

**RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. CONTRA OCEAN'S NETWORK, S.L. POR EL QUE SOLICITA LA AUTORIZACIÓN PARA CESAR EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MAYORISTAS Y RESOLVER LOS CONTRATOS SUSCRITOS ENTRE AMBOS**

**CFT/D TSA/029/17/DESCONEXIÓN ACCESO TELEFÓNICA vs OCEAN'S**

**SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**

**Presidenta**

D<sup>a</sup>. María Fernández Pérez

**Consejeros**

D. Benigno Valdés Díaz  
D. Mariano Bacigalupo Saggese  
D. Bernardo Lorenzo Almendros  
D. Xabier Ormaetxea Garai

**Secretario de la Sala**

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Barcelona, a 25 de abril de 2018

Finalizada la instrucción del procedimiento administrativo con nº CFT/D TSA/029/17, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

**I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- Solicitud de conflicto de acceso presentado por Telefónica de España S.A.U.**

Con fecha 20 de julio de 2017, se recibió en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), un escrito presentado por Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica), por el que interpuso un conflicto de acceso contra Ocean's Network, S.L. (Ocean's) por impago reiterado de los servicios mayoristas que le presta.

En concreto, Telefónica señalaba que existe un *“incumplimiento por parte de Ocean's de la obligación de pago de dichos servicios desde el mes de junio de 2015, lo que provoca que a día de hoy la deuda vencida, líquida y exigible*

contraída con Telefónica de España ascienda a un total de **[CONFIDENCIAL VP<sup>1</sup>]**

Por todo ello, esta operadora solicitó que se le autorizase “*de manera urgente a la desconexión de los servicios mayoristas prestados por Telefónica de España a Ocean’s*”.

Por otra parte, Telefónica solicitó también a esta Comisión la adopción de medidas provisionales consistentes en obligar a Ocean’s a garantizar el pago de los servicios prestados por Telefónica, mediante la constitución de un aval o un sistema de prepago, en el plazo de 15 días desde la fecha en que acordara tal medida, autorizando a la operadora a suspender los servicios si, transcurrido dicho plazo, Ocean’s no hubiere constituido el aval o efectuado el prepago.

#### **SEGUNDO.- Comunicación de inicio del procedimiento administrativo y requerimiento de información a Ocean’s**

Mediante sendos escritos de fecha 27 de julio de 2017, se notificó a las entidades interesadas el inicio del procedimiento de conflicto, otorgándoles un plazo de 10 días para que realizasen las alegaciones que tuvieran por convenientes. Asimismo, se realizó un requerimiento de información a Ocean’s para que indicara los motivos del impago.

#### **TERCERO.- Escrito de alegaciones y contestación al requerimiento de información de Ocean’s**

El 10 de agosto de 2017 tuvo entrada en la Comisión un escrito de Ocean’s en virtud del cual formula alegaciones sobre el conflicto planteado por Telefónica y contesta al requerimiento de información de esta Comisión justificando el pago de parte de la deuda que le reclama Telefónica.

#### **CUARTO.- Escrito de alegaciones adicionales de Ocean’s**

Con fecha 29 de septiembre de 2017, se presentó en esta CNMC un escrito de Ocean’s aportando documentación adicional consistente en nuevos justificantes de pago de una parte de la deuda vencida reclamada por Telefónica.

#### **QUINTO.- Escrito de alegaciones de Telefónica**

El 20 de octubre de 2017, Telefónica presentó un escrito de alegaciones manifestando que la deuda vencida de esta operadora se había venido incrementado desde la interposición del conflicto y, anteriormente, durante los últimos años, de forma progresiva.

---

<sup>1</sup> Leyenda referida a “Confidencial versión pública”, para todas las empresas o personas físicas ajenas al presente expediente.

#### **SEXTO.- Escrito de alegaciones adicionales de Telefónica**

El 30 de octubre de 2017 tuvo entrada en la CNMC un escrito de alegaciones complementarias de Telefónica, aportando determinada información a los efectos de acreditar y concretar el incremento de la deuda manifestado en su escrito mencionado en el Antecedente de Hecho anterior.

#### **SÉPTIMO.- Requerimiento de información adicional a Ocean's y Telefónica**

Mediante sendos escritos de 2 de noviembre de 2017, esta Comisión requirió a Telefónica y Ocean's para que aportaran determinada información necesaria para aclarar y conocer determinados aspectos en relación con la deuda señalada por Telefónica y los pagos que había venido realizando Ocean's, así como averiguar si se habían activado con anterioridad los mecanismos de aseguramiento de pago previstos en las ofertas de referencia relativas a los servicios mayoristas prestados.

#### **OCTAVO.- Escrito de alegaciones y contestación al requerimiento de información de Telefónica**

El 20 de noviembre de 2017 tuvo entrada en la CNMC un escrito de alegaciones de Telefónica aportando información en respuesta al requerimiento y reiterando el incremento de la deuda mantenida, debido al impago de Ocean's de las nuevas facturas emitidas y vencidas desde la interposición del conflicto.

#### **NOVENO.- Escrito de alegaciones y contestación al requerimiento de información de Ocean's**

También el 20 de noviembre de 2017 Ocean's presentó un escrito de alegaciones, acompañando cierta información en contestación al requerimiento de información de esta Comisión.

Por otra parte, el mismo 20 de noviembre, tuvo entrada en la CNMC un nuevo escrito de alegaciones de la operadora para complementar la información aportada en el escrito mencionado en el párrafo anterior.

#### **DÉCIMO.- Trámite de audiencia**

El 29 de enero de 2018, de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), se notificó a los interesados el informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) de la CNMC emitido en el trámite de audiencia, otorgándoles un plazo de diez días para que efectuaran sus alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

En dicho informe se proponía a la Sala de Supervisión Regulatoria de esta Comisión estimar la solicitud de Telefónica y autorizar el cese de la prestación de los servicios mayoristas a Ocean's, debido a la situación de impago por parte de ésta, y la consecuente resolución de los contratos de servicios mayoristas afectados por dicho impago, transcurrido el plazo de un mes a partir del día siguiente a la notificación a Ocean's de la Resolución que pusiese fin al presente procedimiento.

#### **UNDÉCIMO.- Escrito de alegaciones de Telefónica al trámite de audiencia**

El 5 de febrero de 2018 Telefónica presentó su escrito de alegaciones al trámite de audiencia manifestando su conformidad con las conclusiones del informe anterior y acompañando nuevas facturas por los servicios mayoristas correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2017 y enero de 2018, también impagados por Ocean's.

Por otra parte, Telefónica solicita que el plazo de un mes al que se supedita el corte de los servicios, se compute desde la notificación de la Resolución a Telefónica.

#### **DUODÉCIMO.- Alegaciones de Ocean's al trámite de audiencia**

El 28 de febrero de 2018 Ocean's formuló alegaciones al trámite de audiencia solicitando en primer lugar que se otorgue plazo a las partes *“para poder especificar la cuantía real de la deuda, efectuando las compensaciones de facturación e indemnizaciones sobre la misma”* y, en segundo lugar, aportando un plan de pagos ante esta CNMC para hacer frente a la deuda acumulada y a las facturas por los servicios que recurrentemente se vayan prestando, solicitando a tal efecto que *“se deje sin efecto el presente procedimiento”*.

Mediante escritos de fechas 1 y 2 de marzo de 2018, Ocean's aportó dos justificantes de pago de parte de la deuda generada por el impago de los servicios prestados por Telefónica.

#### **DÉCIMOTERCERO.- Solicitud de acceso al expediente y aportación de nuevas facturas por Telefónica.**

El 6 de marzo de 2018, Telefónica presentó una solicitud de acceso al expediente y de obtención de copia de los escritos y documentación aportados por Ocean's en trámite de audiencia.

