COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 27 de junio de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

por el cual, en el marco de la tramitación del expediente **RO 2002/6073**, se aprueba la siguiente:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ADOPTAN MEDIDAS EN RELACIÓN CON EL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN INTERPUESTO POR LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A. CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ACUERDO GENERAL DE INTERCONEXIÓN EN VIGOR ENTRE AMBAS OPERADORAS

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de febrero de 2002, tuvo entrada en el Registro General de esta Comisión escrito de D. Christian Hacker, en nombre y representación de la entidad LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A. (en adelante LINCE), mediante el cual solicita la intervención de esta Comisión para la resolución de un conflicto surgido entre la citada entidad y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U (en adelante TESAU) sobre la interpretación y ejecución del Acuerdo General de Interconexión suscrito entre las citadas entidades en fecha 27 de octubre de 1998 (en adelante AGI).

LINCE plantea el conflicto surgido en los términos que de forma resumida se relatan a continuación:

Con fecha 15 de diciembre de 1999, ambas partes, firmaron un Addendum al anteriormente citado AGI cuya finalidad es la de regular las condiciones de incorporación de nuevos servicios de interconexión, en particular de los servicios de inteligencia de red prestados por LINCE bajo el rango de

numeración 906.

En dicho Addendum se regulan, entre otros aspectos, el régimen económico de la interconexión de acceso desde la red de TESAU a servicios de inteligencia de red prestados a través de la numeración 906 de LINCE, de acuerdo con lo que al efecto disponía la Oferta de Interconexión de Referencia de TESAU (en adelante OIR) vigente en aquel momento (15.12.1999). El citado Addendum dispone, en su punto 2.3 que, en el marco de la actividad de gestión de cobro realizada por TESAU en nombre y representación de LINCE, para el supuesto de que se produjeran impagos a TESAU como consecuencia del acceso a los servicios 906 prestados por LINCE, ésta asumiría los daños económicos que pudieran producirse, aceptando la repercusión económica que esto pudiera suponer en los pagos por interconexión.

Desde el mes de noviembre de 2001, TESAU viene manifestando a los servicios de facturación de LINCE la existencia de supuestos impagos en llamadas originadas en la red de TESAU con destino a numeración 906 de LINCE, cuyas consecuencias económicas tendría intención de trasladar a LINCE detrayéndolas de las cantidades a satisfacer por TESAU a LINCE por las llamadas a servicios de red inteligencia de esta última.

Desde el día 22 de noviembre de 2001, LINCE ha venido solicitando a TESAU toda la información relativa a la justificación de las actuaciones de facturación y gestión de cobro llevadas a cabo por TESAU en relación con esos importes cuyo impago ésta alega. Como única respuesta a dichas solicitudes, TESAU se ha limitado a aportar un fichero en el que se hace referencia al número de factura y mes de emisión de la misma, la central de origen, el número llamante, el 906 llamado y el total supuestamente impagado.

LINCE manifiesta que sin justificar de forma suficiente la veracidad de los impagos alegados y las acciones encaminadas al cobro de las facturas citadas, TESAU ha manifestado, mediante carta de 23 de enero de 2002, su intención de proceder unilateralmente y con carácter retroactivo a la aplicación de lo dispuesto en el mencionado punto 2.3 del Addendum, en el sentido de trasladar a LINCE la repercusión económica derivada de supuestos impagados, según LINCE “injustificados e incuantificados”, que se habrían producido a TESAU en llamadas a servicios 906 prestados por LINCE.

LINCE ha comunicado a TESAU, mediante carta de 31 de enero de 2002, la improcedencia de que se le trasladen impagos no suficientemente justificados y documentados por TESAU.

Tras fundamentar jurídicamente los motivos de su solicitud de intervención, LINCE finaliza solicitando a esta Comisión que adopte las siguientes medidas:

- La necesidad de que TESAU acredite suficientemente cualquier impago que

se produzca en llamadas a servicios de red inteligente de otro operador con anterioridad a su traslado a ese último.

- La forma de acreditar suficientemente la existencia de impagos por parte del operador de acceso. LINCE solicita a esta Comisión la adopción de la forma de acreditación que ella misma propone en su escrito, esto es:

  - Facturas giradas por TESAU al abonado correspondientes a los mensajes de impago en las que aparezcan reflejadas las cantidades impagadas correspondientes a las llamadas a numeración 906 asignada a LINCE.
  - Documentos que acrediten la devolución, en su caso, de las mencionadas facturas/domiciliaciones.
  - Envío de duplicados de las facturas impagadas al abonado apremiando al pago de las mismas, si las hubiera.
  - Preaviso por parte de TESAU al abonado de suspensión del servicio en caso de persistir el impago.
  - Reclamaciones efectuadas por parte de TESAU persiguiendo el cobro de las cantidades adeudadas.

- La improcedencia de efectuar pago alguno a TESAU en concepto de pago por el servicio de facturación y cobro en el modelo de interconexión de acceso, aún en el supuesto de impagos suficientemente acreditados.

LINCE finaliza su escrito solicitando la adopción de medidas cautelares tendentes a impedir que TESAU proceda a detraer cualquier cantidad en concepto de impagos en llamadas a servicios de red inteligente de LINCE de las cantidades que deban pagarse por TESAU a LINCE por este u otros conceptos mientras no conste suficientemente acreditado su impago efectivo.

SEGUNDO.- En cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), mediante escrito de fecha 14 de febrero de 2002 se comunicó a los interesados que había quedado iniciado expediente administrativo para la resolución de la solicitud de intervención de esta Comisión planteada por LINCE.

TERCERO.- Mediante requerimientos de información de 25 de febrero de 2002 se solicitó a LINCE y TESAU, la información adicional que se estimó necesaria para la mejor instrucción del procedimiento.

Los citados requerimientos de información fueron cumplimentados por LINCE y TESAU mediante sus escritos de 11 y 12 de marzo de 2002 respectivamente.

CUARTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la LRJPAC se informó a las entidades interesadas en el presente procedimiento que la

instrucción del mismo había finalizado concediéndoles a ambas un plazo común de diez días (posteriormente ampliado para LINCE en cinco días adicionales) para formular las alegaciones que estimarán pertinentes y acompañar los documentos que consideraran oportunos.

Con fecha 13 de junio de 2002, tuvieron entrada en el Registro General de esta Comisión sendos escrito de alegaciones presentados por la representación legal de las dos entidades interesadas en el presente procedimiento. El contenido de las alegaciones y la contestación a las mismas se encuentra en los fundamentos de derecho de la presente Resolución.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes:

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

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

En concreto, la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre (en adelante Ley 12/97), en su artículo 1.Dos.1, establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene por objeto salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector. Idéntica previsión se establece en el artículo 4 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones).

Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de esta Comisión para actuar en esta materia, recogida en el artículo 1.Dos.2, letra e), de la citada Ley 12/97, y en los artículos 19.2 y 22 del mencionado Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que establecen que es función de la Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de interconexión de redes si hubiese un desacuerdo sobre la forma y condiciones de hacer efectiva la misma.

Asimismo, tanto el artículo 25 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de

Telecomunicaciones (en adelante LGTel), como en el artículo 2.6 del Reglamento de Interconexión, acceso a las redes públicas y a la numeración, aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio (en adelante, Reglamento de Interconexión), establecen que la Comisión habrá de resolver los conflictos relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión.

SEGUNDO.- Delimitación del objeto de la presente Resolución.

Del relato de los hechos y de la información que se ha podido obtener en la instrucción del procedimiento se llega a la conclusión que el objeto de la presente Resolución ha de ser dar respuesta, tras la interpretación del AGI en vigor entre TESAU y LINCE y del Addendum al mismo de 15 de diciembre de 1999, a las siguientes cuestiones:

a) Si es necesario que TESAU justifique previa y suficientemente los impagos que se produzcan en llamadas a servicios 906 prestados por LINCE como condición para que pueda trasladarle las consecuencias del crédito del cliente llamante.
b) En el caso que se llegue a la conclusión de la necesidad de que queden acreditados los impagos, forma en la que debe producirse tal acreditación.
c) Hasta qué momento llega la obligación de TESAU de gestionar el cobro en nombre de LINCE

TERCERO.- Naturaleza jurídica de los Acuerdos Generales de Interconexión.

