



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO, en sustitución del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 7.2 de la O.M. de 9 de abril de 1997, B.O.E. de 11 de abril de 1997), 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 34/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 18 de octubre de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente RO 2006/559 se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN PRESENTADO POR LA ENTIDAD WORLD WIDE WEB IBERCOM, S.L. POR EL QUE SOLICITA LA INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN DECLARANDO LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE INTERCONEXIÓN ENTRE DICHA ENTIDAD Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., SOCIEDAD UNIPERSONAL, EN LOS TERMINOS DE LA OIR.

HECHOS

Primero.- Solicitud presentada por WORLD WIDE WEB IBERCOM, S.L.

Con fecha 20 de abril de 2006, tuvo entrada en e Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de la entidad WORLD WIDE WEB IBERCOM, S.L., (en adelante, IBERCOM) en el que expone lo siguiente:

- Que con fecha 25 de agosto de 2005 IBERCOM se puso en contacto con TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A., SOCIEDAD UNIPERSONAL, (en adelante, TELEFÓNICA) con el fin de solicitarle la firma de los contratos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

referentes a la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR), poniéndose a su disposición para la firma de los mismos a la mayor brevedad posible.

- Que IBERCOM expresó su voluntad de aceptar pura y simplemente las condiciones de la OIR vigente, y la intención de proceder a la firma del contrato inmediatamente, de conformidad con lo establecido tanto en la OIR 2003 como en la OIR 2005.
- Que en la misma fecha 25 de agosto de 2005, IBERCOM solicitó a TELEFÓNICA Puntos de Interconexión de Circuitos (PdICs) ópticos, solicitándole los formularios necesarios para la puesta en marcha del proceso de entrega.
- Que con fecha 31 de agosto de 2005 TELEFÓNICA responde que para poder constituir los PdICs es necesario firmar los contratos de la OIR, ante lo cual IBERCOM responde que ya ha solicitado la firma de dichos contratos, si bien la misma no es requisito necesario para que TELEFÓNICA ponga los servicios OIR a su disposición.
- Que IBERCOM tuvo que reiterar a TELEFÓNICA mediante correo electrónico de 2 de septiembre el envío de los formularios necesarios para formalizar de nuevo la solicitud de provisión de los PdICs ópticos requeridos el 25 de agosto de 2005.
- Que con fecha 10 de octubre de 2005 TELEFÓNICA envía un burofax a IBERCOM en el que reconoce que dicha entidad ha solicitado la firma del Acuerdo General de Interconexión (AGI) acogiéndose a la OIR vigente. En dicho burofax, TELEFÓNICA requiere formalmente a IBERCOM la constitución de un aval con carácter previo a la firma del AGI, por entender que ha incurrido en impagos a TESAU por la cantidad de 273.718,45 euros en concepto de distintos servicios prestados.
- Que con fecha 24 de octubre de 2005 IBERCOM responde al precitado burofax, reiterando que la mera comunicación de su voluntad de adherirse a la OIR es suficiente para que la misma produzca efectos, con independencia de si se firma AGI o no.
- En relación a la supuesta deuda, IBERCOM manifiesta que no existe tal deuda sino que es TELEFÓNICA quien adeuda a IBERCOM una cantidad muy superior en concepto de penalizaciones por retrasos en la provisión y en la resolución de incidencias de servicios OBA, la cual fue objeto de compensación por parte de TELEFÓNICA.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que la OIR prevé la posibilidad de exigir un aval al operador, si éste solicita un Pdl, siempre que el operador este incurso en riesgo crediticio, pero nada dice la OIR respecto a que se pueda condicionar la firma de un AGI a la constitución de avales.
- Que ante la falta de respuesta de TELEFÓNICA, el día 29 de noviembre se pone de nuevo en contacto para recordarle la petición de PdlCs ópticos que ya le había realizado el 25 de agosto de 2005 y añade una nueva petición mediante circuitos de voz entre la red de conmutación de voz de IBERCOM y la de TELEFÓNICA.
- Que desde ese momento no ha recibido contestación alguna de parte de TELEFÓNICA.
- Que no existe causa que justifique la constitución del aval solicitado por TELEFÓNICA puesto que no han existido impagos por servicios OBA (que constituyen la relación principal entre ambas compañías) tal y como ha sido constatado por la Comisión en los expedientes de referencia RO 2005/1053 y DT 2004/1367. No obstante, el balance efectivamente existente entre ambas compañías no podrá dilucidarse en tanto TELEFÓNICA siga incumpliendo lo establecido en la parte resolutive del expediente DT 2004/1367 en el que la propia Comisión obliga a TELEFÓNICA a aplicar a favor de IBERCOM las correspondientes penalizaciones.
- Que, además, IBERCOM ha solicitado expresamente y por escrito a TESAU en varias ocasiones una reunión con objeto de resolver la discrepancia de importes que pudiera existir sin haber obtenido ningún resultado.
- Que todo lo anterior le está causando los siguientes perjuicios a IBERCOM: 1) se ve obligado a operar a través de un operador en tránsito, lo cual le supone unos costes superiores a si lo estuviese haciendo a través de TELEFÓNICA; 2) determinada numeración geográfica y de acceso a Internet no es visible desde la red de TELEFÓNICA a pesar de que se lo ha solicitado; 3) tiene que asumir los costes de mantenimiento de una numeración que le ha sido asignada pero con la que no puede operar debido a las trabas que le pone TELEFÓNICA para que la misma esté operativa en todo el territorio nacional.

Efectuadas estas alegaciones, IBERCOM solicita a la Comisión que *“declare la existencia de un contrato de interconexión entre TESAU e IBERCOM desde el día 2 de septiembre, esto es, desde el momento en que TESAU admite conocer la adhesión a la OIR expresada por IBERCOM desde el día 25 de agosto y reenviada el 31 de agosto”* e *“inste a la firma inmediata del correspondiente AGI”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, solicita que *“ordene que se establezcan los PdCI solicitados”* y *“declare que en el presente caso TESAU no está legitimada para solicitar avales ni para condicionar la provisión de servicios y firma del AGI, a la constitución de los mismos”*.

Por último solicita que *“proceda a incoar procedimiento sancionador contra TESAU por infracción de lo previsto en la Resolución que aprueba la OIR vigente, al negarse sin motivo alguno, en primer lugar, a reconocer la existencia de una relación contractual de interconexión con IBERCOM; en segundo lugar, a la firma del correspondiente contrato en el plazo fijado, y, finalmente, a establecer los PdIC y Pdl solicitados por IBERCOM, aún cuando mi representada se había adherido incondicionalmente a la OIR”*.

IBERCOM acompaña a su solicitud copia de los mensajes y burofaxes a los que hace referencia en su escrito de alegaciones.

Segundo.- Comunicaciones de inicio del procedimiento y requerimiento practicado a TESAU.

Por medio de sendos escritos de fecha 3 de mayo de 2006 se notificó a los interesados del procedimiento (IBERCOM y TELEFÓNICA) el inicio del mismo.

TELEFÓNICA, junto con la comunicación de inicio, se le dio traslado de una copia del escrito presentado por IBERCOM y se le confirió un plazo de diez días para que presentara las alegaciones que considerara oportunas.

Tercero.- Alegaciones de TELEFÓNICA.