Además, Telefónica aportó nuevas facturas emitidas a Ocean's por los servicios prestados durante el mes de febrero de 2018, no vencidas en aquel momento.

#### **DÉCIMOCUARTO.- Aportación de documentación por Ocean's**

En fecha 4 de abril de 2018 Ocean's presentó un escrito acompañando dos nuevos justificantes de pago de 3 y 4 de abril, en relación con la deuda generada por el impago de los servicios prestados por Telefónica

#### **DÉCIMOQUINTO.- Informe de la Sala de Competencia**

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC) y del artículo 14.2.i) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Competencia de la CNMC ha emitido informe sin observaciones.

A los anteriores Antecedentes de Hecho les son de aplicación los siguientes

## **II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES**

### **PRIMERO.- Objeto del procedimiento**

El presente procedimiento tiene por objeto analizar y resolver la solicitud presentada por Telefónica, de autorización de la desconexión de varios servicios mayoristas prestados a Ocean's, debido a la situación de impago en que ésta se encuentra.

### **SEGUNDO.- Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**

La competencia de la CNMC para intervenir resulta de lo dispuesto en la normativa sectorial. En este sentido, el artículo 6.5 de la LCNMC señala que este organismo *“supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas”*, correspondiéndole a estos efectos *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre<sup>2</sup>, y su normativa de desarrollo”*.

Tal como se prevé en los artículos 12.5, 15 y 70.2, letras d) y g), de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), la CNMC tiene competencias para intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, y en los conflictos que surjan en los mercados de comunicaciones electrónicas, 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 del mismo texto legal.

---

<sup>2</sup> En la actualidad, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Asimismo, de conformidad con los artículos 6.4 y 12.1.a.1º de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), esta Comisión es competente para conocer los conflictos que se planteen entre los operadores en materia de obligaciones de interconexión y acceso.

Por tanto, de conformidad con los preceptos citados y en atención a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC, y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para conocer y resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

### **III.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES**

#### **PRIMERO.- Sobre las relaciones contractuales entre las partes y las obligaciones impuestas a Telefónica en algunos contratos por ser operador con PSM**

##### I. Sobre la naturaleza jurídica de los contratos de acceso e interconexión

Los acuerdos de acceso e interconexión son contratos que vinculan a dos operadores de redes públicas o servicios de comunicaciones electrónicas y que regulan las relaciones entre ambos. Según se ha puesto de manifiesto en distintas ocasiones, los acuerdos de acceso e interconexión gozan de una doble naturaleza, pública y privada.

La Audiencia Nacional, en sus sentencias de fechas 3 de diciembre de 2004 (RJCA 2005/804) y de 19 de mayo de 2005 (RJCA 2005/921), manifestaba respecto a la naturaleza de los acuerdos generales de interconexión (siendo igualmente aplicable a los acuerdos de acceso) lo siguiente:

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

*En todo caso puede afirmarse que entre las características propias del Acuerdo de Interconexión como contrato están las de ser un contrato bilateral, sinalagmático por la reciprocidad de las prestaciones, y oneroso.”*

Este carácter semipúblico se refleja igualmente en el apartado 5 del artículo 12 de la LGTel, que habilita a esta Comisión a intervenir en las relaciones contractuales de los operadores, con el objeto de fomentar y garantizar la

adecuación del acceso, la interconexión –que constituye un tipo particular de acceso entre los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas– y la interoperabilidad de los servicios, o para la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel, en aquellos casos en que esté justificada dicha intervención. Las características propias de los servicios de acceso e interconexión justifican la citada intervención de esta Comisión.

El artículo 4.1 de la Directiva Acceso<sup>3</sup> establece que los operadores ofrecerán el acceso e interconexión a otras empresas en condiciones acordes con las obligaciones impuestas por las autoridades nacionales de reglamentación, en este caso, por la CNMC -previsión parcialmente transpuesta a través del artículo 12 de la LGTel-.

El apartado 2 del artículo 12 de la LGTel, prevé que los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas tendrán el derecho y la obligación de negociar la interconexión mutua con el fin de garantizar la prestación de estos servicios y su interoperabilidad.

Además, cuando se trata de operadores que hayan sido declarados con poder significativo en un mercado de referencia (PSM) en el sentido definido por el apartado 27 del Anexo II de la LGTel, la Comisión podrá, de acuerdo con el artículo 13.4 de dicha LGTel, establecer las obligaciones específicas descritas en el artículo 14 de esta norma, entre las que se incluyen la de prestar servicios de acceso e interconexión en condiciones razonables y la exigencia de publicar una oferta de referencia que garantice la prestación de los servicios de acceso e interconexión en condiciones equivalentes y circunstancias semejantes a los operadores que los soliciten.

A pesar de estas especialidades y obligaciones mínimas que puedan prever las distintas ofertas de referencia, los acuerdos de acceso e interconexión son contratos privados. Así, el apartado 3 del artículo 12 de la LGTel, establece que *“no existirán restricciones que impidan que los operadores negocien entre sí acuerdos de acceso e interconexión”*. Por tanto, se reconoce la libertad de las partes tanto para negociar las condiciones de acceso a la red de Telefónica como para decidir el contenido de los acuerdos que lleguen a firmar, cumpliendo siempre con la normativa aplicable y las obligaciones impuestas en virtud de la regulación *ex ante*.

En su faceta estrictamente contractual, los acuerdos de acceso e interconexión son contratos privados de arrendamiento de servicios, definidos en el artículo 1.544 del Código Civil (C.c.) como aquellos en que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto. Es decir, son contratos onerosos en los que tanto la prestación de los servicios de acceso como el pago del precio

---

<sup>3</sup> 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; en su versión modificada por la Directiva 2009/140/CE, de 25 de noviembre.

por la prestación de tales servicios conforman las obligaciones esenciales del contrato.

Por tanto, sobre la base de su naturaleza contractual, los acuerdos de acceso e interconexión quedan sujetos, tanto en su interpretación como en su ejecución, a las normas propias del Derecho común, sin perder de vista las capacidades de intervención que asisten a esta Comisión (aunque sometidas al principio de intervención mínima).

## II. Sobre los acuerdos firmados entre Telefónica y Ocean's y la incidencia de la regulación ex ante en los mismos

Según la información que consta en el expediente, la relación entre Telefónica y Ocean's está configurada por los siguientes contratos de acceso e interconexión:

### **[CONFIDENCIAL VP]**

En base a estos contratos, Ocean's presta servicios de telefonía fija<sup>4</sup> y transmisión de datos<sup>5</sup> a sus clientes<sup>6</sup>. En concreto, según la información aportada por Telefónica en su escrito de interposición del conflicto, las conexiones y servicios mayoristas contratados por Ocean's a Telefónica son:

### **[CONFIDENCIAL VP]**

A este respecto, pese a que Ocean's ha manifestado en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia de 28 de febrero de 2018 que habría perdido clientes por supuestas indisponibilidades de algunos circuitos contratados, no ha aportado el número de clientes o de conexiones contratadas actualizado a dicha fecha –de hecho, Ocean's no ha aportado el número de clientes que depende de estos contratos mayoristas a lo largo de todo el expediente–.

Como se ha adelantado anteriormente, Telefónica tiene reguladas ciertas obligaciones en la prestación de los servicios de acceso e interconexión correspondientes debido a la condición de operador con poder significativo en determinados mercados de referencia.

En concreto, los mercados de referencia en los que Telefónica tiene declarado PSM –y cuya regulación, por lo que se ha podido comprobar, afecta a los

---

<sup>4</sup> El operador está inscrito en el Registro de Operadores para la prestación del servicio telefónico fijo desde el 4 de junio de 2010 (expediente RO 2010/969).