Las cuestiones cuya resolución nos ocupa, han de ser contempladas, además de desde otras perspectivas, a la luz del AGI en vigor entre LINCE y TESAU que, como ya ha tenido ocasión de manifestar esta Comisión en relación con el análisis de otros AGIs similares, se puede afirmar, goza de una doble naturaleza pública y privada en el sentido que más adelante se explica, en cuanto que no hace sino regular las relaciones entre dos operadores que disfrutan y soportan, a un tiempo, un derecho y una obligación de interconexión.

En este sentido, el artículo 22.1 de la LGTel y el artículo 2.1 del Reglamento de Interconexión establecen que los titulares de redes públicas de telecomunicaciones quedan obligados a facilitar la interconexión de éstas con las de todos los operadores del mismo tipo de redes y servicios telefónicos disponibles al público que lo soliciten. En resumen, la Ley configura la interconexión como un deber y al mismo tiempo un derecho: los operadores están obligados a facilitar la interconexión si otros operadores se lo solicitan y, al mismo tiempo, tienen derecho a solicitar y obtener la interconexión de los demás.

Una vez establecido este principio, el artículo 22.2 de la LGTel establece que

«los acuerdos de interconexión se celebrarán libremente entre las partes», y que el Gobierno podrá establecer reglamentariamente, con carácter previo a la interconexión, las condiciones mínimas que sean aplicables a dichos acuerdos, condiciones que habrán de incluirse en los mismos. En el número 7 del mismo artículo 22 se abunda en esta idea al establecer que el Gobierno, reglamentariamente, fijará las condiciones mínimas relativas a la interconexión.

Los únicos límites legales a la libertad de pactos recogida en el Derecho común son, de una parte, las ya citadas cuestiones mínimas a incluir obligatoriamente en el contenido del AGI, establecidas reglamentariamente en el artículo 8 del Reglamento de Interconexión y, en general, en el Título II del mismo Reglamento; y de otra parte, la posibilidad de que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones intervenga en dicha relación contractual en la forma en que le reconoce la legislación vigente.

Excepcionalmente, la Comisión queda habilitada para dictar instrucciones a las partes que hayan celebrado un acuerdo de interconexión, instándolas a su modificación, cuando su contenido pudiera amparar prácticas contrarias a la competencia o resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios (artículo 22.2 de la LGTel y artículo 2.6, párrafo 3º, del Reglamento de Interconexión).

Asimismo, cuando los operadores no hayan interconectado sus redes, habiéndose agotado las posibilidades de acuerdo al respecto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá exigir que se haga efectiva la interconexión y, en su caso, establecer las condiciones para la misma. La intervención, de oficio o a instancia de los usuarios, será la mínima necesaria para proteger los intereses públicos (artículo 22.3 de la LGTel, y artículo 2.2 del Reglamento de Interconexión).

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones queda habilitada para modificar motivadamente la Oferta de Interconexión de Referencia del operador dominante (OIR) que éste está obligado a ofrecer a los demás operadores (artículo 28 de la LGTel, y artículos 9.2, 11 y 12 del Reglamento de Interconexión).

Finalmente, la Comisión está habilitada para conocer de los conflictos relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión según determina el artículo 25 de la LGTel y 2.6 del Reglamento de Interconexión cuando así haya sido requerida por alguna de las partes contratantes.

Es decir, que se configura la interconexión como un asunto contractual a acordar libre y privadamente entre las dos partes, y al Acuerdo General de Interconexión (AGI) como un contrato privado entre las mismas pero que reúne todos los elementos de los denominados “contratos normados” y de los “contratos forzosos”, en cuanto que, de un lado, se ve dotado legislativa y

reglamentariamente de un contenido imperativo, de otro, puede imponerse la contratación a una de las partes y, de otro, está sujeto a la revisión e interpretación de un órgano administrativo como lo es esta Comisión.

Por lo tanto, la interpretación (aun cuando dicha interpretación corresponda a esta Comisión) de cualquier cláusula o estipulación incluida en el contrato que no se refiera a cuestiones reguladas por la normativa sectorial de telecomunicaciones o que haya sido incluida por esta Comisión para proteger los intereses públicos o la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones o la interoperabilidad de los servicios, debe ser realizada de conformidad con las normas de derecho común.

El AGI que nos ocupa es, en esencia, un contrato privado, en concreto, un contrato de arrendamiento de servicios, que se configura en el artículo 1544 del Código Civil (en adelante Cc), como aquél en el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto.

Dicho AGI cumple con todos los requisitos fijados por el Derecho Común en relación con los contratos en los artículos 1254 y siguientes. En este sentido, establece el artículo 1261 Cc que no hay contrato sino cuando concurre el consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que por el contrato se establezca.

Una vez establecido el carácter contractual del AGI y la excepcionalidad y la vigencia del principio de intervención mínima por parte de los Poderes Públicos, y en concreto de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la ejecución del contenido de las diferentes cláusulas integrantes del mismo se regirán, como regla general, por las reglas generales de los contratos privados.

Cumplidos los requisitos a que hace referencia el artículo 1278 Cc ya mencionado, hemos de remitirnos a lo dispuesto en el artículo 1091 Cc, en cuya virtud, «*las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*». Por tanto, el AGI de 27 de octubre de 1998 y los Addenda al mismo suscritos entre TESAU y LINCE tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y son de obligado cumplimiento por las partes suscribientes en todos sus términos desde las fechas de su firma.

CUARTO.- Cuestiones previas.

Antes de entrar a abordar la respuesta a las cuestiones identificadas en el fundamento segundo como objeto de la presente Resolución, es necesario, en primer lugar, delimitar cual es el servicio de interconexión que está afectado por el problema planteado por LINCE en el presente conflicto de interconexión y, en segundo lugar, quiénes son los sujetos que se encuentran afectados y

cuáles son las relaciones jurídicas que se producen entre unos y otros.

En cuanto al servicio, estamos ante un servicio de facturación y cobro por el cual TESAU factura y cobra, en nombre de LINCE, el servicio telefónico de inteligencia de red prestado por la segunda a usuarios de acceso del servicio telefónico fijo disponible al público de TSAU cuando estos acceden a los citados servicios de inteligencia de red prestados por LINCE.

En cuanto a los sujetos afectados hay que significar que, aun cuando el fondo del procedimiento es analizar las relaciones jurídicas que se derivan entre LINCE y TESAU como consecuencia de la firma del AGI (y sus addenda), no podemos omitir que en el caso que se plantea hay otras dos categorías de sujetos implicados: los usuarios de acceso al servicio de inteligencia de red (906) y los proveedores del servicio (clientes del servicio de inteligencia de red como los denomina el punto 2.1 del Addendum de 15 de diciembre de 1999).

Por lo tanto, independientemente de la forma en la que LINCE y TESAU decidan como van regular sus relaciones en interconexión para la prestación del servicio identificado más arriba, hay que tener en cuenta que, desde la perspectiva lógica de los usuarios la relación jurídica de los clientes de acceso se produce únicamente entre éstos y TESAU pero el servicio de inteligencia de red se lo presta realmente LINCE y, la relación jurídica entre los proveedores del servicio de inteligencia de red se produce únicamente entre éstos y LINCE. Como veremos más adelante, esta cuestión tiene consecuencias directas sobre las relaciones entre LINCE y TESAU.

4.1 Relaciones jurídicas entre LINCE y TESAU.

Como manifestamos en el fundamento de derecho tercero de la presente Resolución, la interconexión se configura, con matices, como una cuestión de carácter eminentemente contractual cuyos términos se deben acordar libre y privadamente entre los dos operadores interesados, y al Acuerdo General de Interconexión (AGI) como un contrato privado entre los mismos pero que reúne todos los elementos de los denominados “contratos normados” y de los “contratos forzosos”, en cuanto que, de un lado, se ve dotado legislativa y reglamentariamente de un contenido imperativo, de otro, puede imponerse la contratación forzosa de las partes y, de otro, está sujeto a la revisión e interpretación de un órgano administrativo como lo es esta Comisión. Por lo tanto, en cuanto a las cuestiones que nos ocupan, es necesario en primer lugar examinar si la normativa sectorial reguladora de las relaciones de interconexión entre los operadores o las decisiones adoptadas en esta materia por la Comisión del mercado de las telecomunicaciones prevén algo al respecto.

