



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**D. JAIME VELÁZQUEZ VIOQUE**, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

### **CERTIFICA:**

Que en la sesión nº 07/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 26 de febrero de 2004 se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el cual, en relación con el expediente **RO 2003/1865** se aprueba la siguiente

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA INICIADO PARA CONOCER LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA SOLICITUD DE INTERVENCIÓN SOLICITADA POR “ONENET, S.L.” CONTRA “WORLD WIDE WEB IBERCOM, S.L.”**

### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 9 de diciembre de 2003, se recibió en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Don Hannu Venermo, en nombre y representación de la entidad “ONENET, S.L.” (en adelante ONENET), mediante el cual planteaba conflicto contra la entidad “WORLD WIDE WEB IBERCOM, S.L.” (en adelante IBERCOM) por las supuestas amenazas de ésta relativas a un inminente corte en el suministro de servicios xDSL que le estaba prestando y solicitaba medidas cautelares que evitaran el corte del servicio anunciado por IBERCOM.

En su escrito, ONENET manifiesta, básicamente, que el conflicto planteado se debe a la falta de acuerdo entre ambos operadores sobre la cuantía de las cantidades a abonar por ONENET a IBERCOM en pago de los servicios xDSL que la segunda le presta a la primera, sobre incumplimientos por parte de IBERCOM relativos a determinadas obligaciones contractuales y sobre supuestas prácticas fraudulentas por parte de IBERCOM para adquirir a bajo precio la empresa o los activos de ONENET.

**Segundo.-** Con fecha 1 de diciembre de 2003, se inició un expediente de información previa de acuerdo con la habilitación competencial establecida la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTel), así como en el art. 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), con objeto de determinar la competencia de esta Comisión para resolver sobre el conflicto planteado y adoptar las medidas solicitadas. La iniciación del período de información previa fue notificada a las entidades interesadas.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**Tercero.-** Consultado el Registro Especial de Titulares de Autorizaciones Generales que se lleva en esta Comisión, se comprueba que las dos entidades a las que se refiere el escrito de interposición del conflicto se encuentran inscritas como personas autorizadas para prestar servicios de comunicaciones electrónicas de transmisión de datos.

**Cuarto.-** Con fecha 29 de diciembre de 2003, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el escrito de la entidad IBERCON, de fecha 23 del mismo mes y año, mediante el que presentaba alegaciones a la solicitud de intervención instada por ONENET. En dicho escrito, IBERCOM niega las acusaciones sobre los supuestos incumplimientos por su parte de obligaciones contractuales y sobre las prácticas fraudulentas denunciadas. En cuanto a la falta de acuerdo en las cantidades que ONENET le debía abonar por los servicios prestados, IBERCOM manifiesta que todo lo que está ocurriendo se debe a la utilización de determinadas estrategias por la propia ONENET dirigidas a no hacer frente al pago de las facturas vencidas y seguir recibiendo el servicio que le presta la propia IBERCOM. Finaliza su escrito solicitando que se archive sin más trámite la denuncia presentada por ONENET.

### II. DETERMINACIÓN MATERIAL DEL OBJETO DE LA SOLICITUD DE INTERVENCIÓN

Según la información aportada por los interesados y en atención a sus propias manifestaciones, el conflicto planteado se debe a la falta de acuerdo entre ambos operadores sobre la cuantía de las cantidades a abonar por ONENET a IBERCOM en pago de los servicios xDSL que la segunda le presta a la primera y el derecho de IBERCOM a suspender el servicio que presta a ONENET.

Tales desacuerdos se derivarían, según lo alegado por las partes, de supuestos incumplimientos por parte de IBERCOM de determinadas obligaciones contractuales relativas al retraso en el suministro del servicio, facturación por servicios no prestados y sobre supuestas prácticas fraudulentas por las partes, dirigidas, por lo que se refiere a IBERCOM, a adquirir a bajo precio la empresa o los activos de ONENET y, por lo que se refiere a ONENET, a eludir o retrasar el pago de las facturas vencidas y seguir recibiendo el servicio a pesar de los repetidos impagos.

