertura de un procedimiento sancionador por las conductas relacionadas por DTI2 en estos escritos y consecuentemente, se procede al archivo del presente período de información previa en lo que respecta a los hechos acontecidos en los años 2004-2008.”

Así, conforme a dicho Acuerdo, los mencionados incumplimientos se circunscriben al período comprendido entre los años 2004-2008, es decir, por una parte coinciden prácticamente en su totalidad con los apreciados en el conflicto RO 2007/272 y por otra, no se probó en aquel pronunciamiento que Telefónica persistiese en los mismos más allá de dicho período.

No obstante, el citado Acuerdo de 2 de octubre de 2014 también indicó que la interpretación realizada por Telefónica de la OBA en sede judicial se alejaba de lo previsto en dicha oferta especialmente para los procedimientos de gestión de incidencias y penalizaciones.

Para DTI2, esta circunstancia –la interpretación inadecuada de la OBA presentada en los juzgados por Telefónica- ha sido decisiva para que la

²⁶ Véanse los expedientes DT 2004/1009 y RO 2004/1811.

jurisdicción civil considerase improcedentes las cantidades por penalizaciones que solicitó y, por tanto, tampoco haya admitido su compensación en pago de los servicios prestados por Telefónica y consumidos por DTI2.

En todo caso, el Acuerdo por el que se archivó el mencionado expediente de información previa aclaró que tanto el procedimiento general de gestión de incidencias aplicado como la tipología de penalizaciones que reclamaba DTI2 – esencialmente, penalizaciones por el retraso de Telefónica en la resolución de las incidencias de provisión interpuestas por DTI2- tienen cabida y se corresponden con los establecidos en la OBA, pero esta Comisión no se pronunció ni sobre la validez de las incidencias concretas interpuestas ni sobre el cálculo de las penalizaciones, dado que estas cuestiones están siendo revisadas en la jurisdicción civil.

Dicho lo anterior, la mencionada conducta de Telefónica en los Juzgados no prueba un incumplimiento claro de ninguna obligación esencial del contrato, ni frustra la finalidad del mismo y, desde luego, en ningún caso puede amparar el incumplimiento de la obligación de pago durante 6 años desde el anterior conflicto resuelto en fecha 10 de septiembre de 2008.

No obstante, en sus alegaciones presentadas tras el informe de audiencia, DTI2 matiza que Telefónica ha seguido prestando sus servicios hasta la actualidad cometiendo los mismos incumplimientos que ya habían sido señalados en el conflicto RO 2007/272 respecto a la facturación de sus servicios y a la denegación de penalizaciones en favor de DTI2. Además, manifiesta que Telefónica también incurre en otros incumplimientos que no se evaluaron en aquel conflicto, haciendo especial hincapié sobre los relativos a la superación de plazos previstos en la gestión de averías y las penalizaciones aparejadas.

Desarrollando dichas alegaciones, DTI2 aporta un enorme volumen de documentación²⁷ mediante la que se analiza tanto la facturación emitida por Telefónica y reclamada en el mencionado procedimiento ordinario ante la jurisdicción civil –comprendiendo facturas hasta el año 2009- como varias facturas de Telefónica emitidas durante el año 2014, señalando varios errores de dicho operador en la aplicación de los criterios de la OBA para la determinación de los precios así como múltiples discrepancias respecto a los conceptos facturados por Telefónica y el desglose de los mismos. Igualmente, la mencionada documentación incluye también una relación de incidencias por averías, los plazos transcurridos en su resolución y la denegación por Telefónica tanto de la aplicación automática de penalizaciones en favor de DTI2 como del pago de las calculadas y presentadas por ese operador a Telefónica.

²⁷ Principalmente documentada a través del Informe Pericial presentado por DTI2 ante el Juzgado nº 8 de Córdoba en el P.O. 1995/2009 y adjunto a sus alegaciones de fechas 14 y 15 de abril de 2014, así como en los tres Anexos que acompañan las alegaciones de DTI2 presentadas en fecha 31 de diciembre de 2014.

Tras su análisis, esta Sala ha podido constatar, efectivamente, la existencia de determinados errores de Telefónica en la aplicación de coeficientes (como el de “superficie útil” de la Sala de Operador para calcular el coeficiente de habilitación –Kh- respecto al Servicio de Ubicación) que comportan diferencias en la facturación mensual cercanas al centenar de euros en algunas centrales, así como un elevado número de diferencias que afectan a múltiples conceptos facturables -como la longitud de los cables utilizados en la prestación de un servicio- con resultados que comportan variaciones de muy escasa cuantía en la facturación mensual (en ocasiones, céntimos de euros).

DTI2 también pone de relieve la falta de desglose y cómputo de determinados conceptos facturables –incluyendo cuotas de alta por algunos servicios- que, en ocasiones, comporta que Telefónica facture a DTI2 por una cantidad inferior a la que procedería aplicando correctamente la OBA a la prestación de determinados servicios.

Sobre las anteriores cuestiones, en primer lugar, resulta necesario traer a colación lo manifestado por la resolución del conflicto RO 2007/272 de continua referencia, en el que señaló que *“DTI2 no podrá ampararse en supuestos defectos formales de las facturas para considerarlas nulas y, por tanto, impagar. Las formalidades que se incluyen en la OBA existen para facilitar el trato entre los operadores y no para servir de justificación para un incumplimiento sistemático de las obligaciones esenciales que contienen los acuerdos de acceso”*.

Si bien DTI2 puede tener motivos fundados para apreciar ciertas discrepancias en la facturación emitida Telefónica o en el cobro de determinadas penalizaciones, no puede ampararse en dicho desacuerdo para negar absoluta y taxativamente el derecho de Telefónica al cobro de ninguno de sus servicios.