Por lo que se refiere a la normativa sectorial reguladora de la interconexión, no existe ninguna norma jurídica que regule los aspectos de los acuerdos de interconexión cuya interpretación se requiere de esta Comisión para la

resolución del presente procedimiento.

Por lo que se refiere a la Oferta de Interconexión de referencia de TESAU (en adelante OIR) hay que manifestar que ni el texto de la OIR vigente en el año 2000 ni el resultante de la modificación aprobada por Resolución de esta Comisión de 9 de agosto de 2001 preveían nada al respecto. La primera referencia a las cuestiones planteadas en el presente procedimiento se encuentran en el texto de la OIR resultante de la modificación aprobada por esta Comisión en su Resolución de 17 de enero de 2002 referente al esquema de interconexión para servicios de red inteligente a cuyas previsiones nos referiremos más adelante.

Por lo tanto, la respuesta a las cuestiones planteadas ha de encontrarse necesariamente del estudio de AGI (junto con los addenda que lo complementan) en vigor entre las dos operadores interesadas y la OIR vigente tras la modificación operada por la citada Resolución de esta Comisión de 17 de enero del año en curso y las normas de derecho privado aplicables a este tipo de contratos.

4.2 Relaciones jurídicas entre los usuarios de acceso de TESAU que acceden al servicio de inteligencia de red 906 y los operadores involucrados.

Atendiendo a la naturaleza del servicio prestado, los usuarios del servicio de inteligencia de red 906 reciben un único servicio de un único operador. Esto es, reciben por parte de LINCE un servicio de red inteligente de acceso indirecto en su modalidad de tarificación adicional a través de números de inteligencia de red pertenecientes al rango 906.

Lo anterior es así aunque la percepción de usuario sea que el servicio se lo presta, en su totalidad la propia TESAU que es el operador de acceso con el que ellos tienen contratado el acceso al servicio telefónico fijo disponible al público. Si bien es cierto que atendiendo a la normativa reguladora de los derechos de los consumidores y usuarios, estos usuarios podrían reclamar directamente a TESAU por cualquier cuestión referente al servicio globalmente considerado, en cuanto al derecho de LINCE a reclamar directamente de los clientes morosos, no habría, en aplicación de las normas de derecho común, impedimento en que se le reconociera tal derecho siempre que pueda demostrar, por una parte, el impago y, por otra, su derecho a cobrar por ser ella quien presta el servicio. Sin perjuicio de que estas cuestiones exceden del objeto del presente procedimiento, es necesario dejar constancia de lo anterior para delimitar el alcance de las obligaciones de TESAU en la prestación del servicio de interconexión de facturación y cobro al que nos venimos refiriendo.

En cuanto a las relaciones de TESAU con los clientes del servicio de acceso al servicio telefónico como cauce para la prestación del servicio de red inteligente

de Lince no es necesario su análisis por no ser una cuestión controvertida en el presente procedimiento.

4.3 Relaciones jurídicas entre LINCE y los proveedores de contenidos que contratan con aquel el servicio de inteligencia de red.

Las relaciones jurídicas entre LINCE y los proveedores de contenido que contratan con aquél el servicio de inteligencia de red, son cuestiones que escapan al AGI objeto de interpretación en la presente Resolución y no pueden tener efecto alguno ni deben ser consideradas en la solución que se adopte, por cuanto que es LINCE la que deberá tener previsto, si quiere, en su contrato con estos clientes, la forma en la que deberán reembolsarle, en su caso, las cantidades que hayan resultado impagadas por los usuarios llamantes y que formen parte de la remuneración de tales proveedores del servicio en contraprestación por los mismos.

QUINTO.- Sobre la necesidad de que TESAU justifique previa y suficientemente los impagos que se produzcan en llamadas a servicios 906 prestados por LINCE como condición para que pueda trasladarle las consecuencias del crédito del cliente llamante

LINCE manifiesta que es necesario que medie justificación suficiente por parte de TESAU de los impagos que se produzcan en llamadas dirigidas por sus clientes de acceso (los de TESAU) a números de inteligencia de red del rango 906 de LINCE para -debe entenderse como condición previa- que TESAU pueda trasladar las consecuencias económicas de dichos impagos a la propia LINCE, en aplicación de lo establecido en el punto 2.3 de la cláusula segunda del Addendum de continua referencia (en adelante el Addendum).

En primer lugar y en aplicación del artículo 1091 del Código Civil anteriormente citado, hemos de analizar cuales son los derechos y obligaciones que se derivan para ambas partes del texto de la cláusula segunda y del punto 5.1 del la cláusula quinta del Addendum que regulan los servicios de interconexión de acceso que presta TESAU a LINCE cuando esta última presta el servicio de inteligencia de red (906). Las citadas cláusulas rezan de la siguiente forma:

> *"Segunda.- Descripción del servicio 906 en interconexión:*
>
> *2.1 El usuario que origina la llamada asume el abono de la tarifa o precio de la misma que incluye tanto la tarifa correspondiente al servicio telefónico soporte del servicio 906 como la retribución al proveedor del servicio (cliente del servicio de inteligencia de red), la cual depende del nivel de tarificación elegido, que se determina por la numeración del 4º o 6º dígito, en función del operador que preste el servicio 906. El cliente del servicio de inteligencia de red percibe del operador destino la retribución que le corresponde.*

2.2 Lince se compromete a que los servicios a los que acceda, mediante el prefijo 906, sean conformes con la clasificación aprobada para los mismos por la "Comisión para la supervisión del servicio telefónico con tarificación adicional" a que se refiere la Resolución de la Secretaría General de Comunicaciones de 17 de diciembre de 1.998, y que se adjunta como Anexo 1 a este Addendum.
En cualquier caso, queda entendido que Lince asume, desde la fecha de la firma de presente Addendum, y en concreto, desde el momento en que se produzca la apertura del servicio 906, el compromiso de mantener indemne a Telefónica de España de todos los daños económicos, de imagen y de todo tipo que puedan derivarse del acceso a los servicios 906 prestados por Lince. (el subrayado es nuestro)

2.3 De acuerdo con lo anterior, ambos operadores acuerdan que, en el caso de que se produjeran impagos a Telefónica de España, como consecuencia del acceso a los servicios 906 prestados por Lince, Lince asumirá los daños económicos que pudieran producirse, aceptando la repercusión económica que esto pueda suponer en los pagos por interconexión. (el subrayado es nuestro)

(...)
Quinta.- Precios de interconexión para el servicio de inteligencia de red 906.
5.1.- Respecto a las llamadas entregadas por Telefónica de España al servicio 906 prestado por Lince:

5.1.1- Lince deberá satisfacer a Telefónica de España los precios por llamada y duración de la misma, señalados para el servicio de interconexión de acceso según esté constituido el nivel de interconexión del Pdi, tal como se establece en el punto II del Addendum suscrito entre ambas compañías el 23 de junio de 1999.

5.1.2. Telefónica de España reintegrará a Lince el importe correspondiente al precio establecido a sus usuarios para este servicio minorado por:

- *Los precios por llamada y duración de la misma señalados para el servicio de interconexión de acceso según este constituido el nivel de interconexión del Pdi, tal como se establece en el punto II del Addendum suscrito entre ambas compañías con fecha 23 de junio de 1999, además de*
- *Un porcentaje del 5% de la facturación como contraprestación por los servicios de facturación y cobro."*

Estas cláusulas están regulando la prestación por parte de TESAU a LINCE de

los dos servicio, claramente diferenciados, que se describen a continuación.

a) Servicio de interconexión de acceso prestado por TESAU a LINCE.