<sup>5</sup> Asimismo, Ocean's está inscrito para la prestación del servicio de transmisión de datos desde el 24 de mayo de 2005 (expediente RO 2004/862) en la modalidad de proveedor de acceso a internet y desde el 5 de marzo de 2009 (expediente RO 2009/353) para la reventa de capacidad de transmisión/circuitos.

<sup>6</sup> Entre otros servicios, Ocean's es también revendedor del servicio telefónico móvil disponible al público (OMV prestador de servicios), pero no a través de Telefónica (como operador host).

servicios prestados en virtud de los contratos suscritos entre las partes del presente conflicto– son los mercados 2/2007<sup>7</sup> y 3/2007<sup>8</sup>, 3a, 3b (3b\_2) y 4/2014<sup>9</sup>. Las obligaciones y condiciones de prestación del servicio impuestas por las resoluciones que regulan estos mercados de referencia se han trasladado y desarrollado en distintas ofertas de referencia elaboradas por Telefónica y aprobadas por esta CNMC.

Así, de conformidad con las obligaciones impuestas en los mercados 2/2007 y 3/2007 se encuentran reguladas la Oferta de Acceso Mayorista a la Línea Telefónica (AMLT) y la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR) de Telefónica. Por otro lado, en virtud de lo dispuesto en los mercados 3a, 3b y 4, regulados en 2016, esta operadora tiene disponible una Oferta de Acceso Indirecto al Bucle de Abonado (OIBA) y la oferta que regula el Nuevo servicio Ethernet de Banda ancha (NEBA), entre otras<sup>10</sup>.

En este sentido, los contratos suscritos entre las partes se remiten o incluyen en parte las ofertas de referencia reguladas y, en muchas ocasiones, directamente incorporan el contrato-tipo contenido en las citadas ofertas. En alguna otra ocasión, se ha firmado un contrato comercial al margen de la oferta regulada en el mercado de referencia.

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

De los anteriores contratos sinalagmáticos se concluye que la obligación principal de Telefónica es la de prestar los servicios de acceso e interconexión y, por parte de Ocean's, la de pagar dichos servicios prestados a su favor.

---

<sup>7</sup> Mercado de la Recomendación de mercados relevantes de 2007 regulado por Resolución de 17 de enero de 2017, relativa a la definición y análisis del mercado minorista de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija (mercado 1/2007) y del mercado mayorista de acceso y originación de llamadas en redes fijas (mercado 2/2007) y por la que se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ANME/DTSA/364/15/MERCADOS 1 Y 2-REC.2007).

<sup>8</sup> Regulado por Resolución de 23 de septiembre de 2014, por la cual se aprueba la definición y el análisis de los mercados mayoristas de terminación de llamadas en redes fijas, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas y se acuerda su notificación a la comisión europea y al organismo de reguladores europeos de comunicaciones electrónicas (ORECE) (ANME/DTSA/628/14/M3-3ªRONDA).

<sup>9</sup> Resolución de 24 de febrero de 2016 por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la comisión europea y al organismo de reguladores europeos de comunicaciones electrónicas (ANME/DTSA/2154/14/MERCADOS 3a 3b 4).

<sup>10</sup> No se mencionan otros servicios regulados que en principio no son de aplicación al presente conflicto.

En este sentido, en algunos de los contratos mencionados, se habilita a Telefónica para constituir mecanismos de aseguramiento de pago en el supuesto en que Ocean's no realice el pago puntual de alguna cantidad debida, colocándose en situación de mora, sin necesidad de requerimiento alguno y quedando igualmente obligada al abono de los intereses correspondientes.

**[CONFIDENCIAL VP]**

No obstante, no consta en el presente expediente que se hayan accionado por parte de Telefónica los mecanismos de aseguramiento de pago previstos, aunque debe añadirse que éstos tampoco hubieren sido suficientes para responder del total de deuda acumulada.

A este respecto, de la información aportada se ha observado que, en lugar de exigir la constitución de los mecanismos de aseguramiento de pago previstos en los contratos y las ofertas de referencia, para garantizar el cobro ante posibles impagos, el 20 de diciembre de 2016 Telefónica optó por suscribir un plan de pagos con Ocean's con el objeto de refinanciar la deuda acumulada **[CONFIDENCIAL VP]** por facturas emitidas e impagadas entre junio de 2015 y junio de 2016.

Este hecho, sumado al dilatado tiempo transcurrido –más de dos años– desde que se impagaron las primeras facturas por servicios mayoristas –junio de 2015– y se interpuso el conflicto ante esta CNMC, motivó la no oportunidad de adoptar la medida provisional solicitada por Telefónica, tendente a obligar a Ocean's a garantizar los pagos, tal y como se reflejó en el Informe de audiencia de la DTSA.

No obstante lo anterior, esta CNMC valora positivamente, desde el ámbito del cumplimiento de las obligaciones de negociación que impone la LGTel, que Telefónica optara voluntariamente por la suscripción del plan de pagos, en tanto que evidencia un ánimo de negociar de buena fe las condiciones de acceso e interconexión, brindando a Ocean's una solución alternativa más flexible para hacer frente a la deuda acumulada hasta dicho momento.

Por otra parte, todos los contratos prevén como causa de su extinción la resolución fundada en el grave incumplimiento de las obligaciones esenciales que contienen<sup>11</sup>, siendo la obligación principal de Ocean's en dichos contratos el pago de los servicios prestados.

Estos contratos cumplen lo establecido en las ofertas de referencia (AMLT, OIBA, OIR y NEBA), que configuran el marco de obligaciones de algunos de los acuerdos entre los operadores, cuyos contratos-tipo contienen también como causa de extinción la resolución fundada en el grave incumplimiento de las

---

<sup>11</sup> Cláusula 22 del contrato AMLT; Cláusula 15 del contrato OIBA; Cláusula 8 Oferta comercial Entrega de Señal; Cláusula 18 contrato NEBA y Cláusula 18 contrato ADSL-IP comercial.

obligaciones esenciales contenidas en dichos acuerdos<sup>12</sup>, una vez transcurrido el plazo de dos meses fijado en cada oferta desde que la parte cumplidora haya requerido a la otra, por escrito, el cumplimiento de las mencionadas obligaciones, en concreto en este supuesto, la de pago de los servicios prestados.

Por último, en dichas ofertas de referencia (en los contratos-tipo incluidos en las ofertas) se menciona que la concurrencia de esta circunstancia se apreciará por las partes de mutuo acuerdo o bien se someterá a resolución de la CNMC, como se ha hecho por Telefónica a través de la interposición del presente conflicto.

### **SEGUNDO.- Sobre el incumplimiento de Ocean's de la obligación de pago de las facturas emitidas por los servicios mayoristas prestados por Telefónica**

Telefónica solicita la autorización de esta Comisión para cesar en la prestación de los diferentes servicios de acceso e interconexión a Ocean's, y, por consiguiente, resolver sus relaciones contractuales.

Visto el contenido de los contratos suscritos entre ambas partes, así como las propias ofertas de referencia de las que traen causa, procede analizar si se ha producido un incumplimiento de las obligaciones esenciales de los mismos y determinar si, en consecuencia, Telefónica tiene derecho a ser autorizada para la desconexión de los servicios mayoristas que viene prestando a Ocean's.

Telefónica fundamenta la existencia de un incumplimiento de las obligaciones esenciales que emanan de sus contratos en el hecho de que Ocean's no está remunerando los servicios prestados. En concreto, en su último escrito de 6 de marzo de 2018, esta operadora indica que, tras los dos pagos realizados el 1 y 2 de marzo por parte de Ocean's **[CONFIDENCIAL VP]**

Por un lado, como se ha adelantado anteriormente, el pago de parte de la deuda existente a fecha de la presente Resolución está ordenado según un plan de 20 de diciembre de 2016, firmado entre ambas partes para refinanciar una deuda acumulada **[CONFIDENCIAL VP]** por facturas emitidas e impagadas entre junio de 2015 y junio de 2016.