El 12 de junio de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TELEFÓNICA en el que realiza las siguientes manifestaciones:

- Que TELEFÓNICA, en cumplimiento de la OIR 2003 y de la OIR 2005, ha ejercido su derecho a negar la interconexión a IBERCOM al haber incumplido dicho operador uno de los requisitos exigibles para la interconexión: la constitución de una garantía para el aseguramiento del pago en caso de existencia de deuda en sus relaciones comerciales.
- Que hasta el momento de la solicitud de adhesión del operador a la OIR 2003 se han producido continuos impagos por parte de IBERCOM por la prestación de diversos servicios, sin que haya sido abonada factura alguna por los servicios prestados por TELEFÓNICA, existiendo una deuda a 25 de agosto de 2005 de 1.670.626,36 euros y de 1.505.588,09 a fecha 1 de junio de 2006.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que con fecha 6 de octubre de 2005 TELEFÓNICA envió burofax a IBERCOM incluyendo un desglose de la deuda y reclamándole el pago de los servicios prestados.
- Que, en vista de lo anterior, TELEFÓNICA se encuentra legitimada para solicitar la constitución de aval prevista en el apartado 11.4 de la OIR 2003, relativa a los aseguramientos del pago, lo que comunicó a IBERCOM mediante burofax de 10 de octubre.
- Que la solicitud de constitución del precitado aval está más que justificada no sólo por la existencia de una deuda a favor de TELEFÓNICA sino que, además, los datos de negocio de IBERCOM impiden a TELEFÓNICA confiar en que dicha operadora vaya a hacer frente al pago de los servicios de interconexión que le pudiera prestar, habida cuenta que su capacidad de ingreso y generación de beneficios es muy reducida.
- Que la literalidad de la OIR no deja lugar a dudas sobre la posibilidad de exigir la garantía de aseguramiento del pago para la *“efectiva posibilidad de interconexión”* sin que se haga diferenciación entre PdlS y PdClS, tal y como afirmaba IBERCOM en sus alegaciones.
- Que TELEFÓNICA no adeuda cantidad alguna a IBERCOM en concepto de penalizaciones al haber cumplido con la obligación derivada de la Resolución de la Comisión de 30 de diciembre de 2004, abonando una determinada cantidad emitida mediante factura negativa.
- Que en todo caso, es IBERCOM quien adeuda a TELEFÓNICA por servicios de acceso al bucle de abonado una cantidad muy superior a las supuestas penalizaciones adeudadas por TELEFÓNICA.
- Que al negarse IBERCOM a constituir un aval, según prevé el contrato tipo recogido en la OIR 2003, y en la OIR 2005, se está negando a aceptar el citado contrato y por tanto se está negando a adherirse a la OIR, sin que exista perfeccionamiento alguno del contrato.

Efectuadas estas alegaciones, TELEFÓNICA solicita que resuelva desestimar todas y cada una de las pretensiones que IBERCOM plantea en su denuncia y entienda que TELEFÓNICA ha cumplido con todas sus obligaciones en lo relativo a la interconexión y, en especial, a la OIR 2003.

TELEFÓNICA aporta a su escrito de alegaciones una serie de documentos y burofaxes al respecto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cuarto.- Con fecha 7 de julio de 2006 por parte de esta Comisión se evacuó requerimiento a TELEFÓNICA para que esta entidad aportara la siguiente información y documentación:

- Facturas emitidas o cualquier otro documento que permita acreditar las deudas a las que se refiere en su escrito de 12 de junio de 2006, así como que las mismas se encuentran vencidas, y son líquidas y exigibles.
- Asimismo, se le requiere para que identifique los servicios de los que traen causa dichas deudas.

Mediante escrito de 18 de julio de 2006, con entrada en el Registro de esta Comisión de 21 de julio, el representante legal de TELEFÓNICA solicitó ampliación de plazo para realizar las alegaciones oportunas de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la LRJPAC.

Por su parte, esta Comisión procedió a dar contestación a dicha solicitud mediante escrito de fecha 24 de julio de 2006, ampliando el período por un plazo máximo de otros cinco días más.

Con fecha 2 de agosto de 2006 tuvo entrada escrito de TELEFÓNICA dando contestación al requerimiento evacuado por parte de esta Comisión. En particular básicamente señaló lo siguiente:

- Que en cuanto a la deuda y facturas pendientes de pago de IBERCOM se pueden distinguir tres bloques:
 - a) Hasta el momento de solicitud de adhesión a la OIR 2003 con fecha 25 de agosto de 2005 donde se incluyen deudas de Telefónica de España y Telefónica Data España (con motivo de la fusión realizada y que a efectos de facturación y reclamación de la deuda estaría en funcionamiento desde comienzos del año 2006) por un total de 1.670.626,36 €.
 - b) Compensación de las penalizaciones OBA en Octubre de 2005 por parte de TESAU a IBERCOM resultando una deuda a favor de TELEFÓNICA después de la compensación de 225.466,36 € que junto con la deuda de Telefónica Data supone un total de 757.044,6 €.
 - c) La deuda que a 1 de junio de 2006 era vencida y exigible que consistía en un total de 1.505.588,09 €.
- Que en cuanto a la identificación de los servicios causa de dichas deudas, el desglose es el siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cuanto a los servicios causantes de la deuda a 25 de agosto de 2005, momento de la solicitud de adhesión del operador a la OIR 2003:

Servicio	Importe
Circuitos	982.034,94
Ibercom	66,87
OBA	127.951,9
Preasignación	3.132,82
Telefonía	25.861,59
Datos	531.578,24
Total	1.670.626,36

En cuanto a los servicios causantes de la deuda a fecha de 1 de junio de 2006:

Servicio	Importe
Circuitos	834.015,39
OBA	125.605,32
Preasignación	7.433,13
Telefonía	6956,01
Datos	531.578,24
Total	1.505.588,09

Quinto.- Con fecha 7 de julio de 2006 por parte de esta Comisión se dio traslado a IBERCOM del escrito de alegaciones presentado por TELEFÓNICA con fecha 12 de junio para que realizara las alegaciones que considerara oportunas.

A su vez se solicitó la remisión de información mediante la cual se acreditara lo alegado por IBERCOM en cuanto a las compensaciones de importes adeudados entre ambas empresas y el saldo favorable a IBERCOM a los que se refiere en el apartado octavo de su escrito de 20 de abril.

Sexto.- Mediante escrito de fecha 17 de julio de 2006, con entrada en el Registro de esta Comisión el 20 de julio, el representante legal de IBERCOM solicitó la ampliación de plazo de alegaciones y de la información requerida inicialmente concedido de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la LRJPAC.

Por su parte, esta Comisión procedió a dar contestación a dicha solicitud mediante escrito de fecha 24 de julio de 2006, ampliando el período por un plazo máximo de otros cinco días más.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fecha 1 de agosto de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de IBERCOM dando contestación al requerimiento evacuado por la misma, en el cual básicamente se alegaba lo siguiente:

En cuanto a la **constitución o no de un aval** y la provisión de PdlS:

- Que la confirmación de la existencia de un contrato de interconexión entre IBERCOM y TELEFÓNICA es previo a otros aspectos concretos de aplicación de la relación contractual como puedan ser la constitución o no de un aval y la provisión de PdlS.
- Que IBERCOM no ha rechazado adherirse a ningún punto de la OIR y menos aún a las previsiones relativas a los avales como intenta hacer creer TELEFÓNICA al manifestar que IBERCOM negándose a constituir un aval se está negando a aceptar el contrato tipo de la OIR.
- Que dado que TELEFÓNICA reconoce tener conocimiento desde el 2 de septiembre de la adhesión de IBERCOM a la OIR, se debe entender que existe un contrato de interconexión entre TELEFÓNICA e IBERCOM, como mínimo, desde dicho día, ya que debe tomarse tal fecha como la de concurrencia de oferta y aceptación como señala el artículo 1262 del Código Civil (en adelante, Cc).
- Que al existir el contrato desde el día 2 de septiembre de 2005, IBERCOM está plenamente legitimada a disponer de los servicios de interconexión que solicite desde esa fecha, y desde ese momento igualmente, TELEFÓNICA está obligada a prestarle los servicios solicitados, con las únicas limitaciones y condicionamientos que resulten de la aplicación de la OIR.

En cuanto a las **facturas aportadas**:

- Que TELEFÓNICA únicamente aporta un listado de facturas que han sido emitidas a IBERCOM y que la mayoría de ellas ya han sido reclamadas por IBERCOM al no estar de acuerdo con las mismas, considerando que muchas de ellas han sido duplicadas.
- Que las supuestas facturas pendientes de abono mal emitidas o en discusión, que no impagadas por IBERCOM, y que según TELEFÓNICA ascenderían a 1.139.048,12€ el 25 de agosto de 2005, y a 974.009,85€ el 1 de junio de 2006, están reclamadas en su mayor parte por no ser posible la identificación de los conceptos facturados ni la comprobación de las mismas. Añade IBERCOM que además dichas facturas se encuentran reclamadas porque nunca debieron ser emitidas al permanecer abiertas incidencias de provisión de servicios OBA por parte de TELEFÓNICA no



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

estando por lo tanto entregado el servicio y no pudiendo ser facturado el mismo.