TESAU presta a LINCE un servicio de interconexión de acceso consistente en que los usuarios de acceso de TESAU acceden a un servicio de inteligencia de red prestado por LINCE. Por este servicio TESAU cobra a LINCE los precios por llamada y duración de la misma señalados para el servicio de interconexión de acceso según esté constituido el nivel de interconexión del Pdi, tal como se establece en el punto II del Addendum suscrito entre ambas compañías con fecha 23 de junio de 1999. Por lo que respecta a este servicio hay que indicar que en el presente procedimiento no se plantea conflicto alguno al respecto del mismo.

b) Servicio de interconexión de facturación y cobro del servicio de inteligencia de red (906) prestado por LINCE.

En este caso TESAU presta a LINCE un servicio de interconexión de facturación y cobro del servicio de inteligencia de red que LINCE presta a los usuarios de acceso de TESAU. Como contraprestación por este servicio, TESAU cobra a LINCE un 5% de la facturación (o 0.0015 Euros por llamada facturada y cobrada desde el día 25 de enero de 2002, fecha en la que LINCE comunicó a TESAU su intención de acogerse a lo establecido en la Resolución de esta Comisión de 17 de enero de 2002).

LINCE califica este servicio prestado por TESAU como un mandato. El artículo 1.709 del Cc define el contrato de mandato como aquel por el que una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra. Por lo tanto, sin perjuicio de lo que después se manifiesta, no hay inconveniente en aceptar la calificación dada por LINCE a este contrato de prestación de servicios por parte de TESAU a la propia LINCE[1].

En tal caso, esto es, aplicando las reglas generales del mandato, TESAU no tendría, en principio, obligación de "reintegrar" a LINCE ninguna cantidad que no hubiera, a su vez, recibido aun del cliente del servicio de inteligencia de red[2]. No obstante en el caso que nos ocupa esto no es así, ya que el AGI

[1] No obstante, hemos de tener en cuenta que la relación contractual que examinamos se regula dentro de un contrato de interconexión cuya naturaleza es la que ha quedado determinada anteriormente y que se encuentra sujeto, no solo a las normas comunes de derecho civil reguladoras de los contratos privados sino también a las normas sectoriales y actos emanados por la Administración reguladora de los contratos de interconexión entre operadores de redes y servicios de telecomunicaciones y por lo previsto en el propio contrato y los usos propios de este tipo de contratos. Por lo tanto, en aplicación del anteriormente citado artículo 1091 del Cc, las obligaciones y derechos de las partes dimanantes de tal mandato de facturación y cobro deben interpretase también de conformidad con lo que establezca el contrato de interconexión y la OIR vigente.

[2] Si bien es cierto -como alega LINCE- que TESAU estaría obligada, en su condición de mandatario, a dar cuenta de sus operaciones y a abonar a LINCE (mandante) **cuanto haya recibido** en virtud de su

suscrito entre ambas entidades–como es uso común en este tipo de contratos- prevé unos procedimientos de facturación y cobro consolidados en los que no se contempla la necesidad de que TESAU haya cobrado previamente al cliente de acceso para que tenga la obligación contractual de reintegrar a LINCE el importe correspondiente al precio establecido a sus usuarios para el citado servicio, así se prevé también en la OIR vigente como luego veremos. Es más, de la información aportada por las partes en el procedimiento, se deduce con toda claridad que la consolidación de los pagos entre ambas operadoras por estos conceptos de interconexión se producen, de forma habitual, con anterioridad al momento en el que el operador de acceso (TESAU) haya presentado y, en su caso, cobrado las facturas a los usuarios llamantes. Por lo tanto, no son directamente aplicables al caso las reglas generales reguladoras de los contratos de mandato sino que estas reglas han de aplicarse teniendo en cuenta, también, lo establecido en el AGI suscrito entre las partes implicadas.

En atención a lo anterior hay que concluir que TESAU no debería quedar obligada a realizar un ejercicio de prueba exhaustivo antes de, en aplicación de los procedimientos de compensación previstos en el propio AGI suscrito con LINCE, poder descontarle las cantidades anticipadas y que han resultado posteriormente impagadas, cuando estas cantidades se refieran a la parte que debería cobrarse al usuario llamante correspondiente al servicio de inteligencia de red de continua referencia.

No existe motivo alguno para obligar a TESAU a que soporte la carga financiera que supone hacerse cargo de los impagos de servicios prestados por LINCE (y el resto de los operadores que hayan elegido la modalidad de interconexión de acceso para servicios de inteligencia de red) puesto que en estos casos TESAU actúa únicamente en la calidad de prestador de un servicio de interconexión de facturación y cobro. Téngase en cuenta que TESAU no va a estar en disposición de probar los citados impagos hasta que hayan finalizado todas las obligaciones de facturación y cobro que le impone el mandato que le ha sido encomendado por LINCE ya que, si bien no es aceptable la exigencia de la prueba de los hechos negativos, si lo es la de los hechos positivos. Esto es, no se puede pedir a TESAU que pruebe que no ha podido cobrar pero sí que ha realizado todas las acciones que le son exigibles para el cobro. Por lo tanto, no se puede acceder a lo manifestado por LINCE en sus alegaciones presentadas en el trámite de audiencia en las que solicita que se obligue a TESAU, antes de efectuar detracción alguna, a aportar

prestación del servicio de facturación y cobro que presta a LINCE, aun cuando lo recibido no se debiera al mandante (Art. 1.720 del Cc) y que, asimismo, está obligada a rendir cuentas detalladas y justificada a LINCE, expresando los ingresos y los gastos y basándose en documentos y comprobantes, ha de tenerse en cuenta que tales obligaciones también deben ser de aplicación al momento en el que TESAU, en aplicación de los procedimientos de consolidación de facturación y pago acordados por las partes en el AGI que tienen suscrito, reintegra a LINCE el importe correspondiente al precio establecido a sus usuarios para el servicio de inteligencia de red 906.

acreditación suficiente de los extremos indicados en su escrito, proporcionándole prueba documental de los extremos h) e i) que se incluye en el resuelve segundo de esta Resolución.

Mantener esta carga financiera iría en contra de la intención de los contratantes que expresamente han manifestado en AGI que "*en el caso de que se produjeran impagos a Telefónica de España, como consecuencia del acceso a los servicios 906 prestados por Lince, Lince asumirá los daños económicos que pudieran producirse, aceptando la repercusión económica que esto pueda suponer en los pagos por interconexión".*

No obstante, lo anterior no significa que TESAU quede relevada del cumplimiento del resto de las obligaciones que le competen en su condición de mandatario por el cual gestiona en nombre y representación de LINCE la facturación y cobro de los servicios de inteligencia de red prestados por su mandante a usuarios de acceso de TESAU. El artículo 1.718 del Cc prevé que el mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato, y responde de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se le ocasionen al mandante, también queda obligado a dar cuenta de sus operaciones al mandante (art. 1.720 del Código Civil). Como decíamos anteriormente, existe una relación contractual entre LINCE y los usuarios de acceso de TESAU que acceden a servicios de inteligencia de red prestados por LINCE pero esta relación contractual puede no ser conocida por los usuarios (a no ser que mediante una locución se avise de ello en las llamadas), por lo tanto será necesario que TESAU, en cumplimiento del mandato, aporte las informaciones y documentaciones necesarias para que LINCE pueda reclamar directamente el crédito definitivamente incobrado por TESAU a estos clientes pero esta obligación no será ejecutable efectivamente hasta que finalicen las obligaciones de TESAU como mandatario en la facturación y cobro.

Por otra parte, TESAU sigue obligada a dar cumplimiento a sus obligaciones en cuanto mandatario en el sentido de continuar con la prestación del servicio de facturación y cobro hasta que se termine el mandato por alguna de las causas establecidas en el artículo 1.732 y siguientes del Código Civil o las establecidas en el AGI.