Dicho plan de pagos se articuló mediante el fraccionamiento de la deuda en plazos de vencimiento sucesivo comprendidos entre el día 25 de diciembre de 2016 y los días 25 de cada mes del año 2017, siendo el último vencimiento el 25 de diciembre de 2017. No obstante, por lo que se ha podido comprobar -y no ha sido desmentido por Ocean's-, este acuerdo ha sido incumplido casi en su totalidad por parte de esta empresa, que hasta el momento actual únicamente ha satisfecho los primeros plazos, que son precisamente los de menor cuantía.

### **[CONFIDENCIAL VP]**

---

<sup>12</sup> Cláusula 22 del Contrato-Tipo AMLT; Cláusula 18 del Contrato-Tipo OBA; Cláusula 17 del Contrato-Tipo OIR y Cláusula 18 del Contrato-Tipo NEBA.

Por otra parte, el resto de la deuda acumulada se corresponde con nuevas facturas emitidas, vencidas e impagadas desde la suscripción del plan de pagos –diciembre de 2016– hasta la actualidad (por servicios que se han seguido prestando mensualmente desde **[CONFIDENCIAL VP]**, que han sido aportadas por Telefónica y cuyo pago por Ocean's no ha sido acreditado ante esta Comisión.

En definitiva, la deuda total señalada por Telefónica para fundamentar su solicitud de desconexión de servicios mayoristas prestados a dicha compañía está compuesta por aquella proveniente del plan de pagos suscrito (y no cumplido) y la resultante de las facturas por servicios que se han seguido emitiendo mensualmente, no pagadas en su mayoría.

De la información aportada por ambos operadores, se observa como el importe medio de las facturas por todos los servicios mayoristas contratados de un mes se cifra alrededor de los **[CONFIDENCIAL VP]**, importe éste que va acrecentando el monto total de deuda, en la medida en que los pagos que se realizan por parte de Ocean's son muy puntuales. Por ejemplo, los días 1 y 2 de marzo de 2018 se realizaron nuevos pagos **[CONFIDENCIAL VP]**; éstos se imputaron al plan de pagos por lo que son insuficientes para cubrir las facturas emitidas por los servicios prestados mensualmente y reducir simultáneamente el importe de la deuda ya acumulada.

### **[CONFIDENCIAL VP]**

En relación con el cálculo de la deuda realizado por Telefónica, debe reiterarse lo expuesto en el informe comunicado en trámite de audiencia y en el requerimiento de información formulado por la CNMC a dicha operadora el 2 de noviembre de 2017, y es que para el cómputo total Telefónica ha incluido ciertas facturas vinculadas a servicios minoristas –que le presta adicionalmente- que deben descontarse del importe total de deuda declarado por esta compañía, ya que no guardan relación con los servicios mayoristas cuya desconexión se pretende a través de la solicitud presentada en el conflicto que nos ocupa.

No obstante, según la documentación y facturas aportadas, los importes minoristas incluidos que deberán detrarse de la deuda total **[CONFIDENCIAL VP]** y, por tanto, suponen una parte muy residual respecto al total de la deuda relacionada con los servicios mayoristas contemplados en los contratos.

### **[CONFIDENCIAL VP]**

Además, es importante mencionar que, de no producirse más pagos, hasta la notificación de la presente Resolución, la deuda habrá incrementado con las facturas emitidas mensualmente por los servicios prestados, en la medida en que Telefónica no ha cesado en la prestación de éstos. Sobre este particular se incidirá más adelante.

Por otro lado, con anterioridad al trámite de audiencia Ocean's venía manifestando en todos sus escritos que la deuda del presente conflicto ascendía a **[CONFIDENCIAL VP]**, correspondientes a la deuda vencida declarada por Telefónica en su escrito de interposición del conflicto de 20 de julio de 2017 y a la que habría que descontarle los pagos satisfechos por ella durante la tramitación del conflicto. En este sentido, Ocean's indicaba que no podían tenerse en cuenta otros impagos que los declarados en su escrito de interposición del presente conflicto, para la resolución de este expediente.

A este respecto no puede más que reiterarse lo indicado en el informe notificado en trámite de audiencia, y es que Telefónica ha aportado documentación acreditativa de nuevos impagos y, por tanto, de conformidad con el artículo 76.1 de la LPAC, éstos han de ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución, en tanto que la aportación de esta información se ha realizado en el momento procedimental oportuno.

Además, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 88 de la LPAC, esta Comisión está obligada a, en la resolución de los procedimientos, decidir sobre todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo, siendo congruente con las peticiones formuladas por el interesado solicitante del procedimiento. Por tanto, para dictar una resolución congruente, no puede obviarse el incremento -de más del doble- que ha sufrido la deuda de Ocean's con Telefónica por la prestación de los servicios mayoristas, desde la interposición del presente conflicto.

Por consiguiente, a la vista de todo lo expuesto hasta el momento, a tenor de la deuda devengada por Ocean's, se desprende que ha existido un incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones de pago asumidas por esta operadora en los contratos firmados con Telefónica, como consecuencia del impago de las facturas devengadas por la prestación de diversos servicios mayoristas por Telefónica desde junio de 2015 hasta la actualidad –con el detalle especificado anteriormente-.

### **TERCERO.- Sobre las condiciones de facturación y de prestación de los servicios por parte de Telefónica, manifestadas por Ocean's en sus alegaciones al trámite de audiencia**

Ocean's en ningún momento ha negado la existencia de la deuda devengada. Sin embargo, en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia ha manifestado determinadas circunstancias o conductas de Telefónica que a su juicio han favorecido la aparición de la misma, así como ciertas discrepancias en la facturación que a su entender minoran la cantidad señalada por Telefónica.

Se recuerda en primer término que, de conformidad con el artículo 76 de la LPAC, los interesados pueden efectuar las alegaciones que estimen pertinentes y aportar documentos u otros elementos de juicio *“en cualquier momento del*

*procedimiento anterior al trámite de audiencia*”, por lo que la aportación de circunstancias nuevas en el trámite de audiencia podría no tenerse en cuenta. No obstante, se han analizado estas alegaciones en la medida en que resulta decisivo determinar si alguna de las actuaciones de Telefónica manifestadas por Ocean’s supone un incumplimiento de magnitud suficiente para justificar -o, al menos, explicar- el incumplimiento grave y reiterado por parte de Ocean’s de las obligaciones esenciales de satisfacer los servicios prestados por Telefónica.

(I) **Sobre la imputación de los pagos y la denunciada *mora accipiendi* de Telefónica para aceptar los pagos de Ocean’s**

En primer lugar, Ocean’s ha venido alegando durante todo el procedimiento, y así lo ha reiterado en sus alegaciones al trámite de audiencia, que Telefónica no ha imputado correctamente los pagos realizados por Ocean’s ya que, en virtud del principio *favor debitoris*<sup>13</sup>, éstos debían haberse destinado a reducir la deuda más antigua: la del plan de pagos de 20 de diciembre de 2016.

En relación con esta cuestión, cabe remitirse a lo señalado en el informe notificado en trámite de audiencia. Si bien es cierto que Telefónica imputó parte de los pagos de agosto y septiembre de 2017 a deuda que en aquel momento no estaba vencida [**CONFIDENCIAL VP**] y a deuda proveniente de facturas más recientes, tampoco se desprendía de aquellos justificantes de pago aportados por Ocean’s una identificación por parte de esta empresa de las facturas concretas que pretendía satisfacer ni se ha aportado un acuerdo entre las partes a este respecto, de lo que se desprende que Ocean’s podía haber puesto una mayor diligencia en expresar su voluntad al respecto.