Por ello, tras el análisis de las alegaciones presentadas por DTI2 al informe de audiencia, lo único novedoso es que se ha acreditado efectivamente la existencia de algunos defectos formales de Telefónica en la facturación de los servicios así como la resolución tardía de algunas incidencias por averías, por las cuales no se han reconocido penalizaciones. No obstante, de la valoración conjunta de los incumplimientos de Telefónica no se deduce la concurrencia de conductas de ese operador cuya magnitud y relevancia moderen la gravedad del incumplimiento continuado por DTI2 de la obligación esencial de pago.

Por todo lo anterior no es posible aplicar la *“exceptio non rite adimpleti contractus”*.

- *Sobre las posibles consecuencias del cese en la prestación de los servicios de acceso y consecuente resolución de los acuerdos relativos a servicios de acceso / solicitados por Telefónica.*

DTI2 señala en sus alegaciones que, de procederse a la resolución de los contratos entre ambos operadores, la consecuencia que acarrearía sería la expulsión de DTI2 del mercado, con el consecuente perjuicio tanto para las redes de sus clientes empresariales como para la competencia en el mercado y el cumplimiento de la regulación por parte de Telefónica, dado que DTI2 recuerda que ha sido uno de los operadores más activos velando por el cumplimiento de las obligaciones regulatorias de Telefónica y denunciando las conductas incumplidoras de Telefónica.

No obstante, ninguno de los anteriores motivos puede justificar que DTI2 incumpla sus obligaciones de pago de las contraprestaciones fijadas en los acuerdos por los servicios prestados por Telefónica, de forma continuada durante 6 años desde la resolución de 10 de septiembre de 2008, que puso fin al conflicto entre ambos operadores (RO 2007/272), en la que se recordaba a DTI2 que estaba incumpliendo su obligación de pago.

Debe tenerse en cuenta que, de los **[CONFIDENCIAL]** pendientes de pago por DTI2 según Telefónica, 456.780,24 corresponden a la deuda discutida en la jurisdicción ordinaria, mientras que **[CONFIDENCIAL]** corresponden a la facturación emitida entre el 19 de noviembre de 2009 y el 10 de mayo de 2013.

En consecuencia, es esta última cantidad la que tiene un valor relevante para determinar el cumplimiento o no de la obligación de pago por parte de DTI2 respecto a los servicios prestados por Telefónica con posterioridad a la resolución del conflicto con referencia RO 2007/272.

Por ello, esta Sala entiende que Telefónica deberá ser autorizada a cesar en sus obligaciones de acceso con respecto a DTI2 si ésta no paga la segunda cantidad en un plazo de dos meses desde la notificación de la presente resolución.

Sin perjuicio de lo anterior, con carácter general, dado el número de líneas de banda de ancha de las que dispone DTI2 **[CONFIDENCIAL]**, no se aprecia, en el posible cese de la prestación de los servicios de acceso a DTI2 que derivaría de la resolución contractual solicitada por Telefónica, un impacto relevante en la competencia ni el menoscabo de los principios del artículo 3 de LGTel que justificasen a esta Comisión el imponer la permanencia de los contratos en defensa del interés general de los usuarios, de la interoperabilidad de los servicios o las obligaciones de servicio público.

Por último, respecto a los hipotéticos perjuicios que pudieran irrogarse de una posible autorización por esta Comisión de la resolución contractual solicitada por Telefónica, debe recordarse que DTI2 tiene la posibilidad de recurrir en vía contencioso-administrativa la misma (artículo 36.2 de la LCNMC) y de solicitar a la Audiencia Nacional la suspensión de la ejecutividad sobre la base del artículo 111.4 de la LRJPAC y de los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-

administrativa, en caso de que considerase que la ejecución le pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación y hacer perder su finalidad legítima al recurso contencioso-administrativo interpuesto, en su caso.

En última instancia, en el supuesto de que una posible resolución de los contratos comportase la imposibilidad de seguir prestando determinados servicios por parte de DTI2, ese operador deberá comunicar a sus usuarios finales la finalización del servicio con un mes de antelación, de conformidad con el artículo 9.3 del Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en uso de las competencias que tiene atribuidas,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que, en el conflicto de acceso planteado entre Telefónica de España, S.A., y Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, S.C.A., ha quedado acreditado el incumplimiento grave por Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, S.C.A. de sus obligaciones de pago por los servicios prestados al amparo de los acuerdos de acceso al bucle firmados en 2004.

SEGUNDO.- Autorizar a Telefónica de España, S.A. cesar en la prestación de los servicios de acceso al bucle de abonado en favor de Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, S.C.A. en caso de que ésta no proceda al pago de la cantidad reclamada por la facturación emitida entre el 19 de noviembre de 2009 y el 10 de mayo de 2013, cuya suma asciende a **[CONFIDENCIAL]**, en el plazo de 2 meses desde la notificación de la presente resolución a Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, S.C.A.

En cualquier caso, Telefónica de España, S.A. deberá notificar a esta Comisión que va a proceder a la desconexión junto con las razones que la justifiquen y la acreditación documental correspondiente, con carácter previo a proceder a dicha desconexión.

TERCERO.- En el supuesto de que la cesación de la obligación, por parte de Telefónica, de prestar los servicios a los que se refiere la presente resolución comporte la imposibilidad de seguir prestando determinados servicios por parte de Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, S.C.A., ese operador deberá comunicar a sus usuarios finales la finalización del servicio con un mes de antelación, de conformidad con el artículo 9.3 del Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.