Lo anterior nos lleva a concluir que TESAU, puede utilizar los procedimientos de compensación previstos en el AGI suscrito con LINCE para detraer las cantidades anticipadas a LINCE y no cobradas a los usuarios; para ello únicamente estaría obligada a aportar a LINCE la información necesaria para que ésta pueda identificar suficientemente los impagos y las facturas a las que éstos corresponden. Lo anterior es sin perjuicio de que TESAU quede obligada a aportar a LINCE, en tiempo hábil para que ésta pueda ejercer su derecho de crédito frente a los clientes, la documentación que acredite fehacientemente que se ha intentado el cobro y que éste ha resultado fallido cuando hayan finalizado todas sus obligaciones en cuanto a la prestación del servicio de

facturación y cobro. El alcance y el momento en el que es exigible esta obligación se delimitan en los apartados siguientes.

Al contrario de lo que podría deducirse de las alegaciones de LINCE, esta interpretación no contradice la que sobre esta cuestión realizaba esta Comisión en su Resolución de 17 de enero de 2002 que modificó la OIR vigente en lo referente al esquema de interconexión para servicios de red inteligente.

En el fundamento de derecho III.1 de la citada Resolución esta Comisión indicaba, como uno de los motivos por lo que se hacía necesaria la modificación de la OIR en lo referido a los servicios de inteligencia de red, que el modelo de acceso (modelo que regula las relaciones a las que se refiere el presente conflicto) presenta, entre otros, los siguientes problemas de "fraude y morosidad":

> *"En estos servicios se establecen al menos dos relaciones contractuales: una entre el llamante y el operador de acceso, y otra entre la entidad que contrata el número y el operador de red inteligente. La existencia de un flujo monetario, en algunos de los casos, desde el llamante al llamado supone la realización por parte de los operadores que intervienen de una gestión del cobro al prestador del servicio final. Dicha gestión del cobro conlleva un riesgo de impago por alguna de las partes que puede repercutir en toda la cadena de pagos y cobros.*
>
> *Por otro lado, es evidente que, ante la posibilidad de libre fijación de precios por el operador de RI contemplada en la OIR vigente, dicho riesgo aumenta, ya que los operadores podrían poner precios tan altos como quisieran. Esto podría suponer un mayor riesgo de impago, que además se extendería a los restantes servicios prestados por TESAU (de los que tampoco percibiría remuneración) e incluso suponer un considerable daño para la imagen de TESAU ante sus clientes."*

Teniendo en cuenta este razonamiento, la propuesta de los Servicios preveía que los pagos de TESAU al operador del servicio de inteligencia de red estuviera condicionado al cobro previo al cliente llamante, esto es, ya se preveía la inconveniencia de que TESAU tuviera que soportar el coste financiero del impago por estos servicios. Esta propuesta fue alegada por varias entidades interesadas en el procedimiento entre las que se encontraba la propia LINCE, alegación que fue finalmente aceptada por esta Comisión en la resolución final aunque entendiendo que era una cuestión meramente procedimental (Vid. apartado III.3.7 del la citada Resolución).

En este caso esta Comisión interpretó que *"los operadores asumirán íntegramente sus obligaciones de pagos derivadas de las llamadas que se cursen en los momentos que correspondan de acuerdo a los procedimientos que para pagos mutuos tengan pactados los operadores en interconexión*" y

que, *"sólo en los casos en que el operador de acceso acredite* *de forma suficiente* (nótese que no se pide que sea de forma fehaciente*) que no se ha producido un pago por parte del cliente final, podrá procederse a la devolución del importe cobrado por el operador de RI, y siempre dentro de los mecanismos normales de regularización y consolidación que los operadores tengan operativos"*. No obstante, a continuación se explicaba la razón de tal interpretación manifestando que se asumía que el porcentaje de impagos iba a ser relativamente bajo, por lo que retener el pago del total por dicha causa parecía desproporcionado para los derechos de operador de red inteligente. Además se preveía que en el caso de que el porcentaje de impago sea considerablemente alto durante un período de tiempo prologado procedería, a petición del operador dominante, la revisión de esta condición.

Esto es, esta Comisión se basaba en criterios de proporcionalidad al interpretar y definir los momentos en los que los operadores implicados deberían hacerse los pagos y devoluciones. Por otro lado manifestaba que era un problema procedimental y que el operador de acceso debería acreditar suficientemente el impago (sin pedir la fehaciencia del impago que ahora se infiere de la reclamación presentada por LINCE) para poder repercutirlo al operador de inteligencia de red. Además, tal interpretación partía del supuesto de que se asumía que el porcentaje de impagos iba a ser relativamente bajo. Según contestación de TESAU a un requerimiento de información practicado en el presente procedimiento, el importe de impagados por este concepto de clientes de LINCE asciende a más de 515.000.000 pesetas.

Finalmente, la parte dispositiva de la Resolución de 17 de enero de 2002 finalizó aprobando como texto de la OIR con respecto al servicio objeto de la presente Resolución en su modalidad de acceso, el siguiente texto:

> *"III.2.1 Modelo de acceso*
>
> *En este modelo, TESAU presta al operador interconectado los siguientes servicios:*
> - *Servicio de interconexión de acceso, a los precios que en cada momento recoja la OIR*
> - *Servicio de facturación y cobro. Este servicio se remunera a un precio por llamada facturada y cobrada.*
>
> *TESAU cobra a los clientes los precios asociados a los distintos niveles de facturación para cada servicio de RI, cantidad que pasa íntegramente al operador interconectado, reteniendo la remuneración por la prestación de los servicios anteriormente citados. En caso de que se produzcan impagos en las llamadas a números de operadores interconectados,* *TESAU no estará obligada al pago descrito, una vez acredite suficientemente el impago producido*. *El operador de RI estará siempre obligado al pago del servios de acceso, aunque se produzca*

un impago justificado en el acceso a TELEFÓNICA. (el subrayado es nuestro)
(...)"

Si tenemos en cuenta todo lo manifestado en el presente fundamento de derecho, hemos de llegar a la conclusión que la obligación de acreditar fehacientemente por parte de TESAU el impago de los servicios de inteligencia de red prestados por LINCE a sus usuarios de acceso sólo debe ser exigida cuando finalice la obligación de TESAU de prestar el servicio de facturación y cobro que es cuando tiene que acreditar que no está obligada a pagar a LINCE por tal concepto. Siendo, por lo tanto, suficiente con que TESAU aporte a LINCE la información necesaria para que ésta pueda identificar la deuda con las cantidades que le han sido anticipadas por ella para que pueda recuperar las cantidades anticipadas a LINCE cuando se produzcan los referidos impagos y siempre por medio de los procedimiento de consolidación previstos en el AGI.

Según la información aportada en el expediente, TSAU remite a LINCE, en relación con las facturas no cobradas por tal concepto, la siguiente información:

a) Número de la factura
b) Mes de emisión de la factura
c) Central de origen de la llamada
d) Seis primeros dígitos del número llamante
e) Numero llamado completo
f) Importe total impagado
g) Operador que presta el servicio de inteligencia de red.

A juicio de esta Comisión tal información, completada con la del estado en el que se encuentra la gestión de facturación y cobro (incluida la información sobre ejecución de garantías), serían suficientes para acreditar el impago (momentáneo) a los efectos de solicitar la devolución de la cantidad anticipada por TESAU, sin perjuicio de que, una vez finalizadas sus obligaciones de facturación cobro, TESAU tenga que acreditar de la forma que después se verá, la efectividad del impago y la identidad del cliente deudor para quedar relevada de la obligación de pagar a LINCE el importe correspondiente a la llamada al número 906 de esta última. A este respecto TESAU alega que considera como un requerimiento desproporcionado el obligarle a informar a LINCE, antes de repercutirle las cantidades incobradas, sobre el estado de la gestión de facturación y cobro. Se fundamenta en que la preparación de dicha información, para cada una de las facturas impagadas, entraña una complejidad y dificultad excesiva para ser incluida dentro de un procedimiento regular pero no explica el porqué de tal complejidad y dificultad. A juicio de esta Comisión no puede reputarse, a priori y salvo explicación de contrario, como de una dificultad excesiva el informar sobre tales aspectos[3]. En todo caso, tal obligación le viene impuesta "ex iure" a TESAU dada su condición de

[3] Vg. Factura reclamada, servicio suspendido, etc.

mandatario de LINCE en cuanto a las tan mencionadas operaciones de facturación y cobro.