En este sentido, aunque las facturas se encuentren ya vencidas, tampoco debe olvidarse que esta imputación podía ser modificada a voluntad de Ocean’s si deseaba atribuirle a facturas más antiguas, de conformidad con el artículo 1.172 del C.c.

No ha sido hasta los pagos de 1 y 2 de marzo y 3 y 4 de abril de 2018, realizados con posterioridad al trámite de audiencia, cuando Ocean’s ha comenzado a señalar que los importes satisfechos deben imputarse íntegramente a la deuda pendiente del plan de pagos.

En cualquier caso, el anterior aspecto no altera ni justifica la conducta de Ocean’s, consistente en impagar continuamente las facturas emitidas por Telefónica, ni afecta a las conclusiones alcanzadas en el presente expediente, sino que podría tener incidencia a efectos de calcular los posibles intereses que se generen por la demora en el pago de las facturas, cuyo conocimiento escapa de las competencias de esta Comisión, ya que la determinación de intereses de demora es una cuestión disponible por las partes, en tanto que corresponde a la

---

<sup>13</sup> Con esta expresión en latín, empleada por Ocean’s, se subraya que, en caso de duda ante una obligación, habrá que decidir a favor del deudor.

esfera jurídico-privada del contrato, siendo la jurisdicción civil la autoridad competente que deberá conocer dicha cuestión en defecto de mutuo acuerdo.

Además, aunque se hubieren imputado todos los pagos realizados por Ocean's desde la interposición del conflicto al plan de pagos de 20 de diciembre de 2016, por ser la deuda más antigua, la deuda consignada en dicho plan tampoco estaría saldada a fecha de hoy con los pagos realizados por Ocean's, ya que esta operadora únicamente ha aportado, en sede del conflicto, justificantes de pago por importes **[CONFIDENCIAL VP]**.

En segundo lugar, en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, Ocean's sostiene que Telefónica ha incurrido en mora del acreedor **-mora accipiendi<sup>14-</sup>**, por haberse negado a recibir pagos de la deuda.

Ocean's señala que ha intentado la satisfacción del crédito por todos los medios sin haberlo conseguido y que es obligación del acreedor prestar la colaboración necesaria a fin de recibir el pago del deudor en la forma que se ofrezca.

Según la información aportada, el 29 de diciembre de 2017 Telefónica envió un correo a Ocean's aceptando un nuevo plan de pagos previamente propuesto por Ocean's:

**[CONFIDENCIAL VP.]**

Como se observa, Telefónica aceptaría una opción que le restituyera a la situación anterior a la interposición del conflicto. Sin embargo, según afirma Ocean's en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, "*Telefónica ha cambiado su planteamiento y, [CONFIDENCIAL VP]*

A este respecto, cabe mencionar que Ocean's no ha acreditado dicha nueva propuesta en el expediente –ni Telefónica se refiere a esta cuestión-. Según la información que consta en el expediente, Telefónica venía exigiendo un aval por la totalidad de la deuda vencida en caso de no poder hacer frente a los pagos que se ofrecían que, dicho sea, no se han realizado aún. En cualquier caso, se recuerda que la mayoría de los contratos (y los contratos-tipo regulados) permiten a Telefónica constituir mecanismos de garantía en los supuestos en que se han producido impagos sin causa justificada en Derecho, de una serie de facturas giradas por Telefónica –aunque se hayan satisfecho las deudas-.

Además, es de interés subrayar que el artículo 1.176 del C.c., que regula la mora del acreedor que Ocean's imputa a Telefónica, prevé lo siguiente:

*“Si el acreedor a quien se hiciera el ofrecimiento de pago conforme a las disposiciones que regulan éste, se negare, de manera expresa o de hecho, sin razón a admitirlo, a otorgar el documento justificativo de haberse efectuado o a la*

---

<sup>14</sup> Mora en el que incurre el acreedor cuando no coopera para recibir o admitir los ofrecimientos de pago del deudor impidiendo que éste se libere de su obligación.

*cancelación de la garantía, si la hubiere, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida.*

*La consignación por sí sola producirá el mismo efecto cuando se haga estando el acreedor ausente en el lugar en donde el pago deba realizarse, o cuando esté impedido para recibirlo en el momento en que deba hacerse, y cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar, sea el acreedor desconocido, o se haya extraviado el título que lleve incorporada la obligación.*

*En todo caso, procederá la consignación en todos aquellos supuestos en que el cumplimiento de la obligación se haga más gravoso al deudor por causas no imputables al mismo.”*

Como se observa, el artículo condiciona la existencia de mora de acreedor a la concurrencia de ciertos requisitos: (i) que el ofrecimiento de pago se realice conforme a las disposiciones que lo regulan, (ii) que el acreedor se niegue injustificadamente a recibirlo, ya sea de manera expresa o tácita y, por último, (iii) que, en dicho supuesto, haya una consignación de la cosa debida en el momento en que proceda.

Como puede advertirse, ninguno de estos requisitos concurre en el presente caso: (i) las disposiciones de las ofertas de referencia o de los contratos suscritos entre las partes antes analizados regulan la manera y periodicidad con que deben realizarse los pagos y éstos no prevén ni obligan a que el pago se realice en los nuevos términos propuestos por Ocean's en este último plan de pagos, menos todavía cuando esta opción es una alternativa que voluntariamente -y a falta de una opción mejor- acepta el acreedor; (ii) no puede afirmarse tampoco que Telefónica se esté negando a recibir los pagos, todo lo contrario, es incuestionable que esta operadora está interesada en cobrar los importes que se le adeudan por la prestación de los servicios mayoristas, prueba de ello es la aceptación de los escasos pagos que se vienen produciendo por parte de Ocean's, además (iii) a pesar del correo enviado a Telefónica, el 29 de diciembre de 2017, desde entonces hasta la fecha de la presente Resolución no se ha producido el pago de los **[CONFIDENCIAL VP]**, ni se ha consignado cantidad alguna al respecto –ni de la deuda debida ni de las nuevas facturas que se generan mensualmente-.

En conclusión, se considera que Ocean's no está cumpliendo sus obligaciones de pago por la prestación de los servicios de mayoristas por parte de Telefónica, sin que pueda oponerse a dicha circunstancia una presunta mora del acreedor o una incorrecta imputación de pagos. Además, Telefónica ofreció en su momento una solución alternativa al margen de las ofertas de referencia y los contratos de acceso e interconexión firmados, consistente en un plan de pagos aplazados, para tratar de hallar una situación conciliadora con los intereses de ambos operadores, sin que dicho plan de pagos se haya cumplido a fecha de la presente Resolución.

(II) **Sobre las presuntas irregularidades en la prestación de los servicios por parte de Telefónica**

Ocean's también manifiesta en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia que *“el importe de la deuda facturado por Telefónica no se corresponde con la realidad, en base a estudios encargados a tal efecto; que la prestación de servicios de TESAU es cuando menos deficitaria.”*

Con anterioridad al trámite de audiencia, Ocean's puso de manifiesto la existencia de dos incidencias en los servicios prestados por Telefónica. Como ya se expuso en el informe de audiencia de la DTSA, la existencia de dos incidencias aisladas en abril y julio de 2017 no resultan en modo alguno suficientes para justificar la falta de pago de los servicios.

En trámite de audiencia, Ocean's ha aportado un documento más extenso denominado *“Informe sobre trabajos de Telefónica NEBA-OCEAN'S 2016-2017”* cifrando las indemnizaciones que a su juicio habría que pagarle por las reiteradas indisponibilidades de los servicios durante los ejercicios de 2016 y 2017 en **[CONFIDENCIAL VP]**.