- Que, según IBERCOM, una vez deducidos los importes que han sido reclamados por IBERCOM junto con los que nunca le han sido comunicados, el importe correcto a abonar por IBERCOM a TELEFÓNICA sería de 181.440,88€, por lo que teniendo en cuenta que TELEFÓNICA le debe en concepto de penalizaciones 916.037,44 €, el resultado final es que IBERCOM resulta acreedora de TELEFÓNICA por una cantidad de 734.596,56€.
- Que se debe tener en cuenta que siguen pendientes por parte de TELEFÓNICA el pago de penalizaciones que todavía no le han sido abonadas por retrasos en la provisión de servicios de cobricación, TCI, resolución de incidencias y visitas.

En cuanto a la **deuda con TELEFÓNICA DATA** (TData):

- Que TELEFÓNICA no está legitimada para incluir en la supuesta deuda con IBERCOM aquella que pueda tener con TData ya que la fusión de dicha entidad y TELEFÓNICA es efectiva frente a terceros sólo desde el 12 de julio de 2006, fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, la cual fue notificada a IBERCOM mediante carta de 3 de julio de 2006.
- Que IBERCOM interpuso una demanda por vía civil a TData en la que le reclamaba cierta cantidad que se le debía por el concepto de *“remuneración por tráfico inducido”* que, es un concepto típico de las relaciones entre proveedores de acceso a Internet y operadores mayoristas.

Que en dicho procedimiento civil existió reconvenición por parte de TData, la cual afirmó que debía determinada cantidad a IBERCOM, pero que dicha cantidad era menor de lo que IBERCOM le adeudaba a TData por los servicios prestados, de modo que según TData el saldo final era a su favor.

Que hasta que el Juzgado de Primera Instancia no se pronuncie la deuda que pueda existir entre ambos operadores es una deuda en disputa y por tanto, no se puede considerar que sea ni líquida, ni vencida ni exigible.

Efectuadas estas alegaciones, IBERCOM solicita que se resuelva (i) declarar la existencia de un contrato de interconexión entre TELEFÓNICA e IBERCOM desde el día 2 de septiembre de 2005, esto es, desde el momento en que TELEFÓNICA admite conocer la adhesión a la OIR expresada por IBERCOM el día 25 de agosto y reenviada el 31 de agosto; (ii) instar a TELEFÓNICA a la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

firma inmediata del correspondiente AGI, que debió tener lugar el día 8 de septiembre de 2005, esto es, en el quinto día laborable siguiente al citado 2 de septiembre; (iii) ordenar que se establezcan los PdIC solicitados por IBERCOM en San Sebastián, así como el Pdl de voz solicitado en Madrid en el plazo mas breve posible y para conseguir su inmediatez se establezcan multas coercitivas de cuantía adecuada; (iv) declarar que TELEFÓNICA no está legitimada para solicitar avales ni para condicionar la provisión de servicios y firma del AGI, a la constitución de los mismos en el presente caso y por último (v) proceder a incoar procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA por infracción de lo previsto en la Resolución que aprueba la OIR vigente, al negarse sin motivo alguno a reconocer la existencia de una relación contractual de interconexión con IBERCOM, a la firma del correspondiente contrato en el plazo fijado y a establecer los PdIC y Pdl solicitados, aún cuando IBERCOM se ha adherido incondicionalmente a la OIR.

Séptimo.- Con fecha 26 de octubre de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de IBERCOM por el cual vino a alegar lo siguiente:

- Que con fecha 21 de septiembre de 2006 el Juzgado de Primera Instancia nº 33 de Madrid falló sobre el procedimiento ordinario 6/2005, relativo a las controversias existentes entre TData e IBERCOM por la remuneración de tráfico inducido, en la cual se falló lo siguiente: *“Como consecuencia de la compensación, al ascender la deuda de TELEFÓNICA DATA ESPAÑA, S.A. a 110.198€, y la deuda de WORLD WIDE WEB IBERCOM, S.L a 50.732,62€, resulta por TELEFÓNICA DATA ESPAÑA, S.A, deudora frente a WORLD WIDE WEB IBERCOM, S.L, en la cantidad de 59.465,38€.”*

Octavo.- Con fecha 15 de junio de 2007 por parte de esta Comisión se evacuó requerimiento a TELEFÓNICA para que esta entidad aportara determinada documentación necesaria en el seno del presente conflicto.

Con fecha 5 de julio de 2007 tuvo entrada escrito de TELEFÓNICA dando contestación al requerimiento evacuado por parte de esta Comisión.

Noveno.- Mediante sendos escritos de fecha 27 de julio de 2007, con salida de esta Comisión el 30 del mismo mes, una vez finalizada la instrucción del procedimiento y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJPAC, se procedió a comunicar a los interesados, IBERCOM y TELEFÓNICA, la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente así como el Informe elaborado por los Servicios de esta Comisión de fecha 27 de julio de 2007.

Décimo.- Mediante escrito de fecha 10 de agosto de 2007, con entrada en el Registro de esta Comisión el 16 de agosto, el representante legal de IBERCOM



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

solicita ampliación de plazo para formular alegaciones al trámite de audiencia de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la LRJPAC.

Undécimo.- Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de IBERCOM presentó escrito de alegaciones que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 21 de agosto de 2007 y en el que, en resumen, manifestaba lo siguiente:

- Que una vez reconocida la existencia de un contrato de interconexión por esta Comisión entre ambas partes, inste a su vez a TELEFÓNICA para su formalización a la firma inmediata del correspondiente AGI, tal y como se dispone en la OIR.
- Que se confirme que la solicitud de aval realizada por TELEFÓNICA desde 2005 no cumple los requisitos exigidos por la OIR, puesto que no existe ni se acredita tal impago por riesgo crediticio.
- Que a falta de acuerdo o decisión vinculante que modifique las cantidades que reclaman ambos operadores, no pueden tenerse en cuenta en este expediente otras cifras que aquellas en que ambas partes están conformes.
- Que a fin de garantizar la inmediatez del cumplimiento de las obligaciones de TELEFÓNICA, se establezca multa coercitiva de la cuantía adecuada para que no sea económicamente aceptable para TELEFÓNICA prolongar el incumplimiento de lo ordenado.
- Que la exigencia de aval planteado por TELEFÓNICA está siendo utilizada como una medida dirigida no al fin previsto (asegurar los pagos de interconexión, evitando un supuesto riesgo crediticio), sino como un modo de imponer un elevado coste financiero a IBERCOM, presionando en el conjunto de su actividad, e intentando en definitiva, la exclusión del mercado de un competidor.