Por lo tanto, una vez que TESAU haya presentado al cliente la factura relativa a cantidades que previamente haya abonado a LINCE en anticipo del pago de servicios de inteligencia de red prestados por ésta y la factura haya resultado impagada, aun después de haber ejecutado las garantías que, en su caso, tuviera constituidas el abonado, TESAU tendrá derecho a repercutir las cantidades impagadas a través de los procedimientos de facturación y pago consolidados que tienen acordados en el AGI en vigor entre ambas entidades. Para poder ejercer este derecho TESAU deberá aportar a LINCE la siguiente información:

a) Número de la factura
b) Mes de emisión de la factura y fecha de vencimiento de la misma.
c) Fecha en la que TESAU ha tenido conocimiento del impago
d) Central de origen de la llamada
e) Seis primeros dígitos del número llamante
f) Numero llamado
g) Importe total impagado
h) Información sobre el estado de la ejecución de las garantías constituidas, en su caso, por el abonado.
i) Estado de la tramitación de la facturación y cobro de la factura impagada.
j) Operador que presta el servicio de inteligencia de red.

LINCE manifiesta que esta información, aún siendo útil, no resulta suficiente, ni siquiera para poder reclamar las cantidades impagadas de sus prestadores de servicios de red inteligente. Por lo tanto solicita que se obligue a TESAU a proporcionar y acreditar además, la siguiente información:

- Fecha de generación del tráfico impagado.
- Fecha de vencimiento de la factura emitida por TESAU (este dato ha sido incorporado a la lista anterior).
- Franja horaria a la que corresponden los importes totales impagados cuya detracción pretende TESAU.
- En cuanto al importe total impagado, la comunicación de importes globales no garantiza a Uni2 que la cantidad repercutida tenga en cuenta el coste de la interconexión y el de la facturación y cobro ya percibidos por TESAU como consecuencia del proceso de facturación periódica de interconexión entre los dos operadores.

En contestación a tales manifestaciones hay que indicar, en primer lugar, que en la resolución del presente conflicto es necesario tener en cuenta el correspondiente equilibro entre los derechos y obligaciones de las partes interesadas. Así no parece razonable obligar a TESAU a extender sus obligaciones de mantener informado a LINCE (con respecto a su condición de

mandatario en el servicio de facturación y cobro) además de las propias de un mandatario a otras informaciones que ésta pudiera necesitar para resarcirse de las cantidades que, a su vez, haya adelantado a sus clientes prestadores del servicios 906. Por otro lado, independientemente de la fecha en la que se haya generado el tráfico impagado y la franja horaria a la que corresponden los importes totales impagados, lo cierto es que esos impagos se corresponden con llamadas realizadas a números 906 identificados y, por lo tanto, acreditado el impago de esas llamadas, LINCE no necesita más información para detraer, en su caso, las cantidades que, a su vez, haya adelantado a su cliente proveedor del servicio.

Por lo que se refiere a que la simple comunicación de los importes globales impagados no garantiza que la cantidad repercutida a LINCE tenga en cuenta el coste de la interconexión de acceso y el de facturación y cobro ya percibidos por TESAU, sólo hay que indicar que TESAU sólo podrá repercutir a LINCE las cantidades que previamente le haya abonado en los procedimientos de consolidación más las cantidades que tiene derecho a cobrar por el servicio de interconexión de acceso (téngase en cuenta que TESAU tiene, en todo caso, derecho a cobrar este servicio). Estas cantidades resultan de las que deberían haberse cobrado a los clientes de acceso minoradas por las cantidades de aplicar el precio del servicio de interconexión de acceso y el precio del servicio de facturación y cobro, respectivamente. Lo anterior, conlleva la necesidad de modificar la redacción de la propuesta de medida señalada como segunda en el informe de los Servicios en el sentido de que TESAU tendrá derecho a repercutir no las cantidades impagadas por los abonados llamantes, sino las cantidades que previamente hayan sido abonadas a LINCE y que posteriormente se encuentren afectadas por los impagos de los usuarios de acceso al servicio más las cantidades que tenga derecho a cobrar TESAU por el servicio de interconexión de acceso.

LINCE manifiesta en sus alegaciones al trámite de audiencia que sería necesario establecer una periodicidad en las posibles detracciones por causa de impago, de forma que las mismas no tengan un carácter absolutamente arbitrario y no periódico y se obligue a TESAU a actuar diligentemente en la comunicación de los impagos y en la repercusión de las consecuencias económicas de éstos. Esta Comisión considera conveniente tomar en cuenta esta alegación y, a tal efecto, a partir de la presente Resolución TESAU debería realizar la repercusión de las cantidades impagadas en la primera factura consolidada que se emita de conformidad con los procedimientos establecidos en el AGI a partir de la fecha en la que haya tenido conocimiento del impago. En el caso de que TESAU no realice la repercusión de las cantidades impagadas en el momento descrito, no podrá realizar tal repercusión hasta que hayan finalizado sus obligaciones como mandatario.

LINCE manifiesta que no debería consentirse a TESAU detraer cantidad alguna por estos conceptos cuando está adeude a la propia LINCE pagos de

interconexión y especialmente cuando la mencionada conducta de TESAU incumple alguna de las Resoluciones de esta Comisión[4] o suponga un incumplimiento de su propia Oferta de Interconexión de referencia. Según LINCE, en la actualidad, y como consecuencia de la negativa de TESAU a aplicar precios de interconexión por capacidad, TESAU está reteniendo el pago a LINCE precisamente de los ingresos por servicios 906 que constituyen el grueso de sus ingresos de interconexión. Concluye LINCE que en esa situación, y en la medida en que TESAU retenga pagos de interconexión debidos a LINCE (Uni2), no debería permitirse a TESAU detraer cantidad adicional alguna en concepto de traslado de las consecuencias económicas de los impagos en llamadas a numeración 906 de LINCE. Frente a esta alegación únicamente cabe mencionar que el sistema que se propone en la presente Resolución es que las detracciones por los impagos se produzcan mediante los procedimientos de consolidación establecidos en el AGI lo que evita suficientemente los perjuicios que LINCE pone de manifiesto en esta alegación.

Si con posterioridad a la repercusión de las cantidades impagadas, TESAU cobra alguna de las facturas impagadas en primera instancia, deberá reintegrar la cantidad cobrada a LINCE en la primera factura consolidada que se emita de conformidad con los procedimientos establecidos en el AGI.

Finalmente ha de manifestarse que en el caso de que con posterioridad al recobro se demuestre su improcedencia, TESAU vendría obligada a indemnizar a LINCE en aplicación de las reglas del mandato que han quedado expuestas anteriormente.

SEXTO.- Cuándo finaliza la obligación de TESAU de gestionar la facturación y el cobro de los servicios de inteligencia de red (906) en nombre de LINCE

Como hemos manifestado, en el Addendeum de 15 de diciembre de 1999 al AGI en vigor entre TESAU y LINCE se establece que la primera queda obligada a prestar a la segunda el servicio de facturación y cobro de los servicios de inteligencia de red (906) que la segunda preste a los abonados de acceso de la primera, pero en el mismo no se determina hasta qué momento llega la obligación de prestar el servicio. En la OIR en vigor se prevé, para la modalidad de interconexión de acceso, que el operador de acceso vendrá obligado a prestar al operador del servicio de inteligencia de red el servicio de facturación y cobro, pero tampoco se determina el alcance temporal de tal obligación.

Esta cuestión carece de relevancia cuando el abonado que accede al servicio paga mediante el procedimiento habitual que el operador de acceso tenga establecido. En este caso, la obligación de TESAU finaliza cuando ha cobrado

[4] Se refiere a la Resolución 28 de febrero de 2002 por la que se adoptaron medidas cautelares en el expediente DT 2002/5954 y la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se acordó incoar expediente sancionador a TESAU (/AJ 2002/6623).

efectivamente, si es que con anterioridad ha abonado a su vez la cantidad a LINCE, o cuando abona tal cantidad a LINCE, si es que esta operación se realiza con posterioridad al cobro al abonado, todo ello de acuerdo con los procedimientos de consolidación de pagos que tienen acordados en el AGI.