En trámite de audiencia, Ocean's manifiesta que *“las compensaciones por dichas caídas resultan nimias en tanto que las pérdidas que clientes nuestros como hoteles u oficinas pueden reclamarnos por 48 horas sin servicio superan ampliamente los abonos que TESAU ofrece y que, a pesar de ello, ni siquiera efectúa”*.

En este sentido, debe señalarse que las penalizaciones y la indemnización por los perjuicios que haya podido sufrir Ocean's por las alegadas indisponibilidades de los servicios provistos por Telefónica son ajenas al objeto del presente conflicto –más aun teniendo en cuenta que esta alegación fue invocada y contestada en el trámite de audiencia–.

En el caso de que Ocean's entendiera que se ha producido un incumplimiento por Telefónica del ANS regulado en la Oferta NEBA (ej. de los plazos de provisión y de resolución de averías), Ocean's siempre puede denunciar formalmente esta conducta ante la CNMC, aportando las pruebas oportunas para su correcto análisis.

Así, la CNMC es competente para comprobar las condiciones de suministro de los servicios (por ejemplo, calidad y plazos) y su cumplimiento en el marco de los contratos regulados. No obstante, se le indica que la exigencia de pago de estas presuntas indemnizaciones y penalizaciones, derivadas de la supuesta incorrecta prestación de los servicios por parte de Telefónica, no es competencia de esta Comisión, al corresponder esta cuestión a la esfera jurídico-privada de las partes, tal y como se indicó en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 10 de noviembre de 2016 (Recurso no. 229/2014).

Así, esta cuestión está regulada en los contratos suscritos entre ambas partes. Alegando Ocean's incidencias en el servicio NEBA, tal y como establece la Cláusula 4.2.6 del contrato NEBA, de 1 de abril de 2014:

*“La indisponibilidad del Servicio NEBA dará lugar a la correspondiente penalización prevista en los Acuerdos de Nivel de Servicio definidos en el Anexo III, salvo en aquellos supuestos en los que la interrupción sea responsabilidad del usuario final de Ocean's, de Ocean's o consecuencia de situaciones de fuerza mayor o exceso de pedidos.*

*Esta penalización se establece sin perjuicio de las indemnizaciones a que hubiere lugar como consecuencia de la aplicación de la cláusula sexta del presente contrato”.*

Asimismo, en relación con la puesta en servicio del acceso, la Cláusula 11.4 de dicho contrato NEBA contempla también que:

*“En caso de incumplimiento de los plazos establecidos para la provisión de Ppai-E o de conexiones de usuario de acceso indirecto de banda ancha cuya responsabilidad sea de Telefónica de España, se aplicará la correspondiente penalización prevista en los ANS NEBA definidos en el Anexo III.*

*En todo caso, estas penalizaciones se establecen sin perjuicio de las indemnizaciones a que hubiere lugar como consecuencia de la cláusula sexta del presente contrato.*

*Igualmente, en caso de incumplimiento de los tiempos garantizados para la reparación de averías cuya responsabilidad sea de Telefónica, se aplicará la correspondiente penalización prevista en los ANS NEBA definidos en el Anexo III.”*

Por tanto, si Ocean's entiende que las incidencias no se solucionaron por parte de Telefónica en los términos fijados en los contratos y que la indisponibilidad del servicio le ocasionó algún perjuicio, deberá actuar conforme a los cauces previstos en el contrato y, en su caso, en las ofertas de referencia reguladas por la CNMC, debiendo en última instancia acudir a la vía jurisdiccional civil para la exigibilidad de cantidades económicas concretas, en defecto de acuerdo entre las partes.

Sin perjuicio de lo anterior, de la información que obra en el expediente se desprende que Telefónica ha venido provisionando los citados servicios. Además, la existencia de defectos en la provisión de los servicios no implica *per se* la falta de entrega de los mismos, por lo que Telefónica tiene derecho a recibir la correspondiente contraprestación económica de Ocean's por la prestación de los servicios de acceso contratados.

Así es, dichas incidencias no entrañarían un incumplimiento esencial o general por parte de Telefónica que frustre la finalidad del contrato, sino que se trataría, en su caso –no se ha analizado-, más bien un cumplimiento defectuoso de una

obligación cuya consecuencia inmediata no puede ser el impago continuado del servicio y, menos aún, de otros servicios prestados por Telefónica que no guardan relación con el servicio afectado y sobre los que no se señala la existencia de incidencia alguna. Y es que, si se observa la cantidad que Ocean's entiende que le corresponde por las incidencias indicadas, esta no supone ni un 1% de la deuda acumulada por los servicios mayoristas.

Finalmente, debe subrayarse también que los impagos de Ocean's vienen produciéndose de manera sistemática y generalizada para el total de los servicios desde junio de 2015, por lo que no puede imputarse el incremento de la deuda a la existencia de las citadas supuestas incidencias en el servicio mayorista NEBA.

### (III) **Sobre los errores en la facturación realizada por Telefónica**

En su escrito de alegaciones al trámite de audiencia Ocean's ha señalado un aspecto no puesto de manifiesto con anterioridad, relativo a que la facturación que viene efectuando Telefónica en los períodos 2016 y 2017 ha sido incorrecta.

En este sentido, ha aportado un "*Informe sobre Discrepancias de Facturación "TESA 2016-2017"*", que arroja una discrepancia de facturación por un importe de **[CONFIDENCIAL VP]** en favor de Ocean's.

En relación con ello, Ocean's ha solicitado que "*se otorgue plazo a las Partes para especificar la cuantía real de la deuda, efectuando las compensaciones de facturación e indemnizaciones sobre la misma*".

Nuevamente Ocean's indica un aspecto que en nada puede afectar a su obligación de pago de las facturas por los servicios mayoristas prestados.

Lo primero que debe mencionarse con respecto al citado informe aportado por Ocean's es que contiene determinadas facturas incluidas en el plan de pagos firmado entre ambos operadores el 20 de diciembre de 2016. En este sentido, tal y como se desprende de la Cláusula 3.2 de dicho acuerdo, la deuda por la prestación de servicios mayoristas se vio minorada por determinados importes que Telefónica adeudaba a Ocean's por reclamaciones relacionadas con la prestación de dichos servicios. Así, la cláusula 3.2 indica:

### **[CONFIDENCIAL VP]**

Por tanto, de la información obrante en el expediente es razonable suponer que las posibles discrepancias existentes con algunas de estas facturas ya habrían sido resueltas o compensadas cuando se firmó el referido plan de pagos.

Por otra parte, en el informe aportado por Ocean's se incluyen también facturas que, sin estar incluidas en el plan de pagos referido, conforme se indica en la documentación aportada por Ocean's junto a su escrito de 20 de noviembre de

2017, ya se han satisfecho y, por tanto, aceptado por esta compañía –y no consta a esta Comisión si han sido objeto de discrepancia expresa con Telefónica-.

Además, debe mencionarse que en dicho informe se incluyen discrepancias por servicios de telefonía, red inteligente RDSI, centralitas, complementos por exceso de tráfico NEBA, averías de acceso comercial y averías NEBA, cuyo importe facturado por Telefónica es negado por Ocean's sin alegar el motivo, ni aportar un cálculo alternativo estimado de las facturas en las que muestra discrepancias.

Asimismo, no puede tampoco olvidarse que las ofertas de referencia habilitan mecanismos entre Telefónica y el operador que contrata sus servicios para reclamar y resolver las posibles discrepancias que puedan surgir en relación con la facturación. Por tanto, si Ocean's entiende que podría haber algún error con el importe de algunas de las facturas, debería haber optado en primer lugar por el cauce regulado en dichas ofertas de referencia o, en su defecto, el acordado con Telefónica, como precisamente hizo ya para la suscripción del acuerdo del plan de pagos de 20 de diciembre de 2016.