Duodécimo.- Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de TELEFÓNICA presentó escrito de alegaciones que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 21 de agosto de 2007 y en el que, en resumen, manifestaba lo siguiente:

- Que desde el momento en que IBERCOM acepta la oferta de TELEFÓNICA negándose a aceptar un derecho de ésta recogido en tal oferta, cual es la constitución de un aval previo a la efectiva interconexión, no puede entenderse que el consentimiento recaiga sobre la misma cosa (la OIR en su globalidad) y, por tanto, no es un consentimiento válido.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que si se llegase a entender que no es un elemento esencial de la Oferta y que el consentimiento es válido, se consideraría la existencia de un AGI que IBERCOM habría incumplido de forma inmediata, ya que los términos de este derecho a constituir aval son en el momento anterior a hacer efectiva la interconexión.
- Que resulta necesario que la Resolución que ponga fin al presente expediente declare de forma expresa la concurrencia de los requisitos establecidos en la OIR y, en consecuencia, el derecho de TELEFÓNICA para solicitar el aval de la deuda que IBERCOM mantiene con TELEFÓNICA para hacer efectiva la interconexión con esta entidad.
- Que, de igual manera, en base a los principios de congruencia y economía procesal se deberían prever las consecuencias que para las partes tendría la negativa a la constitución de garantías por parte de IBERCOM, y ello, porque tales consecuencias se extraen del espíritu de la OIR, pero no son fijadas de forma expresa por la misma.
- Que esta Comisión delimite el efecto jurídico y práctico de la negativa de IBERCOM a constituir el aval oportuno, la suspensión de la efectiva interconexión con TELEFÓNICA hasta que no se constituya el mismo en un periodo de tiempo de un mes y, en caso de persistir en su negativa, declarar extinguido el AGI entre las partes.
- Es decir, que el incumplimiento de constituir la garantía exigida por parte de TELEFÓNICA facultaría a ésta a suspender el inicio de la prestación de los servicios solicitados hasta que se constituya el aval e incluso a resolver el acuerdo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para resolver conflictos de interconexión.

El artículo 48.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) determina cuál es el objeto que tiene esta Comisión, que, entre otros aspectos, alcanza a la resolución de los conflictos que se produzcan entre los operadores:

“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.”

En relación con este objeto, y en lo que afecta a la materia de telecomunicaciones, el artículo 48.3 d) de la LGTel atribuye a la Comisión la siguiente función:

“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 esta Ley, así como en materias relacionadas con las guías telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras. Asimismo, ejercerá las restantes competencias que en materia de interconexión se le atribuyen en esta Ley.”

En el número 14 del Anexo II de esta Ley se define el concepto de interconexión –materia sobre la que, como se ha indicado, pueden versar algunos de los conflictos que resuelve la Comisión- como *“la conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones utilizadas por un mismo operador o por otro distinto, de manera que los usuarios de un operador puedan comunicarse con los usuarios del mismo operador o de otro distinto, o acceder a los servicios prestados por otro operador”*.

Específicamente, con relación a los conflictos que se produzcan en esta materia de la interconexión, el artículo 11.4 de la LGTel 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”*.

Reitera el artículo 14 de la misma Ley la competencia que corresponde a la Comisión para resolver este tipo de conflictos, concretando, además, ciertos aspectos del procedimiento a seguir por la Comisión a este objeto:

“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.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Al enumerar las competencias de la Comisión en materia de acceso e interconexión, el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre), que desarrolla la citada Ley General de Telecomunicaciones, menciona, en su artículo 23.3, las siguientes:

“Competencias en materia de acceso e interconexión y condiciones aplicables.”

3. Por su parte, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá atribuidas las competencias siguientes:

a) Podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado.

b) Conocerá de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, de este Reglamento y de otras normas de desarrollo de la citada Ley; a tal efecto, dictará una resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto y las medidas provisionales que correspondan.

(...)”

En definitiva, esta Comisión resulta competente para conocer de los conflictos relativos a las obligaciones de interconexión que se planteen entre operadores de telecomunicaciones y, en consecuencia, también para conocer del presente conflicto, instado por IBERCOM, en la medida en que el mismo se refiere a las condiciones de interconexión a aplicar entre este operador y TELEFÓNICA relativas a los mecanismos de aseguramiento de pago que la misma puede aplicar para garantizar el pago de las cantidades que se le adeuden en el futuro por la prestación de servicios de interconexión, aspecto que está regulado en la OIR.

Segundo.- Objeto del Procedimiento.

La representación de IBERCOM planteó conflicto de interconexión ante esta Comisión en relación con la negativa de TELEFÓNICA de declarar la existencia de un contrato de interconexión entre ambos, la denegación a la solicitud de entrega por parte de IBERCOM de una serie de servicios y la no legitimación de TELEFÓNICA a solicitar aval a IBERCOM condicionando la provisión de los servicios solicitados a la firma de un AGI entre ambos operadores.

Por ello, han de analizarse las siguientes cuestiones:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- a) La existencia o no de un contrato de interconexión entre TELEFÓNICA e IBERCOM.
- b) Las previsiones que establece la OIR en materia de aseguramiento de pagos.
- c) La legitimidad de TELEFÓNICA para solicitar aval, condicionando la provisión de los servicios solicitados por IBERCOM así como la firma del AGI.

Adicionalmente a lo anterior, por su parte, en su escrito de alegaciones, IBERCOM solicita a la esta Comisión su intervención para que proceda a la apertura del correspondiente procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA por infringir lo previsto en la Resolución que aprueba la OIR vigente, al negarse sin motivo alguno, a reconocer la existencia de una relación contractual de interconexión con IBERCOM y la entrega de los PdlS solicitados a pesar de haberse adherido IBERCOM incondicionalmente a la OIR.

Del mismo modo, IBERCOM solicita a esta Comisión que a fin de garantizar la inmediatez del cumplimiento de las obligaciones de TELEFÓNICA, se establezca multa coercitiva de la cuantía adecuada para que no sea económicamente aceptable para TELEFÓNICA prolongar la actual situación.

Al respecto, señalar que al presente procedimiento iniciado a instancias de IBERCOM le resulta aplicable el principio de congruencia en los términos que recoge el artículo 89.2 de la LRJPAC, en cuya virtud la Resolución que en su día se dicte ha de ser congruente con las peticiones formuladas por el interesado pero todo ello sin perder de vista la propia naturaleza de los conflictos de interconexión, como procedimientos cuasijurisdiccionales que son, en los que la Comisión actúa como tercero independiente en la heterotutela de las pretensiones de los operadores, lo que implica de suyo el pronunciamiento sobre las cuestiones que surjan, sin perjuicio de que esta Comisión pueda iniciar de oficio el correspondiente procedimiento sancionador si lo considerase oportuno, teniendo en cuenta la repercusión que la apertura inadecuada de un procedimiento de este tipo puede presentar en la esfera jurídica del afectado.

Respecto a la solicitud de IBERCOM de imponer por parte de esta Comisión multa coercitiva a fin de garantizar la inmediatez del cumplimiento de las obligaciones de TELEFÓNICA, cabe señalar que esta Comisión en el marco de sus funciones y como establece la disposición adicional sexta de la LGTel, podrá estimar, si confirmara la existencia de incumplimiento por parte de TELEFÓNICA de sus obligaciones en el marco de su Oferta y resultara en su caso conveniente, la imposición de la misma por el importe que estimara procedente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero.- La obligación de interconexión prevista en la normativa de telecomunicaciones.

El artículo 11.2 de la Ley General de Telecomunicaciones establece la obligación de los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas de negociar la interconexión: *“Los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas tendrán el derecho y, cuando se solicite por otros operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, la obligación de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, con el objeto de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad”*.

Conforme a la normativa de telecomunicaciones anterior a la vigente Ley General de Telecomunicaciones, los operadores de redes públicas telefónicas fijas que tuvieran la consideración de dominantes estaban obligados, además, a disponer de una oferta de interconexión de referencia para los demás operadores. Así lo preveía el artículo 9. 2 del Reglamento que desarrollaba el Título II de la anterior Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998) en lo relativo a la interconexión, el acceso a las redes públicas y a la numeración (Reglamento aprobado por el Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio).

Esta obligación de disponer de una oferta de interconexión de referencia continuaba vigente, en relación a los hechos objeto del presente procedimiento, en virtud de lo señalado en la disposición transitoria primera del anteriormente mencionado Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, que desarrolla la vigente Ley General de Telecomunicaciones: *“Los mercados de referencia actualmente existentes, los **operadores dominantes** en dichos mercados y las **obligaciones que tienen impuestas dichos operadores** continuarán en vigor hasta que, de acuerdo con lo establecido en el título II, se fijen los nuevos mercados de referencia, los operadores con poder significativo en dichos mercados y sus obligaciones.”*

Téngase en cuenta, además, que la obligación de publicar una Oferta de Interconexión de Referencia ha sido impuesta por la Comisión en su *Resolución de 2 de marzo de 2006* por la que se aprueba la definición de los mercados de terminación de llamadas en las redes públicas individuales de cada operador de telefonía fija, el análisis de los mismos, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, así como en la *Resolución de 27 de abril de 2006*, por la que se aprueba la definición del mercado de originación de llamadas en la red telefónica pública facilitada en una ubicación fija, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo en el mercado y las obligaciones específicas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cuarto.- Sobre la existencia o no de un contrato de interconexión entre TELEFÓNICA e IBERCOM.