La cuestión se complica cuando los abonados de acceso no hacen frente al pago de la factura cuando ésta ha sido presentada por primera vez al cobro. Como hemos indicado ni en el AGI suscrito por las partes ni en la OIR en vigor podemos encontrar respuesta a esta cuestión, por lo que habrá que acudir a la normativa general que regula los mecanismos que pueden utilizar los operadores para hacer efectiva su obligación de cobro a los usuarios por los servicios prestados.

Por lo que se refiere a la normativa sectorial de telecomunicaciones ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

El artículo 57 del Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio (en adelante Reglamento del Servicio Universal), establece los supuestos en los que los operadores del servicio telefónico disponible al público pueden exigir a los abonados a dicho servicio la constitución de un depósito de garantía tanto en el momento de suscribir el contrato como durante la vigencia del mismo. Los criterios de terminación de la cuantía de los depósitos, su duración y los procedimientos para su constitución, han sido desarrollados por la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, dictada en uso de la habilitación conferida por el apartado d) del punto 3 del artículo 57 del Reglamento del Servicio Universal. El apartado 12º de la citada Orden establece que el impago o el retraso reiterado en el impago de uno o varios recibos da derecho a exigir al operador la constitución de una garantía por parte del abonado tanto al contratar como durante la vigencia del contrato. Por lo tanto, TESAU, en cumplimiento de su obligación de prestar el servicio de facturación y cobro en nombre de LINCE deberá, salvo indicación expresa de LINCE, exigir de los abonados con retrasos reiterados o que hayan dejado impagada una factura correspondiente a servicios de inteligencia de red prestados por esta, la constitución de la correspondiente garantía en los términos y cuantía previstos en la citada Orden. Esta es la garantía a la que nos referimos en el apartado “h” del punto segundo de la parte Resolutiva de la presente Resolución y no a las posibles garantías exigibles a los clientes prestadores de los servicios 906 como manifiesta TESAU en su escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia. Asimismo, TESAU deberá (salvo indicación expresa de su mandante) suspender el acceso al servicio de inteligencia de red al abonado si éste no constituye el depósito de la garantía en el plazo de quince días siguientes a la recepción por el abonado del requerimiento. Asimismo podrá suspender definitivamente el citado servicio sin no se constituye el depósito en el plazo de diez días desde la recepción por el abonado del segundo requerimiento de constitución del depósito (vid. puntos

12º ,13º y 15º de la Orden citada).

Los puntos decimonoveno al vigésimo cuarto de la Orden de continua referencia regulan los supuestos e los que los operadores del servicio telefónico pueden suspender temporalmente o interrumpir definitivamente el propio servicio telefónico u otros servicios que lo utilizan como soporte, como es el caso de los servicios de tarificación adicional[5], en supuestos de retrasos en los pagos de las facturas correspondientes a dichos servicio. No obstante, el punto 19.2 de la Orden establece que la suspensión sólo afectará a los servicios respecto a cuyo pago se haya incurrido en mora y que el impago del cargo por los servicios de tarificación adicional (entre otros distintos del servicio telefónico disponible al público) sólo dará lugar a la suspensión de tales servicios. Por lo tanto, en el caso de retrasos en el pago de los servicios de tarificación adicional a los que se haya accedido a través de la red de acceso de TESAU, ésta deberá proceder a la suspensión temporal o definitiva (según proceda) del citado servicio, salvo que el abonado haya presentado una reclamación ante las Juntas Arbitrales de Consumo o ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y esta reclamación se esté sustanciando. En este último caso el abonado deberá haber consignado fehacientemente el importe adeudado y haber entregado el correspondiente resguardo al operador.

Por lo tanto, el operador de acceso tiene, en aplicación de esta normativa sectorial, instrumentos para asegurarse o para incitar al pago de las facturas telefónicas por los usuarios morosos, esto es, la posibilidad de exigirles depósitos de garantía y la posibilidad de suspenderles el servicio temporalmente o interrumpirlo definitivamente. Pero esta posibilidad de actuar frente al usuario llamante sólo la tiene el operador de acceso, por lo tanto, en el supuesto en el que nos encontramos, es necesario que la obligación de facturación y cobro llegue, al menos, hasta que TESAU haya ejercido estos derechos como una forma de asegurar el correlativo derecho del operador que presta el servicio de inteligencia de red a cobrar del usuario llamante.

Una vez agotados estos instrumentos que provee la normativa sectorial, únicamente cabe la vía jurisdiccional para reclamar la cantidades incobradas a los abonados morosos. En este caso TESAU debería dar el mismo tratamiento a la gestión de cobro a favor de LINCE que la que se da a sí misma. No obstante, los criterios por los que una entidad decide acudir a la vía judicial para cobrar a sus deudores son múltiples incluso de simple oportunidad comercial o de imagen y no siempre coincidentes para todas las entidades. Por lo tanto no parece razonable extender la obligación del mandato de TESAU a la vía judicial, debiendo finalizar éste cuando se agoten las previsiones establecidas en la citada normativa sectorial de telecomunicaciones, salvo pacto en contrario entre ambas operadoras (inexistente en el caso que nos ocupa). En cualquier caso, si es LINCE la que finalmente reclame por vía

[5] Apartado 2 del punto decimonoveno de la Orden.

judicial al cliente deudor, TESAU deberá colaborar con aquella para que pueda ejercer su derecho a reclamar judicialmente frente al cliente.

Salvo pacto en contrario de las partes, TESAU podrá dar por finalizadas sus obligaciones de facturación y cobro en nombre de LINCE cuando acredite ante ésta que ha agotado todos los medios puestos a su alcance por la normativa sectorial de telecomunicaciones llegando incluso a interrupción definitiva del servicio 906[6] y sólo le resta la vía judicial. La forma de acreditar lo anterior se analiza en el fundamento siguiente.

SÉPTIMO.- Forma en la que debe producirse la acreditación por parte de TESAU de que ha agotado todos los medios puestos a su alcance por la normativa sectorial de telecomunicaciones para el cobro efectivo y que éstos han resultado infructuosos y consecuencias de la falta de acreditación

Establece el apartado segundo del artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) que corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, por otra parte, el apartado tercero del mismo precepto prevé que incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el partado anterior[7]. Como hemos manifestado anteriormente, el momento en el que TESAU quedará relevado de continuar con sus obligaciones inherentes a su condición de mandatario de LINCE en la facturación y cobro de los servicios de inteligencia de red (906) prestados por esta a clientes de acceso de la primera coincide con el momento en el que TESAU acredite que ha agotado todos los medios puestos a su alcance por la normativa sectorial de telecomunicaciones para el cobro efectivo. Por lo tanto, es TESAU la que debe acreditar tal circunstancia.

El artículo 24.2 de la Constitución Española reconoce como un derecho fundamental de los españoles el de utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Por otra parte, el artículo 299 de la LEC[8] delimita cuales son los medios de prueba que pueden

[6] Salvo que el abonado hubiera presentado una reclamación ante las Juntas Arbitrales de Consumo o ante la SETSI y las reclamación no se haya resuelto y el abonado haya consignado fehacientemente el importe adeudado y entregado A TESAU el correspondiente resguardo.

[7] Estos preceptos vienen a sustituir al artículo 1.214 del Cc que ha sido derogado expresamente por la LEC y que establecía que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone

[8] Este precepto sustituye al derogado artículo 1.215 del C.c.

ser utilizados en juicio[9]. Luego TESAU podrá acudir a cualquiera de los medios de prueba previstos por la LEC para acreditar el impago definitivo sin que sea esta Comisión quien deba determinar, en última instancia, cual o cuales de los citados medios es el más adecuado o si la utilización de uno u otro producen la prueba plena de la extinción de la obligación de facturación y cobro por parte de TESAU, cuestión esta que, en cualquier caso, corresponderá al órgano judicial competente. En atención a lo anterior debemos desestimar la alegación de LINCE por la que solicita que sea esta Comisión la que determine claramente la forma de prueba que ha de utilizar TESAU para acreditar fehacientemente que ha agotado todos los medios puestos a su alcance por la normativa sectorial de telecomunicaciones para el cobro efectivo y que éste no se ha logrado.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Comisión entiende que el medio de prueba más apropiado en este caso podría ser la prueba documental consistente en la aportación por parte de TESAU a LINCE de todos aquellos documentos que acrediten que ha cumplido con todas sus obligaciones dimanantes del mandato.