Así, a pesar de que las facturas controvertidas tienen fechas correspondientes a los años 2016 y 2017, la única reclamación formal a Telefónica que consta en el expediente se realizó el 28 de febrero de 2018 -que coincide con la fecha de su escrito de alegaciones al trámite de audiencia-.

Por tanto, Ocean's no puede pretender que el importe que señala como controvertido minore automáticamente la deuda total que debe ya a Telefónica, cuando no ha articulado los mecanismos previstos para reclamar dicha discrepancia -habiendo tenido tiempo sobradamente suficiente para efectuar tal reclamación-. Además, como ya se ha señalado, el informe aportado ofrece algunas dudas sobre la suma declarada en su favor.

Por tanto, no puede acogerse la petición de Ocean's relativa a que *“se otorgue plazo a las Partes para especificar la cuantía real de la deuda, efectuando las compensaciones de facturación e indemnizaciones sobre la misma”*, puesto que estas posibles discrepancias han sido alegadas tras el trámite de audiencia cuando eran conocidas por Ocean's desde muy anteriormente, y en cualquier caso se observa que, debido a su cuantía, no alterarían el sentido de la presente Resolución –motivo por el que no puede determinarse a efectos del artículo 87 de la LPAC que la actuación complementaria solicitada sea indispensable para la resolución del presente procedimiento administrativo-.

(IV) **Otras alegaciones: sobre las dificultades de obtener financiamiento por parte de Ocean's debido a la conducta de Telefónica**

Ocean's manifiesta que está teniendo dificultades para acceder a la financiación necesaria para hacer frente a sus obligaciones de pago, debido a que Telefónica ha acudido a una entidad privada de aseguramiento de crédito y, supuestamente,

estaría divulgando que va a proceder al corte de los servicios, lo que ha ocasionado que distribuidores de Ocean's hayan procedido a dar portabilidades masivas salientes de sus clientes a otras operadoras.

Ninguno de estos hechos ha sido acreditado ante esta CNMC. No obstante, el conocimiento de los mismos no compete a esta Comisión, por lo que, si Ocean's entiende que Telefónica ha llevado a cabo conductas que puedan haber acarreado daños reputacionales en su imagen corporativa, deberá dirigirse ante esta misma empresa y, en su defecto, ante la ya citada vía jurisdiccional civil, para depurar las responsabilidades por daños y perjuicios oportunas.

(V) **Sobre el plan de pagos propuesto por Ocean's**

Por último, procede analizar el plan de pagos de la deuda devengada que ofrece Ocean's en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, y que ya fue originalmente ofrecido a Telefónica –en diciembre de 2017-:

**[CONFIDENCIAL VP]**

Para hacer frente a dicho pago, Ocean's pone de manifiesto ante esta CNMC que va a obtener financiación de distintas fuentes: (i) de inversores, cuyo contrato de préstamo no aporta debido a un compromiso de confidencialidad que supuestamente mantiene con los mismos y que tampoco acompaña, (ii) de órganos administrativos y entidades financieras representadas, respectivamente por el **[CONFIDENCIAL VP]** provenientes del programa Préstamos IFI, Relanzamiento do Instrumento Financiero, Préstamo a Pemes Galicia, bajo el número de expediente IG 245.2017.1, y (iii) la devolución del IVA del 2017, que asciende a **[CONFIDENCIAL VP]** y que indica que recibirá en dos meses -abril-

A este respecto debe mencionarse que ninguna de las anteriores fuentes de financiación ha resultado acreditada a fecha de la presente Resolución. Por tanto, resulta imposible para esta CNMC afirmar o presuponer, a día de hoy, que Ocean's resultará adjudicatario del préstamo que indica con cargo al programa Préstamos IFI, Relanzamiento do Instrumento Financeiro, Préstamo a Pemes Galicia, bajo el número de expediente IG 245.2017.1. Tampoco puede afirmarse que Ocean's efectivamente recibirá la devolución solicitada del IVA de 2007 (únicamente se ha aportado la solicitud presentada), o que la cantidad solicitada será devuelta con la antelación suficiente para hacer frente al pago de sus obligaciones, según su plan<sup>15</sup>.

**CUARTO.- Sobre la solicitud de autorización a Telefónica para la desconexión de los servicios mayoristas prestados a Ocean's**

---

<sup>15</sup> A este respecto, la solicitud se presentó el 26 de enero de 2018 y el artículo 115 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, concede un plazo de seis meses para practicar la liquidación por parte de la Administración tributaria.

Expuesto todo lo anterior, aun existiendo discrepancias entre las partes en el importe total de la deuda, ésta, en su mayor parte, es reconocida por Ocean's; en este contexto, lo relevante en el marco del presente conflicto es resolver si existen motivos suficientes que justifiquen autorizar a Telefónica para que cese en la prestación de los servicios mayoristas a Ocean's, con la consecuente resolución de sus contratos.

Para ello, debe concluirse que, durante la instrucción del procedimiento, Telefónica ha acreditado que Ocean's ha impagado gran parte de las facturas emitidas por los servicios mayoristas que le viene prestando a lo largo de los años 2015, 2016, 2017 y los primeros meses de 2018 -ya que los pagos que Ocean's ha realizado durante este año se han imputado íntegramente al plan de pagos antiguo, dejando por tanto impagadas las facturas de los servicios mayoristas devengadas más recientemente-.

Dicha circunstancia supone un impago continuado de los servicios provisionados por un período de tres años. Por su parte, Telefónica no ha cesado en la prestación de sus servicios mayoristas a Ocean's y además viene reclamando reiteradamente el pago de los servicios prestados a aquella entidad, como se demuestra de los seis burofaxes aportados -uno para cada contrato- por esta empresa junto a su escrito de interposición del conflicto de 20 de julio de 2017.

Además, se tiene en cuenta que, a pesar de que el 20 de diciembre de 2016 ambas partes subscribieron un plan de pagos para refinanciar la deuda mantenida desde junio 2015 hasta ese momento, este compromiso ha sido incumplido casi en su totalidad por Ocean's.

De la documentación obrante en el procedimiento se observa como Ocean's viene realizando pagos parciales puntuales y, además, desde la interposición del conflicto, ha acreditado el pago de **[CONFIDENCIAL VP]** entre agosto de 2017 y abril de 2018. No obstante, todos estos pagos son insuficientes para cubrir los servicios prestados mensualmente y amortizar a su vez la deuda acumulada, lo que resulta en un crecimiento exponencial de la deuda con el transcurso del tiempo.

Resulta también decisivo determinar que ninguna de las actuaciones o circunstancias manifestadas por Ocean's con respecto a Telefónica supone un incumplimiento de magnitud suficiente para justificar -o explicar- la infracción reiterada por parte de Ocean's de su obligación esencial de satisfacer los servicios prestados.

No obstante, debe ponderarse, por último, si, en virtud de las obligaciones adicionales impuestas a Telefónica en virtud de la regulación *ex ante*, podría justificarse el mantenimiento de los contratos para garantizar la consecución de los objetivos y principios consagrados en el artículo 3 de la LGTel.

La condición de Telefónica como operador con PSM en los mercados 2/2007 y 3a, 3b (3b\_2) y 4/2014, relacionados con estos contratos, conlleva la obligación de prestar algunos de los servicios mayoristas derivados de los acuerdos cuya resolución se pretende, ya que la CNMC ha concluido que estos mercados no se desarrollan en situaciones de competencia efectiva, imponiendo a Telefónica, al amparo del artículo 14 de la LGTel, la obligación de acceso y de desarrollar una oferta de referencia que garantice que los servicios derivados de estos mercados se presten en condiciones equivalentes y circunstancias semejantes a todos los operadores que los soliciten.