En el presente apartado se procede a analizar si efectivamente, como señala IBERCOM en el marco del conflicto, nos encontramos ante la existencia de un contrato de interconexión entre TELEFÓNICA e IBERCOM derivado de la solicitud realizada por parte de éste con fecha 25 de agosto de 2005 por la que requería a TELEFÓNICA la firma de los contratos referentes a la OIR a la mayor brevedad posible.

TELEFÓNICA, por su parte, en su escrito de alegaciones con entrada en esta Comisión el 12 de junio de 2006 señaló, que al negarse IBERCOM a constituir un aval, según prevé el contrato-tipo recogido en la OIR, se está negando a aceptar el mismo y por tanto se está negando a adherirse a la OIR, sin que exista perfeccionamiento alguno del contrato.

La OIR es la Oferta de Interconexión de Referencia que, por su condición de operador con peso significativo en el mercado, TELEFÓNICA está obligada a publicar; si bien junto a esta caracterización jurídico-pública, la OIR presenta un marcado carácter jurídico-privado que ha sido puesto de manifiesto por esta Comisión en distintas Resoluciones.

Como ha reiterado esta Comisión, la OIR de TELEFÓNICA se constituye como un documento que incluye todos los elementos esenciales de una oferta contractual completa, sólo necesitada de la aceptación de aquellos operadores a quienes va dirigida, pretendiendo garantizar con ello la interconexión en un plazo adecuado.

El artículo 1261 del Código civil (en adelante, Cc) señala que no hay contrato sino cuando concurren los siguientes requisitos: consentimiento de los contratantes, objeto del contrato y causa de la obligación que se establezca. Pues bien, el objeto y la causa, junto con la prestación del consentimiento del oferente, son los elementos fundamentales que conforman la oferta. Por esta razón, basta con que se manifieste la voluntad de aceptación, pura y simple, de quien recibe la oferta, para que se entienda que concurren los elementos esenciales de todo contrato.

La OIR comparte por lo tanto todos los elementos que caracterizan una oferta. Por ello, esta Comisión siempre ha mantenido que el contrato que nace de la OIR se perfecciona por la simple aceptación de los términos de la Oferta por parte de sus destinatarios. La oferta debe emitirse de tal modo que, con la simple aceptación de la persona a la que va dirigida, incluya los elementos necesarios para que el contrato despliegue todos sus efectos sin que sea precisa una nueva manifestación del oferente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sentado lo anterior, la OIR del 2003 en su apartado 11 contiene el denominado “Contrato tipo de interconexión” integrado por un Cuerpo General y una serie de Anexos; el Cuerpo General recoge *“los principios fundamentales que gobiernan el Acuerdo entre ambas entidades, así como los elementos formales y legales que regulan las relaciones entre las mismas”*. A su vez, los Anexos recogen los aspectos técnicos, económicos y operativos ligados a la interconexión efectiva.

La OIR se constituye, por tanto, como una oferta de mínimos, cuya eficacia respecto de los términos que en ella constan debe ser automática tras su aceptación por parte de los operadores entrantes; esto es, no está justificada dilación alguna y únicamente, en determinados casos, deberá ser desarrollada en pactos formalizados por TELEFÓNICA y el operador interesado bajo las reglas de negociación que establece la propia OIR.

En este sentido, la OIR recoge las condiciones que TELEFÓNICA está obligada a ofertar, que suponen correlativos derechos de los operadores entrantes y que pueden ser exigidos desde el primer momento en el que se pretendan acordar servicios de interconexión con TELEFÓNICA. Con esta afirmación, esta Comisión no pretende atribuir a este cuerpo de derechos y obligaciones el carácter de irrenunciables, puesto que, en todo caso, prima la libre negociación entre las partes, excepto en los casos en los que esta Comisión deba intervenir por resultar el acuerdo alcanzado contrario a la competencia o a la interoperabilidad de los servicios.

Por lo tanto, la caracterización de la OIR como contrato de adhesión permite a cualquier operador interesado en la interconexión la firma de un AGI sin más contacto con el operador con peso significativo en el mercado que el estrictamente necesario para la comunicación del desarrollo de las cuestiones de carácter puramente técnico que requiere la efectiva prestación de los servicios de interconexión.

De este modo, es posible acelerar el proceso de implantación de la interconexión en todas aquellas cuestiones en las que la OIR satisface las necesidades y expectativas del operador entrante, dejándose para un momento posterior aquellas cuestiones que, por separarse de los términos de la Oferta, o por no contenerse en la misma, requirieran de una negociación posterior entre TELEFÓNICA y el operador entrante. Así, se facilita la implantación de la interconexión, evitando que la celebración de un Acuerdo completo, aunque de contenido mínimo, se vea dificultada por los intereses de ambos operadores en relación con aspectos puntuales o accesorios al mismo y que puedan ser negociados con posterioridad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como ya se ha avanzado más arriba, la Oferta y, por extensión, los Addenda a la Oferta, deben contener la información necesaria en lo que a condiciones de prestación se refiere para que la simple aceptación, sea de la Oferta en su conjunto, sea del Addendum correspondiente, lleve consigo la perfección contractual sin más condición que la aportación de los datos confidenciales o técnicos que resulten imprescindibles para que la prestación del servicio pueda ser efectiva. En cualquier caso, el AGI o el Addendum al AGI, se perfeccionará en la fecha en que se realice la aceptación de la Oferta.

Lo anterior, aplicable al caso concreto en el que nos encontramos supone que la solicitud realizada por IBERCOM mediante correo electrónico el 25 de agosto de 2005, por la cual requería a TELEFÓNICA la firma de los contratos de la OIR 2003, se entiende como la simple aceptación por parte del operador entrante, en este caso, IBERCOM, de la Oferta de servicios que supone la OIR de TELEFÓNICA.

Afirmado lo anterior, la cuestión que se plantea ahora es determinar el momento en el cual se puede entender efectiva la solicitud formulada por IBERCOM a TELEFÓNICA de aplicación de su Oferta para la prestación de los servicios incluidos en la misma.

La doctrina de esta Comisión¹ respecto al momento de efectividad de las solicitudes de aplicación de la OIR resulta clara, la OIR se aplicará de forma automática desde el momento en el que la solicitud del operador al que va dirigida sea conocida por TELEFÓNICA. En este sentido, se aplica el artículo 1262 del Cc, que establece que lo siguiente:

*“el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.
Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe.
El contrato, en tal caso, se presupone celebrado en el lugar en el que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”.*

Por lo tanto, según se desprende de la documentación aportada en el presente expediente, con fecha 2 de septiembre de 2005, TELEFÓNICA, mediante correo electrónico dio contestación a IBERCOM señalando en referencia a la solicitud de 25 de agosto de 2005 de dicho operador que “(...) *no había recibido dicho correo y te agradezco que lo hayas enviado nuevamente. Voy a*

¹ Entre otras, la Resolución de 27 de noviembre de 2003 por la que se resuelve el conflicto de interconexión entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y COLT TELECOM ESPAÑA, S.A.U. en relación con la modificación de los precios de los servicios de interconexión prestados por ambas entidades.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

preparar toda la documentación para firmar el acuerdo (...)”, entendiéndose por tanto que dicha fecha es la de conocimiento por parte de TELEFÓNICA de lo solicitado por IBERCOM.