Ninguna de las entidades implicadas fundamentan sus alegaciones en la denuncia del incumplimiento de obligaciones derivadas de la normativa sectorial de telecomunicaciones, en la adecuación del acceso contratado, en problemas relativos a la interoperabilidad de los servicios o en acciones u omisiones que puedan impedir u obstaculizar la consecución de los objetivos señalados en el artículo 3 de la LGTel.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### III. ANÁLISIS DE LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE ONENET E IBERCOM DESDE LA PERSPECTIVA DE LA NORMATIVA SECTORIAL DE TELECOMUNICACIONES

Según se desprende de la documentación aportada por ambas entidades, IBERCOM presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público de transmisión de datos como el de acceso a Internet mediante diversas tecnologías (ADSL, SDSL, líneas dedicadas, etc), tránsito de Internet, entre otros. Por otro lado, ONENET es también un operador que presta servicios de comunicaciones electrónicas similares a los que presta IBERCOM. No obstante, parte de los servicios de acceso a Internet que ONENET presta a sus usuarios finales se soportan en servicios de transmisión de datos que, a su vez, son recibidos por ONENET de IBERCOM. Servicios que las partes han denominado "servicios xDSL".

Ambas entidades son operadores de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y uno de ellos (ONENET) es, a su vez, **usuario** de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público prestados por el otro operador (IBERCOM). A través del servicio recibido de IBERCOM, ONENET presta a sus **usuarios finales** el servicio de comunicaciones electrónicas de acceso a Internet.

Según la definición del concepto de acceso contenida en el punto 2 del Anexo II de la LGTel y en el apartado a) del artículo 2 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de Acceso), se considera acceso *"la puesta a disposición de otro operador, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas..."*

En atención a lo anterior, **a los efectos de la normativa sectorial de telecomunicaciones**, el acuerdo de prestación de servicios que regula las relaciones objeto de la solicitud de intervención **debe ser considerado como un acuerdo de acceso** ya que ambas partes suscribieron el acuerdo siendo conocedoras de que el servicio objeto del mismo sería utilizado por una de las partes, la usuaria del servicio, como soporte para prestar, a su vez, un servicio de comunicaciones electrónicas a sus propios usuarios finales.

### IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS DE ACCESO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS MISMOS

#### 4.1 Naturaleza jurídica de los acuerdos de acceso.

El artículo 11.3 de la LGTel establece el principio general de libertad de negociación de los operadores para la suscripción de los acuerdos de acceso o interconexión.

En consonancia con el citado principio de libertad de negociación, esta Comisión ha venido indicando repetidamente que los acuerdos de acceso y de interconexión gozan



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de una doble naturaleza pública y privada, por cuanto que se configuran como acuerdos a negociar libremente por las partes pero que, en determinadas circunstancias, pueden ser intervenidos por esta Comisión, como veremos más adelante, en las formas y condiciones que determina la normativa sectorial de telecomunicaciones. Es precisamente la sujeción a la intervención administrativa la que les confiere naturaleza administrativa.

Es decir, que se configura el acceso, en primer lugar y desde la perspectiva de su naturaleza privada, como un asunto contractual a acordar libre y privadamente entre las dos partes, y al acuerdo de acceso como un contrato privado entre las mismas.

Un acuerdo de acceso es, en consecuencia, 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. Este tipo de acuerdos está amparado por el principio de libertad de pactos siempre que lo acordado no sea contrario a la Ley, la moral o al orden público (art. 1.255 del Cc).

Los únicos límites legales a la libertad de pactos recogida en el Derecho común son aquellos que se derivan de la naturaleza pública de estos contratos en cuanto que pueden ser intervenidos por la Administración (en este caso, esta Comisión). Esto es, la posibilidad de que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones intervenga en dicha relación contractual en la forma que le reconoce la legislación vigente.