Sin embargo, aun existiendo obligaciones reforzadas para Telefónica, tanto en dichas ofertas de referencia como en los contratos que las reproducen, se prevé la posibilidad de resolver el acuerdo por el incumplimiento de las obligaciones esenciales por cualquiera de las partes una vez transcurrido el plazo de dos meses desde que la parte cumplidora haya exigido a la otra, por escrito, el cumplimiento de las mencionadas obligaciones, siendo la CNMC quien, en defecto de mutuo acuerdo, deberá apreciar la concurrencia de esta circunstancia; como se hace en el presente conflicto.

Y es que la prestación de servicios mayoristas de telecomunicaciones conlleva unos costes para los operadores y, por tanto, los mismos han de ir acompañados de la correspondiente contraprestación. Por tanto, si esta no se satisface durante un período continuado, no resulta ni proporcionado ni objetivo imponer a Telefónica la obligación de financiar los servicios prestados a un competidor **[CONFIDENCIAL VP]**, máxime cuando concurren las circunstancias que habilitan a resolver previstas en los contratos entre las partes y las ofertas de referencia.

En este sentido, tanto la CMT como la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC han venido rechazando que los operadores tengan la obligación de soportar impagos continuos por la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Entre otras, véanse las resoluciones de 17 de marzo<sup>16</sup> y 8 de octubre de 2015<sup>17</sup>. En ambas resoluciones, la CNMC ha autorizado el cese de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por incumplimiento continuo de la obligación de pago por los servicios recibidos y prestados. Asimismo, pueden verse las resoluciones más recientes de fechas 12 de mayo de 2016<sup>18</sup>, 4 de mayo de 2017<sup>19</sup> y 21 de junio de 2017<sup>20</sup>.

Por otra parte, es cierto que el artículo 12.5 de la LGTel faculta a esta CNMC para intervenir en las relaciones entre operadores 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 principios

---

<sup>16</sup> Expte. CNF/D TSA/1237/13/TELEFÓNICA vs DTI2 OBA RESOLUCIÓN CONTRATO

<sup>17</sup> Expte. CNF/D TSA/1720/14/RESOLUCIÓN CONTRATO JAZZTEL v. SEASUNTEL

<sup>18</sup> Expte. CFT/D TSA/018/15/DESCONEXIÓN SERVICIOS ORANGE v. TELEMUNUTOS

<sup>19</sup> Expte. CFT/D TSA/034/16/DESCONEXIÓN SERVICIOS ORANGE v. VECINDARIO

<sup>20</sup> Expte. CFT/D TSA/051/16/DESCONEXIÓN SERVICIOS ORANGE v. OCEAN'S

establecidos en el artículo 3. Sin embargo, es importante subrayar también que el apartado 6 del mismo artículo 12, dictamina que las obligaciones y condiciones que se impongan de conformidad deben ser siempre objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias.

Entre tales objetivos y principios del artículo 3 de la LGTel, está la supervisión de la ejecución de la regulación mayorista dictada por esta Comisión, que debe regirse por el principio de intervención mínima, es decir, que sea lo menos intrusiva posible y en los casos en que sea necesario por motivos de interés público y respetuosa del principio de primacía de la negociación entre las partes.

Ocean's ha solicitado que se archive el presente expediente, sobre la base del plan de pagos presentado en diciembre de 2017, *“situándose la Comisión como garante del planteamiento ya referido en aras de la protección al usuario final”*.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la condición de operador con PSM de Telefónica en algunos de los mercados en los que se han regulado los servicios cuya desconexión se pretende no puede amparar un incumplimiento sistemático y reiterado de la obligación esencial de pago de Ocean's. A la misma conclusión debe llegarse, en el presente caso, con aquellos contratos suscritos **[CONFIDENCIAL VP]** que no estén sometidos a regulación *ex ante*.

A pesar de que Ocean's ha aportado un plan de pagos que reduciría la deuda total vencida, este operador no ha acreditado suficientemente, ni que pueda hacer frente al pago de los **[CONFIDENCIAL VP]** y el pago simultáneo de los servicios prestados mensualmente, ni que vaya a disponer de las cantidades que promete en el plazo previsto en su nuevo plan de pagos.

Por tanto, en la medida en que no resulta probado –ni siquiera indiciariamente– que Ocean's podrá hacer frente al plan de pagos propuesto, resultaría desproporcionado que, por una mera expectativa de pago, se impusiera a Telefónica la obligación de seguir subvencionando los servicios a un operador que viene incumpliendo sus obligaciones de pago desde 2015.

De conformidad con el artículo 88 de la LPAC, la resolución que ponga fin al procedimiento debe adoptarse valorando las cuestiones (alegaciones y documentación) planteadas por los interesados, debiendo ser en todo caso motivada. Por ello, la CNMC debe resolver en congruencia con las peticiones formuladas por los operadores y valorando únicamente aquella información y documentación aportada en el expediente. No obstante, todo lo anterior no impide que Telefónica y Ocean's puedan seguir negociando, al amparo del artículo 12.2 de la LGTel y al margen del presente procedimiento administrativo, cualquier otra propuesta o plan de pago en aras a mantener la prestación de los servicios mayoristas prestados.

Por todo ello, se concluye que ha de autorizarse el cese de la prestación de los servicios de acceso e interconexión y la consecuente rescisión de los contratos

analizados, al confirmarse la concurrencia de la causa de extinción indicada en los contratos, consistente en el grave incumplimiento de una de las obligaciones esenciales de tales contratos. Ello no supone un menoscabo de los principios del artículo 3 de LGTel, que justifiquen a esta Comisión imponer la permanencia de los contratos –con la consecuente financiación de los servicios– en defensa del interés general de los usuarios, de la interoperabilidad de los servicios o las obligaciones de servicio público.

En este sentido, se recuerda a Ocean's que, de conformidad con el artículo 9.3 del Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, deberá comunicar a sus usuarios finales la finalización de la prestación del servicio minorista con un mes de antelación a dicha finalización, con el objeto de que sus clientes puedan valorar y decidir con cierto margen de tiempo la contratación con otro operador de telecomunicaciones, solicitando la portabilidad de su número, o darse de baja con la devolución de la numeración en caso de que proceda.

Por ello, dada la decisión adoptada en la presente Resolución de permitir a Telefónica interrumpir su prestación de servicios, en el supuesto de que Ocean's vaya a cesar en la comercialización de servicios de comunicaciones electrónicas minoristas, esta empresa deberá mandar las preceptivas comunicaciones a sus clientes inmediatamente a partir de la notificación de la presente Resolución para poder cumplir el plazo del mes citado anteriormente y no perjudicar los derechos de los usuarios finales.

En coherencia con lo anterior, esta Sala ve necesario que la autorización a Telefónica para cesar en la prestación de servicios mayoristas a Ocean's tenga lugar en el plazo de un mes y medio a partir del día siguiente a la fecha de notificación a Ocean's de la presente Resolución –fecha que esta Comisión comunicará a Telefónica-.

Por todo lo anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

## **RESUELVE**

**PRIMERO.-** Estimar la solicitud de Telefónica de España, S.A.U. para cesar en la prestación de servicios mayoristas de telecomunicaciones a Ocean's Network, S.L., debido a la situación de impago por parte de ésta, y la consecuente resolución de los contratos en vigor.

**SEGUNDO.-** Telefónica de España, S.A.U. podrá cesar en la prestación de los servicios mayoristas impagados por Ocean's Network, S.L., una vez transcurrido el plazo de un mes y medio a partir del día siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución a Ocean's Network, S.L.

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