Dicho esto, y una vez aceptada la OIR por parte del operador que se desea interconectar, tal y como establece la misma, en los cinco días laborables siguientes a la fecha en la que TELEFÓNICA tiene conocimiento de ésta, ambos operadores deben formalizar por escrito el texto que corresponda con el objeto de la aceptación. Es decir, desde el momento en que TELEFÓNICA tuvo conocimiento de la aceptación y adhesión a la OIR 2003 por parte de IBERCOM, en concreto, el 2 de septiembre de 2005, en el plazo de 5 días laborables debería haberse firmado el correspondiente AGI entre ambas partes.

Una vez determinado en el apartado anterior la existencia de un contrato de interconexión perfeccionado entre IBERCOM y TELEFÓNICA en base a la solicitud realizada por el primero de adherirse a la OIR 2003, procede ahora, analizar si efectivamente una vez solicitados por parte de IBERCOM una serie de servicios de interconexión, TELEFÓNICA puede o no exigir a IBERCOM la constitución de un aval como requisito previo a la interconexión solicitada.

Con anterioridad a ello, resulta necesario determinar por una parte (i) si los servicios solicitados por IBERCOM resultan parte integrante de la Oferta de TELEFÓNICA, puesto que si no es así, ambas partes tendrían que negociar los mismos fuera del marco de la Oferta de mínimos que es la OIR y por otra (ii) lo que establece la OIR en materia de aseguramiento de pagos.

En primer lugar, según documentación aportada en el presente expediente administrativo, mediante correo electrónico de 25 de agosto de 2005, IBERCOM solicitó *“la constitución de diversos PdIC en la modalidad de óptico entre la Red de TESAU y la Red de Ibercom. Dichos PdICs ópticos se establecerán entre el Nodo de Ibercom en Zuatzu y diversas centrales en San Sebastián (Guipúzcoa)”*.

Posteriormente, con fecha 29 de noviembre de 2005, IBERCOM por la misma vía reiteró su petición a la que añadía su interés de *“realizar la interconexión en voz mediante circuitos de voz entre la red de conmutación de voz de Ibercom y la de TESAU (...) en Madrid y aunque preferiblemente lo requerimos hacer por un Pdl óptico, no descartamos que se si se muestran determinadas facilidades por parte de TESAU esta se haga mediante un Pdl eléctrico.”*

En el texto de la OIR 2003 se establecen las características técnicas básicas del servicio de conexión a la red de TELEFÓNICA, donde se indica que la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interconexión de las redes se realizará en los Pdl's a través de los cuales se efectúa el intercambio de tráfico entre operadores.

Entre las distintas opciones que se ofrecen en la Oferta se señala que el "Punto de Interconexión" (lugar físico donde se interconectan las redes de TELEFÓNICA y del Operador para intercambiar flujos de tráfico conmutado) puede ser eléctrico o a nivel de señal óptica.

El apartado 7.4.2.4 de la OIR señala que el Pdl óptico se caracteriza porque la interconexión de las redes de TELEFÓNICA y el Operador, se realiza a nivel de fibra óptica, ubicándose el Pdl en un lugar intermedio de la ruta óptica que une los Nodos Frontera de TELEFÓNICA y el Operador, acordado por ambos.

Por su parte, en los apartados 7.4.2.1 y 2 de la OIR se recoge la posibilidad de establecerse Pdl eléctricos en las dependencias del operador o en dependencias de TELEFÓNICA. Si el Pdl se encuentra ubicado en las dependencias del operador, TELEFÓNICA será la encargada de construir la ruta de interconexión y de la instalación de los equipos de transmisión asociados a la interconexión y por tanto de su dimensionado, así como de su operación y mantenimiento.

Si por el contrario, el Pdl se encuentra ubicado en las dependencias de TELEFÓNICA, entre ambos operadores sólo se acordará el número de tramas de 2 Mbit/s a instalar y si las mismas se requieren por ruta diversificada o no así como el tipo de protección a asignar a las mismas.

Pues bien, una vez determinado que los servicios solicitados por IBERCOM resultan parte integrante de la OIR de TELEFÓNICA, se procede a analizar las previsiones de la OIR en materia de aseguramiento de pagos.

Quinto.- Sobre las previsiones de la OIR en materia de aseguramiento de pagos

Como ya se ha indicado, la OIR de TELEFÓNICA ha venido previendo, para unos determinados supuestos, la existencia de unos mecanismos de aseguramiento de los pagos que deban hacerse a este operador por razón de la prestación de servicios de interconexión.

Según resulta de la documentación del expediente administrativo objeto del presente procedimiento, por medio de un correo electrónico de fecha 25 de agosto de 2005, IBERCOM solicitó a TELEFÓNICA la firma de los contratos referentes a la OIR, al no especificarse más al respecto, se entiende que la OIR a la que se refiere IBERCOM en el mencionado documento es la vigente en el momento en el que el mismo se remite (esto es, *OIR 2003*).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se trata del texto consolidado de la OIR elaborado a raíz de las modificaciones, de índole general, introducidas por la Resolución de la Comisión de 10 de julio de 2003, y las modificaciones introducidas, posteriormente, por la Resolución de la Comisión de 31 de marzo de 2004 en cuanto a la retribución asociada a terminales de uso público en llamadas gratuitas para el llamante.

Este texto distinguía dos supuestos en los que TELEFÓNICA puede exigir al operador interconectado la constitución de un aval: 1) en el momento anterior a hacer efectiva la interconexión, y 2) una vez abierta la interconexión. Se determinaba, para cada uno de esos dos supuestos, las diferentes circunstancias en las que TELEFÓNICA podría requerir el aval.

En concreto, para constituir los avales las circunstancias en cuestión son las siguientes:

“11.14 Mecanismos de aseguramiento del pago

La entidad Telefónica de España podrá exigir al operador la constitución de una garantía para el aseguramiento del pago (en adelante aval) que se hará de la manera que seguidamente se expone en función de las siguientes circunstancias:

- 1. En el momento anterior a la efectiva interconexión se podrá exigir la constitución de un aval al operador interesado en la misma, cuando en las relaciones comerciales establecidas entre Telefónica de España y este operador, o las empresas matrices, socios de referencia, empresas fusionadas, absorbidas o que hubieran asumido expresamente los derechos y obligaciones de la empresa anterior en cuanto al negocio objeto de la misma del operador que pretenda interconectarse, se hayan producido **impagos sin causa justificada en derecho en al menos dos facturas giradas por Telefónica de España en el periodo de tiempo anterior al otorgamiento de la correspondiente licencia individual, o posterior a ésta, y siempre que la deuda continúe vigente. (...)***
- 2. El segundo supuesto consiste en los avales que se van a constituir una vez abierta la interconexión, para lo cual TELEFÓNICA podrá exigir su constitución una vez se constate la existencia de impagos sin causa justificada en derecho o demoras en el pago de dos facturas emitida por esta entidad relativas a servicios de interconexión prestados en el marco del presente AGI y siempre que la deuda continúe vigente. Para ello, se considera constatada la existencia de impagos o demoras en el pago cuando se emiten las facturas y se presentan a su cobro conforme a las normas establecidas en el presente Acuerdo.*

(...)”

Así pues, la posibilidad por parte de TELEFÓNICA de exigir a un operador la constitución de un aval en un momento anterior a hacer efectiva la interconexión conlleva la necesidad de que existan impagos sin causa



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

justificada en derecho en al menos dos facturas giradas por TELEFÓNICA siempre que la deuda continúe vigente en servicios distintos a los de interconexión.

Esto mismo se ha contemplado en la OIR 2005 para los casos en los que esté abierta la interconexión entre TELEFÓNICA y el operador ya que en la anterior OIR no se establecían, como causa de constitución de un aval, los impagos o retrasos relativos a facturas por la prestación de servicios diferentes a los de interconexión.

Sexto. La legitimidad de TELEFÓNICA para solicitar aval, condicionando la provisión de los servicios solicitados por IBERCOM así como la firma del AGI entre ambos.