### **4.2 Regulación de la intervención administrativa en las relaciones de acceso entre operadores.**

Tras reconocer la libertad contractual de los operadores para la suscripción de acuerdos de acceso, el propio artículo 11 de la LGTel, en su apartado 4, establece que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones **podrá intervenir** en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3.”* (el resaltado es nuestro).

Del análisis conjunto del citado artículo 11.4 con los siguientes (artículos 12, 13, 14 y 15) que componen el resto del Capítulo (Capítulo III del Título II relativo al Acceso a las redes y recursos asociados e interconexión) se llega a la conclusión de que la intervención de esta Comisión en las relaciones de acceso entre operadores está justificada cuando sea necesaria para fomentar o garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, o garantizar la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la Ley. A tal objeto, esta Comisión puede: i.) imponer obligaciones o condiciones y ii.) resolver conflictos en materia de obligaciones de acceso derivadas de la LGTel o de su normativa de desarrollo.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, el apartado 5 del artículo 11 contempla la posibilidad de imponer obligaciones de acceso a los operadores en los supuestos contemplados en el apartado anterior al establecer que *“las obligaciones y condiciones que se impongan de conformidad con este capítulo serán objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias”*. El artículo 12 prevé la posibilidad de establecer la obligación de facilitar el acceso y el artículo 13 prevé la posibilidad de que esta Comisión imponga obligaciones en determinadas materias a los operadores que hayan sido declarados con poder significativo en el mercado.

Por otra parte, el artículo 14 de la LGTel señala que *“de los **conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo** conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Ésta, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.”* (el resaltado es nuestro).

En el mismo sentido, el apartado 2 del artículo 48 de la LGTel, que determina el objeto de esta Comisión, establece: *“La Comisión del Mercado de las telecomunicaciones tendrá por **objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercado de telecomunicaciones ... la resolución de conflictos entre los operadores** y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”*. (el resaltado es nuestro).

Asimismo, el apartado 3 del mismo artículo 48 de la LGTel, que enumera las funciones que ejercerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, limita el ejercicio de estas funciones a aquellas que sean relativas a *“**las materias de telecomunicaciones reguladas por esta Ley**”*. Esto es, el ejercicio de cualquier función de la Comisión debe limitarse a las materias reguladas por la LGTel, y no a otras que, aunque tengan relación con aquellas (como puede ser el caso de las cuestiones de naturaleza privada que concurren en acuerdos de acceso o interconexión con otras reguladas por la LGTel), no vengan reguladas por la citada LGTel.

Así, cuando el apartado c) de este mismo precepto atribuye a esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establecen en el título II de la citada Ley, ha de entenderse que los conflictos de acceso a los que se refiere esta función son aquellos que se refieren a materias reguladas por la propia Ley General de Telecomunicaciones y sus normas de desarrollo.

Todo ello sin perjuicio del ejercicio de la función de arbitraje, previa solicitud de los interesados.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### V. PROCEDENCIA DE INICIAR UN PROCEDIMIENTO EN EL PRESENTE CASO

Para decidir si procede la intervención, es necesario analizar si, en el presente caso, se producen los supuestos que la justifican, de conformidad con lo establecido en el artículo 11.4 de la LGTel de continua referencia.

Al objeto de determinar si se producen los citados supuestos, y teniendo en cuenta que el servicio prestado es, precisamente, el objeto del acuerdo de acceso suscrito entre ambas entidades, se hace preciso, con carácter previo, identificar el servicio que presta IBERCON a ONENET y el grado de competencia existente en el mercado de referencia del mismo.

Según las información aportada por ambas operadoras, el servicio es similar al que esta Comisión calificó como **“servicio de reventa mayorista de servicios ADSL”** en su Resolución de 4 de diciembre de 2003 (Expediente OM 2003/709). Así, la citada Resolución definió al mercado de este tipo de servicios como el que incluye a todos *“los servicios mayoristas consistentes en suministrar a los clientes que los contratan la totalidad de los elementos de red y prestaciones funcionales que resultan necesarias para prestar a los usuarios finales un servicio de transmisión de datos mediante ADSL completamente funcional”*.