En todo caso, la información que TESAU entregue a LINCE en prueba del cumplimiento de sus obligaciones como mandatario deberá ser respetuosa con la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal[10].

En cuanto a las consecuencias de la falta de acreditación debemos volver a remitirnos a lo establecido en el artículo 1.718 del Cc que prevé que el mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato y responde de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se le ocasionen al mandante. Por lo tanto, en el caso de que TESAU no cumpla con sus obligaciones de mandatario, LINCE podrá reclamarle los daños y perjuicios que ello le ocasione. En concreto, como hemos visto anteriormente TESAU debe utilizar, al menos, todos los medios que la normativa sectorial de telecomunicaciones pone a su alcance para asegurar el pago de los servicios prestados a los usuarios de LINCE como si se tratara de servicios prestados por ella misma. En el caso de que se acredite que TESAU ha incumplido tal obligación, LINCE deberá tener, al menos, el derecho a que TESAU le abone la cantidad que

[9] Los citados medios de prueba son: 1º interrogatorio de las partes; 2º documentos públicos; 3º documentos privados; dictamen de peritos; reconocimiento judicial; interrogatorio de testigos. El apartado 2 del Art. 299 de la LEC establece que también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso. Finalmente, el apartado 3 del mismo artículo establece que cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.

[10] En este momento, esta Comisión está a la espera de un informe solicitado a la Agencia de Protección de Datos sobre la legalidad de comunicación de datos entre operadoras en estos casos.

debería haber cobrado al usuario moroso.

LINCE solicita que, además del abono de dicha cantidad debería obligarse a TESAU, en este supuesto, a abonarle también los intereses generados desde la fecha en la que TESAU tuvo conocimiento del impago, debiendo haber iniciado las acciones oportunas tendentes al cobro de la deuda. En relación con esta alegación debemos manifestar que, por una parte, la indemnización de los daños y perjuicios no tiene necesariamente que coincidir con el pago de los intereses generados[11] y, por otra, que la potestad para determinar la cuantía y obligar a la indemnización de los daños y perjuicios causados corresponde a los órganos judiciales y no a esta Comisión.

Lo anterior supone que debe preverse un plazo para que TESAU cumpla con su obligación de agotar todos los medios mencionados para asegurar el cobro cuando se producen impagos ya que de no hacerlo así se estaría impidiendo de facto a LINCE usar de su derecho a requerir la citada indemnización por daños y perjuicios. Se entiende que un plazo máximo razonable sería el de seis meses contado desde que TESAU tenga conocimiento del primer impago ya que el mismo abarcaría todos los plazos previstos en la normativa anteriormente citada para llegar a la interrupción definitiva del servicio 906 por causas de impago a no ser que el abonado haya presentado una reclamación ante las Juntas Arbitrales de Consumo o ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y el abonado haya consignado fehacientemente el importe adeudado, en cuyo caso el plazo anterior deberá ampliarse hasta que se haya resuelto la reclamación.

Finalmente en cuanto al calendario de actuaciones que LINCE solicita sea impuesto a TESAU, de cuya ejecución puntual debería mantener informada a la propia LINCE para que ésta pudiera hacer un seguimiento de la diligencia de TESAU en el cumplimiento de sus obligaciones como mandataria, cabe significar que parece una obligación excesiva a imponer a TESAU quién, por otra parte, estaría obligada a indemnizar a LINCE por los perjuicios que le pudiera causar derivados de posibles incumplimientos de sus obligaciones como mandataria.

A la vista de todo lo actuado, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones,

[11] El artículo 1.108 del Código Civil establece que si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal. No obstante, en el caso que nos ocupa el incumplimiento por TESAU de sus obligaciones como mandatario de asegurar el cobro a los usuarios no tiene encaje en el precepto citado.

RESUELVE

Primero.- Declarar que en la prestación por TESAU a LINCE del servicio de facturación y cobro en la modalidad de acceso en la interconexión para servicios de inteligencia de red, TESAU deberá seguir abonando a LINCE el importe correspondiente al precio establecido a sus usuarios para el servicio de inteligencia de red 906 correspondiente a las llamadas que sus clientes de acceso realicen a servicios 906 prestados por LINCE sin necesidad de que TESAU haya cobrado previamente al cliente de acceso. Estos abonos se realizarán a través de los procedimientos de facturación y pago consolidados que tienen acordados en el AGI en vigor entre ambas entidades.

Segundo.- Declarar, que en la prestación por TESAU a LINCE del servicio de facturación y cobro en la modalidad de acceso en la interconexión para servicios de inteligencia de red, una vez que TESAU haya presentado al cliente la factura relativa a cantidades que previamente haya abonado a LINCE en anticipo del pago de servicios de inteligencia de red prestados por ésta y la factura haya resultado impagada, aun después de haber ejecutado las garantías que, en su caso, tuviera constituidas el abonado, TESAU tendrá derecho a repercutir a LINCE las cantidades que previamente le haya abonado y que posteriormente se encuentren afectadas por los impagos, no cubiertos por la garantía ejecutada, de los usuarios de acceso al servicio más las cantidades que tenga derecho a cobrar por el servicio de interconexión de acceso. La repercusión de estas cantidades deberá realizarse a través de los procedimientos de facturación y pago consolidados que tienen acordados en el AGI en vigor entre ambas entidades.

El ejercicio de este derecho deberá formalizarse en la primera factura consolidada que se emita a partir de la fecha en la que TESAU haya tenido conocimiento del impago. En el caso de que TESAU no realice la repercusión de las cantidades impagadas en el momento descrito, no podrá realizarla hasta que hayan finalizado sus obligaciones como mandatario. Lo anterior no será de aplicación a los impagos sobre los que TESAU haya tenido conocimiento con anterioridad a la notificación de la presente Resolución.

Para poder ejercer este derecho TESAU deberá aportar a LINCE la siguiente información:

a) Número de la factura

b) Mes de emisión de la factura y fecha de vencimiento de la misma.
c) Fecha en la que TESAU ha tenido conocimiento del impago
d) Central de origen de la llamada
e) Seis primeros dígitos del número llamante

f) Numero llamado
g) Importe total impagado
h) Información sobre el estado de la ejecución de las garantía constituidas, en su caso, por el abonado.
i) Estado de la tramitación de la facturación y cobro de la factura impagada.
j) Operador que presta el servicio de inteligencia de red.

Si con posterioridad a la repercusión de las cantidades impagadas, TESAU cobra alguna de las facturas impagadas en primera instancia, deberá reintegrar la cantidad cobrada a LINCE en la primera factura consolidada que se emita de conformidad con los procedimientos establecidos en el AGI.

Tercera.- Declarar que, TESAU no podrá dar por finalizadas sus obligaciones de facturación y cobro en nombre de LINCE hasta que acredite ante ésta que ha agotado todos los medios puestos a su alcance por la normativa sectorial de telecomunicaciones para asegurar el pago de las facturas por el abonado llegando a la interrupción definitiva del servicio 906.

TESAU dispone de un plazo máximo de seis meses desde la fecha en la que tenga conocimiento del primer impago para ejercer los citados medios a no ser que el abonado haya presentado una reclamación ante las Juntas Arbitrales de Consumo o ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y haya consignado fehacientemente el importe adeudado, en cuyo caso el plazo anterior deberá suspenderse hasta que se haya resuelto la reclamación. En el caso de que, sin mediar causa justificada, TESAU no haya cumplido en el citado plazo con la obligación a la que se refiere el párrafo anterior, quedará obligada a indemnizar a LINCE con una cantidad igual a la factura impagada por el abonado, sin perjuicio del derecho de LINCE de reclamar a TESAU los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar el incumplimiento.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso

contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO,

Vº.Bº. EL PRESIDENTE,

José Giménez Cervantes

José María Vázquez Quintana