Una vez vista la casuística regulada en el texto de la OIR en lo que a mecanismos de aseguramiento de pagos entre operadores se refiere, y en respuesta a lo solicitado por IBERCOM en el presente conflicto, se puede afirmar, que nos encontramos ante la primera de las posibilidades mencionadas en el apartado anterior, en la que TELEFÓNICA podría exigir a IBERCOM la constitución de un aval en un momento anterior a hacer efectiva la interconexión si reuniera los requisitos que establece el texto de la OIR aplicable en este caso, es decir, que existan impagos sin causa justificada en derecho en al menos dos facturas giradas a dicho operador siempre que la deuda continúe vigente.

Respecto a la legitimidad o no de TELEFÓNICA para solicitar aval condicionando la provisión de los servicios solicitados por IBERCOM, se debe señalar por esta Comisión que, reconocida la existencia de una relación contractual entre ambas partes en la que TELEFÓNICA debería entregar los servicios solicitados por IBERCOM y éste cumplir con sus obligaciones de pago en base a las condiciones establecidas en la misma, TELEFÓNICA podría exigir la constitución de un aval si constatará la existencia de impagos sin causa justificada en derecho o demoras en el pago de dos facturas emitidas por esta entidad relativas a cualquier tipo de prestación de servicios y siempre que la deuda continuara vigente.

Dicho lo anterior, en cuanto a la solicitud de IBERCOM de que se reconozca por esta Comisión la no legitimidad de TELEFÓNICA para condicionar la firma del AGI a la constitución de aval, esta Comisión debe remarcar que como se ha señalado en el apartado cuarto, existe un perfeccionamiento del contrato entre TELEFÓNICA e IBERCOM desde el 2 de septiembre de 2005, fecha en que TELEFÓNICA tuvo conocimiento de la solicitud realizada por IBERCOM. Por lo tanto, y como ya se ha señalado por esta Comisión anteriormente en el marco del expediente de la modificación de la OIR, nada tiene que ver la relación



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

jurídica creada entre dos operadores perfeccionada en un contrato, con la posibilidad posteriormente de exigir por parte de una de ellas, si se reúnen los requisitos necesarios, un mecanismo de aseguramiento de pago por los servicios que puedan ser prestados.

Por lo tanto, en contra de lo alegado por TELEFÓNICA de que la negación de IBERCOM a constituir un aval previsto en el contrato-tipo de la OIR conlleva de por sí la negativa al perfeccionamiento del contrato entre ambos, cabe señalar como se ha indicado anteriormente que en el presente caso se cumplen los tres requisitos necesarios para que se de el perfeccionamiento del contrato entre ambas partes como son el consentimiento de los contratantes, el objeto del contrato y la causa de la obligación. Cosa distinta es la decisión de adoptar uno de los mecanismos de aseguramiento de pago reconocidos en la OIR para los servicios que vayan a ser prestados, decisión que se deriva de una posible situación de impago o retraso en el pago del operador contratante que puede desencadenar la existencia de riesgo crediticio.

Resulta necesario por tanto y una vez analizado lo que establece la OIR al respecto, determinar, por un lado, cuándo nos encontramos ante impagos sin causa justificada en derecho y por otro si existen al menos dos facturas giradas por TELEFÓNICA que continúen vigentes en el momento de solicitarse la constitución de aval a IBERCOM.

El propio contrato-tipo que recoge la OIR 2003 establece en su apartado 11.14 los mecanismos de aseguramiento del pago pudiendo constituirse en el momento anterior a la efectiva interconexión o una vez abierta la misma. Se señala, así mismo que se entenderá constatada la existencia de impagos o demoras en el pago cuando se emitan las facturas y se presenten a su cobro conforme a las normas establecidas en el presente Acuerdo.

Si acudimos a lo establecido en el Código Civil (en adelante, C.c) sobre compensación de deudas resulta clara la exigencia para que ésta concurra de una serie de requisitos, como son que la deuda esté vencida, que sea líquida y exigible.

El requisito de exigibilidad no supone otra cosa que el hecho de que pueda ser exigido el cumplimiento de las obligaciones a compensar entre las partes interesadas, el de liquidez supone que la cuantía de la deuda debe estar determinada exactamente o depender de una operación aritmética y por último el requisito del vencimiento conlleva que la deuda haya sido presentada al cobro por parte del acreedor a su deudor.

De acuerdo con lo anterior, para que TELEFÓNICA pueda exigir un aval por el impago de facturas, en todo caso, la deuda debe haberse constatado, esto es,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

debe haberse presentado al cobro conforme a las normas que rijan su relación contractual, debiendo estar vigente al tiempo que se efectúe el requerimiento de constitución de aval.

Ello implica que, al tiempo en que TELEFÓNICA exija al operador que quiera interconectarse la constitución de aval, ha de haberse emitido la correspondiente factura en concepto de otros servicios contratados entre ambos operadores y haberse presentado a su cobro, es decir, la deuda ha de estar vencida (y ser líquida y exigible) y además, estar vigente, esto es, no haberse producido todavía su pago.

Como se desprende de la documentación aportada en el presente procedimiento administrativo, TELEFÓNICA, a su escrito de alegaciones de 8 de junio de 2006, acompaña una relación de facturas impagadas.

En esa relación se identifican una serie de facturas vencidas que se refieren a la prestación de servicios de interconexión no regulados en la OIR, la prestación de servicios en el marco de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA), alquiler de circuitos, preasignación y otros calificados de telefonía y datos.

Resulta necesario señalar que las facturas aportadas por TELEFÓNICA, aún confeccionadas unilateralmente, al tratarse de documentos mercantiles, suponen un principio de prueba suficiente a tener en cuenta a la hora de analizar la existencia o no de impagos por parte de IBERCOM y en consecuencia la posibilidad de exigirse la constitución de aval por parte de TELEFÓNICA. Y ello, en base a los principios de buena fe y seguridad comercial que rigen las relaciones comerciales y que resultan de aplicación a las relaciones contractuales que se entablan entre operadores.

Así ha sido reconocido por la Jurisprudencia al pronunciarse respecto a la fuerza probatoria de facturas en las relaciones comerciales (Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 26 de abril de 2006 (JUR 2006/159040)).

“Respecto a las fuerza probatoria de facturas y albaranes viene admitiéndose generalmente, como la que, si bien es cierto que no cabe otorgarles pleno valor probatorio si no son reconocidos por la otra parte, ello no impide que pueda otorgárseles relevancia, conjugando su contenido con el resto de elementos probatorios obrantes en las actuaciones, máxime teniendo en cuenta los principios de buena fe y seguridad en el tráfico mercantil, en el que es normal que los albaranes o notas de entrega se firmen por los empleados o dependientes del receptor, e incluso que, en ocasiones, por la celeridad de las relaciones mercantiles, no se firmen, lo que supondría que la simple negación de la firma o el no poder localizar al empleado que lo ha firmado sería



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

suficiente para evitar el reconocimiento de que el suministro se ha recibido o el servicio ha sido prestado y, por tanto, para evitar el pago”.

“...cabe decir que las facturas, aún confeccionadas unilateralmente, son documentos mercantiles que suponen un principio de prueba y una presunción de verdad comercial en base a los principios de la buena fe y seguridad comercial. Es, además, criterio jurisprudencial unánime que la falta de reconocimiento no priva de todo valor al documento privado, permitiendo que su autenticidad quede acreditada por otros medios e incluso que sea obtenida por el juzado en valoración conjunta del mismo con las restantes pruebas practicadas (SSTS 19 de noviembre de 1991, 20 de octubre de 1992, 18 de noviembre de 1994 y 14 de marzo de 1995)”.

Cabe señalar que analizada la información obrante en el expediente, ha sido aportada al mismo por parte de IBERCOM fallo del Juzgado de Primera Instancia nº33 de Madrid de fecha 21 de septiembre de 2006 relativo a las controversias existentes entre TData e IBERCOM por la remuneración de tráfico inducido. En el mismo se resolvió que TData resultaba deudora frente a IBERCOM por una cantidad de 59.465,38€, una vez compensadas las deudas entre ambos.