Por lo que se refiere al grado de competencia existente en el mencionado mercado, la Resolución antes citada concluía en la existencia de un cierto grado de concurrencia, apreciable por la presencia en el mercado de una multiplicidad de competidores y en las reducidas posibilidades de que surgiesen operadores con posición de dominio en el mismo. En concreto, la Resolución explicaba lo siguiente:

*“... las inversiones requeridas para la creación de infraestructuras que permitan hacer uso de los servicios de acceso indirecto al bucle para construir sobre ellos otros servicios —como son los de tipo reventa— no resultan especialmente elevadas, si se comparan éstas con las requeridas para lograr el acceso completamente desagregado al bucle de abonado.*

*Así las cosas, y sobre la base de lo anterior, no podría afirmarse que existan barreras significativas de entrada al mercado de provisión de servicios ADSL mayoristas de tipo reventa, lo que vendría a reducir la posibilidad de que surgiesen operadores con posición de dominio en el mismo.*

*Esta circunstancia podría muy bien explicar el hecho de que en el mercado de provisión de servicios ADSL mayoristas de tipo reventa haya aflorado cierto grado de concurrencia, apreciable por la presencia en el mismo de una multiplicidad de competidores ...”*

---

<sup>1</sup> En este sentido, ver Resolución de esta Comisión de 29 de enero de 2004 (exp. RO 2003/1071)



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IBERCOM no ha sido declarado operador dominante en el citado mercado. Es más, aun cuando se hubieran definido ya los mercados de referencia y los operadores con poder significativo en el mercado de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la LGTel., parece obvio que estamos ante un mercado en el que existe suficiente competencia, lo que hace factible que ONENET pueda continuar su actividad mediante accesos obtenidos por otro operador distinto a IBERCOM. Por otro lado, de acuerdo con los datos que obran en esta Comisión, parece también obvio que IBERCOM no reúne los requisitos para que pueda ser identificado como un operador con poder significativo en el mercado de referencia al que nos referimos.

Todo lo anterior lleva a concluir que IBERCOM no tiene impuestas obligaciones de acceso ni hay motivos justificados para entender que existan problemas de adecuación del acceso ofrecido por ésta a ONENET. Tampoco, debido a la clase de servicio del que se trata, se atisban motivos aparentes para entender que sea necesario intervenir para asegurar la interoperabilidad de los servicios ni para la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel.

Por otra parte, como decíamos, ninguna de las entidades implicadas fundamenta sus alegaciones en la denuncia del incumplimiento de obligaciones derivadas de la normativa sectorial de telecomunicaciones, ni en la adecuación del acceso contratado, ni en problemas relativos a la interoperabilidad de los servicios ni, en definitiva, en acciones u omisiones que puedan impedir o obstaculizar la consecución de los objetivos señalados en el artículo 3 de la LGTel.

Esto es, ninguna de las partes ha planteado un conflicto de acceso que se suscite en el marco del cumplimiento de condiciones u obligaciones que resulten o provengan de la normativa sectorial de telecomunicaciones ni de la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido en los artículos 11 a 15 de la LGTel antes citados.

Los motivos alegados por las partes para plantear el conflicto se refieren exclusivamente a la falta de conformidad entre ambos operadores sobre cuestiones relativas a la naturaleza privada del acuerdo, en particular, a la falta de acuerdo entre ambos operadores sobre la cuantía de las cantidades a abonar por ONENET a IBERCOM en pago de los servicios xDSL que la segunda le presta a la primera y el derecho de IBERCOM a suspender el servicio que presta a ONENET.

Por todo ello, se llega a la conclusión de que no procede iniciar el procedimiento por esta Comisión sino que la cuestión deberá, en su caso, dirimirse ante los órganos de la jurisdicción civil ordinaria.

### RESUELVE

**Único.-** Declarar concluso el Periodo de Información Previa de referencia, y resolver no iniciar un procedimiento administrativo.





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 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, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real