En base a ello, esta Comisión no ha tenido en cuenta las deudas entre TData e IBERCOM en tanto en cuanto las mismas habían sido reclamadas por IBERCOM ante el órgano competente para ello y el mismo declaró su compensación a favor de IBERCOM. No obstante, esta Comisión no ha tenido conocimiento de que se hayan generado con posterioridad nuevas deudas entre dichos operadores las cuales sí formarían parte de la deuda a tener en cuenta, si la misma resultara vigente para decidirse sobre la constitución o no de un aval.

Dicho esto, entre la abundante información aportada al presente procedimiento, se ha realizado un muestreo de facturas relativas a la prestación de servicios por parte de TELEFÓNICA de alquiler de circuitos, los cuales, como establece dicha operadora, se enmarcan en su mayoría en la Oferta de referencia de TELEFÓNICA.

En lo relativo a los aspectos de facturación, la OBA establece que la obtención de los datos necesarios y la emisión de la factura se realizarán una vez al mes. La factura mensual será única, desglosada por conceptos e incluirá los impuestos indirectos que procedan. Estas facturas serán por transferencia bancaria con fechas de emisión y vencimiento coincidentes y se emitirá no más tarde del día 15 de mes n+1, siendo n el mes a facturar.

Según la documentación aportada por ambas partes, IBERCOM ha reclamado la mayoría de las facturas giradas por TELEFÓNICA en base a que las mismas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

eran consideradas o (i) incorrectas en el fondo o en la forma por no hacerse conforme a lo establecido en la OBA 2004 o en los contratos del AGB ya firmados, (ii) por tratarse, según IBERCOM, de importes incorrectos o (iii) por no ser nunca recibidas por IBERCOM.

Dicho lo anterior, y centrándonos respecto de las facturas relativas a alquiler de circuitos giradas por TELEFÓNICA que han sido rechazadas, según IBERCOM, por no cumplir con lo señalado en la OBA, se constata que se trata de facturas en las que se determina el concepto en la misma (entre otras, factura 60-H4TD-000867 de 19 de agosto por 1 circuito alquilado DIG. 155 MB/S. PCC OP.GIGADSL por un importe de 397,39€; factura 60-G4TD-003972 de 19 de julio de 2004 por el mismo importe y tipo de circuito) o de facturas emitidas sin especificar detalladamente el concepto por el cual se realizan, pero señalándose en la misma que la relación de las líneas agrupadas con sus detalles se remite en disquette (entre otras, y a modo de ejemplo, factura 60-G4TD-017638 de 19 de julio de 2004 por importe de 26.354,02€ sobre circuitos alquilados y factura 60-F4TD-017271 de 19 de junio de 2004 por un importe de 25.698,67€ del mismo servicio donde se indican como concepto de facturación “*cuotas de abono*”).

Respecto de las primeras, en la documentación aportada por IBERCOM (documento 9.2 del Anexo al escrito de alegaciones de dicho operador de fecha 27 de julio de 2006 y documento 12 del presente expediente) se constata que las mismas fueron presentadas al cobro por TELEFÓNICA y reclamadas posteriormente por IBERCOM por entender que no le debían haber sido facturadas. TELEFÓNICA, por su parte, dio respuesta a dicha reclamación justificando que se trataba de circuitos imprescindibles y complementarios que sí debían ser facturados.

En cuanto a las segundas, la facturación girada por importe de 26.354,02€ (factura 60-G4TD-017638) fue reclamada por IBERCOM por no haber sido recibida de forma impresa pero sí de forma electrónica, señalando que “*el diskette que habitualmente Uds. nos envían con el detalle de dicha factura sí que se ha recibido, aunque éste puede encontrarse dañado o vacío ya que no conseguimos poder ver contenido alguno en él*”. Respecto a la segunda de las facturas aportadas (60-F4TD-017271), IBERCOM señalaba la necesidad de cambiar el sistema de facturación llevado hasta ahora para ajustarse correctamente a la OBA vigente entre ambos, como por ejemplo, realizar la facturación vía transferencias y no mediante domiciliación bancaria.

Visto todo lo anterior, se constata por un lado que TELEFÓNICA ha prestado una serie de servicios a IBERCOM en el marco de las relaciones contractuales por los que debería recibir su contraprestación, que no es otra que el pago por dichos servicios, cosa que no ha ocurrido en un gran número de ocasiones por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

diferentes motivos alegados por IBERCOM. Resulta evidente que la conducta de IBERCOM por la cual incumple su obligación esencial de pago carece totalmente de justificación y resulta contraria a derecho como se reconoce en el artículo 1256 del C.c al señalar que *“la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”*.

La propia IBERCOM en sus alegaciones de 27 de julio de 2006 reconoce que ha tomado la decisión de dejar de abonar las facturas por los servicios prestados al señalar que en el momento en que TELEFÓNICA *“le emita las facturas correctamente y de forma que puedan identificar todos sus conceptos y servicios, tal y como establece la regulación, le abonará la totalidad de las facturas...”* y añade *“...lo contrario dejaría totalmente desprotegida a mi representada, que se vería obligada a pagar sin derecho a revisar su contenido, todas las facturas que le emitiera TESAU. IBERCOM considera muy importante en este momento puntualizar que la afirmación que vierte TESAU sobre que IBERCOM le ha impagado la totalidad de los servicios que le ha solicitado, es radicalmente falsa. De hecho, IBERCOM lleva trabajando con TESAU desde 1999 y en el listado de facturación pendiente que la misma aporta en este expediente se refiere únicamente a facturas de los años 2004, 2005 y 2006. Por tanto, la propia TESAU está reconociendo que todos los servicios que le prestó IBERCOM con anterioridad al 2004 le fueron íntegramente abonados”*.

En consecuencia, se constata que TELEFÓNICA ha prestado un servicio por el cual puede exigir el cumplimiento del pago del mismo, por una cuantía que está determinada en base a un precio establecido, es decir, líquida y que la deuda está vencida y vigente al haber sido presentada al cobro por parte del acreedor a su deudor y no ser pagada por éste.

Se concluye, por tanto, que TELEFÓNICA está legitimada a solicitar aval condicionando la provisión de los servicios de interconexión solicitados por IBERCOM por existir impagos sin causa justificada en derecho en al menos dos facturas giradas por TELEFÓNICA por servicios distintos a los de interconexión. Y esto es así porque la deuda existente entre ambos operadores deriva de una serie de facturas giradas por TELEFÓNICA y que resultan acreditación suficiente en cuanto que las mismas no han sido anuladas por las instituciones que resultaran competentes para ello.

Por último, resulta necesario recalcar que las eventuales discrepancias existentes entre ambos operadores, las cuales deberían ser subsanables de manera bilateral, a pesar de afectar a una parte sustancial de la deuda total, no puede justificar en ningún caso el impago reiterado de deudas, ya que el pago del precio es una condición esencial de cumplimiento de todo acuerdo, como así se refleja en apartado 11.7 relativo a “Contraprestaciones económicas” del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contrato tipo anexo a la OIR y en el artículo 1544 del Cc, el cual establece los arrendamientos de servicios como contratos remuneratorios.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho,

RESUELVE

Primero.- Declarar la existencia de un contrato de interconexión entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y WORLD WIDE WEB IBERCOM, S.L. desde el día 2 de septiembre de 2005, fecha en la cual TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. tuvo conocimiento de la solicitud de adhesión a la OIR 2003 de aquel operador.

Segundo.- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y WORLD WIDE WEB IBERCOM, S.L. deberán suscribir en el plazo de diez días laborables desde la notificación de la presente Resolución el correspondiente Acuerdo General de Interconexión y comunicar la firma del mismo a esta Comisión.

Tercero.- Con carácter previo a la firma del correspondiente Acuerdo General de Interconexión, WORLD WIDE WEB IBERCOM, S.L. deberá constituir aval a favor de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. como garantía del pago de los servicios de interconexión solicitados.

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 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo dispuesto en el número dos del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL DIRECTOR DE
ASESORÍA JURÍDICA

Miguel Sánchez Blanco
P.S. art. 7.2 O.M. de 9 abril 1997
(B.O.E. de 11 de abril de 1997)

Reinaldo Rodríguez Illera