



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión 29/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 30 de septiembre de 2010, se ha adoptado el siguiente Acuerdo, en relación con el expediente RO 2010/322:

Resolución por la que se resuelve el conflicto de interconexión planteado por la entidad NALAN TELECOMUNICACIONES, S.L.U. contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. por la demora injustificada en la formalización del Acuerdo General de Interconexión.

1 Antecedentes

PRIMERO.- Solicitud presentada por NALAN TELECOMUNICACIONES, S.L.U.

Con fecha 19 de febrero de 2010, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Doña Mercedes López Castro, en nombre y representación de la entidad NALAN TELECOMUNICACIONES, S.L. (en adelante, Nalan) mediante el cual pone en conocimiento de esta Comisión la demora injustificada de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, Telefónica) tanto en la formalización de un Acuerdo General de Interconexión (en adelante, AGI) entre ambos operadores como en la constitución de un nuevo Punto de Interconexión (Pdl).

En este sentido, Nalan manifiesta:

- Que con fecha 24 de agosto de 2009 se puso en contacto con Telefónica con el fin de “acogerse a la Oferta de Interconexión de Referencia” y la intención de proceder a la firma del AGI correspondiente.
- Que tras algunas reuniones, con fecha 4 de diciembre de 2009, Nalan y Telefónica firmaron el acta de replanteo de la arqueta Pdl.
- Que existen “demoras injustificadas por parte de Telefónica para que se firme el proyecto técnico”.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento y requerimiento de información a Nalan y Telefónica, respectivamente.

Mediante sendos escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 5 de marzo de 2010, se comunicó a Nalan y a Telefónica el inicio del presente procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

Asimismo, en el mismo acto se requirió a cada uno de los citados operadores la siguiente información, al amparo de lo previsto en el artículo 78 de la LRJPAC:

a) Información requerida a Nalan

- *“Copia de los escritos que acrediten tanto la petición de Nalan a Telefónica de acogerse a la OIR de 2005 como la aceptación de ésta.*
- *Determinar si ha suscrito un Acuerdo General de Interconexión (AGI) con Telefónica y en su caso, aportar copia del mismo.*
- *En el supuesto en el que la partes no hayan suscrito el citado AGI:*
 - *Documentación que acredite las negociaciones llevadas a cabo entre Nalan y Telefónica (cartas, correos electrónicos, etc.) así como los motivos por los que no se ha llegado la suscripción de un AGI.*
 - *Documentación que acredite las negociaciones llevadas a cabo entre Nalan y Telefónica en relación con el proyecto técnico necesario para la constitución de un punto de interconexión (PDI) así como los motivos por los que no se ha alcanzado un acuerdo.*
- *Especificar los servicios de interconexión que Nalan tiene intención de contratar con Telefónica así como los niveles de los mismos. Asimismo, la tipología de Punto de Interconexión (PDI) que las partes quieren constituir.*
- *Cualquier otra alegación que estime oportuna en relación con el objeto del presente conflicto de acceso”.*

b) Información requerida a Telefónica

- *“Determinar si ha suscrito un Acuerdo General de Interconexión (AGI) con Nalan y en su caso, aportar copia del mismo. En caso negativo, documentación que acredite las negociaciones llevadas entre Nalan y Telefónica (cartas, correos electrónicos, etc.) así como los motivos por los que no se ha llegado a un acuerdo de interconexión.*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Documentación que acredite las negociaciones llevadas a cabo entre Nalan y Telefónica en relación con el proyecto técnico necesario para la constitución de un punto de interconexión (PDI).*
- *Confirmación de si Telefónica se ha negado a firmar el proyecto técnico con Nalan y los motivos que justifican dicha negativa.*
- *Determinar los servicios de interconexión que Nalan tiene intención de contratar con Telefónica así como los niveles de los mismos. Asimismo, la tipología de Punto de Interconexión (PDI) que las partes quieren constituir.*
- *Cualquier otra alegación que estime oportuna en relación con el objeto del presente conflicto de acceso”.*

TERCERO.- Alegaciones y contestación de Telefónica al requerimiento de información.

Con fecha 1 de abril de 2010, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, escrito de Telefónica por el que realiza las siguientes alegaciones:

- Que Telefónica no ha suscrito ningún AGI con Nalan ya que, por razones de tipo técnico, hasta el día 3 de marzo de 2010 las partes no han llegado a un acuerdo sobre el Proyecto Técnico relativo a la constitución de un nuevo PDI. Ello no significa que Telefónica se haya negado a firmar el mismo aunque reconoce que *“ha podido incurrir en un cierto retraso”*.
- Que los servicios que Nalan tiene intención de contratar con Telefónica son los siguientes:
 - Acceso a la red de Nalan de las llamadas originadas en Clientes de Telefónica.
 - Terminación en la red de Telefónica de las llamadas originadas en la red de Nalan.
 - Tránsito por la red de Telefónica hacia terceros Operadores de las llamadas originadas en la red de Nalan.
 - Servicios de Terminación Internacional.
- Que en relación con el PDI, éste se caracteriza por:
 - Tipo de PDI: Óptico.
 - Estructura del PDI: La transmisión será simple. El equipo será capaz de albergar la capacidad inicial de 4 E1's más 2 de señalización.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Cobertura del Pdl: La cobertura del Pdl será el área de la provincia de Málaga, con los siguientes niveles:
 - Acceso Directo: A Clientes con numeración de Telefónica de área de cobertura de las centrales frontera de Málaga DN en tránsito simple y del resto de España en tránsito doble.
 - Terminación: A clientes de Telefónica del área de cobertura de las centrales frontera de Málaga DN en tránsito simple y del resto de España en tránsito doble”.
- Que *“si bien tiene obligación de dar acceso a todos los operadores que presenten solicitudes razonables de acceso a la red, esto no implica, como la CMT conoce que Telefónica de España deba prestar servicios a cualquier empresa por el mero hecho estar inscrita en el registro de la CMT, sin posibilidad de pedir garantía de ningún tipo, salvo en los supuestos estrictamente previstos en las ofertas mayoristas de acceso, la OIR para el caso concreto que nos ocupa”*.
- Que Telefónica ha realizado un reciente y riguroso estudio de riesgo crediticio y analizado la solvencia económica de Nalan. El resultado del mencionado estudio indica que dicho operador *“presenta un importante riesgo de morosidad e impagos por lo que la petición de servicios de interconexión que dicho operador realiza, les coloca en una situación de riesgo financiero”*.

Por este motivo, Telefónica considera razonable ofrecer a Nalan todos los servicios de interconexión que solicita, siempre que este operador garantice debidamente el pago de los mismos mediante la constitución de las garantías de aseguramiento de pago, o bien por un importe de **[CONFIDENCIAL]** en caso de constituir aval, o bien por un importe de **[CONFIDENCIAL]** si prefiriesen realizar un prepago mensual.

CUARTO.- Alegaciones y contestación de Nalan al requerimiento de información.

Con fecha 9 de abril de 2010, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Nalan por el que realiza las siguientes alegaciones:

- Que, a fecha de hoy, Nalan no ha podido formalizar un AGI con Telefónica, pese haberle remitido una carta, en fecha 15 de junio de 2009, de aceptación pura y simple de las condiciones de la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR) y la intención de formalizar el correspondiente AGI y un correo electrónico en fecha 24 de agosto de 2009 con la misma solicitud.
- Que en septiembre de 2009 mantuvieron una reunión en las oficinas de Telefónica en relación con los servicios de interconexión solicitados a través de la constitución de un Pdl óptico situado entre la central telefónica de Nalan en Málaga y la central de tránsito nodal de Maldonado de Telefónica de dicha ciudad.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que en fecha 4 de diciembre de 2009 *“se firmó el acta de replanteo para la ubicación de la arqueta del Pdl”*.
- Que con fecha 19 de marzo de 2010 las partes han acordado *“mediante correo electrónico los términos del Proyecto Técnico”* en el que se determinan:
 - Los equipos de transmisión y conmutación a utilizar, adjuntando las cartas de compatibilidad de los fabricantes.
 - Definición de los servicios que se van a ofrecer a través de dicho Pdl.
 - Indicación de las previsiones de tráfico que va a tener el Pdl.
- Que Telefónica ha estado demorando de forma injustificada la formalización del AGI entre las partes y en particular, la firma del Proyecto Técnico relativo a la constitución del nuevo Pdl. Tales retrasos están ocasionando a Nalan múltiples gastos.

Asimismo, Nalan aporta la siguiente documentación:

- Copia del escrito de fecha 15 de junio de 2009 -remitido por correo certificado- mediante el cual solicita la formalización de un AGI con Telefónica y;
- Copia de los correos electrónicos intercambiados entre los interesados desde el pasado 24 de agosto de 2009 hasta la actualidad en los que Nalan manifiesta su voluntad de aceptar pura y simplemente las condiciones de la OIR vigente y la intención de proceder a la firma del correspondiente AGI y del Proyecto Técnico necesario para la constitución de un Pdl en la ciudad de Málaga.

QUINTO.- Informe de Audiencia.

Mediante sendos escritos de fecha 8 de junio de 2010, con salida de esta Comisión el 10 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 la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente así como el Informe elaborado por los Servicios de esta Comisión.

SEXTO.- Alegaciones de Telefónica al Informe de Audiencia.

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 1 de julio de 2010. En el citado escrito, Telefónica realiza las siguientes consideraciones adicionales:

- Sobre el objeto del procedimiento y la demora en la formalización del Proyecto Técnico
 - Que Nalan solicitó a Telefónica la negociación de un Acuerdo General de Interconexión y no la adhesión automática a la OIR.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que una vez solicitada la interconexión por el operador alternativo Telefónica dispone de 4 meses para la formalización del AGI sobre la base de las negociaciones que las partes desarrollen.
 - Que tal y como se reconoce en el Informe de los Servicios, la fecha en la que Nalan se dirigió a Telefónica con intención de negociar fue el 3 de septiembre de 2009.
 - Que ambas partes han estado negociando sobre la redacción del proyecto técnico, no pudiendo haberse alcanzado un acuerdo hasta marzo de 2010.
 - Que en base a lo anterior, Telefónica considera que ambas partes se encuentran en el curso de negociaciones tendentes a la interconexión y que en ningún momento Telefónica ha negado la interconexión al operador.
- Sobre la obligación de dar interconexión
- Que Telefónica esta obligada a dar interconexión de modo generalizado a los operadores alternativos pero que dicho acceso debe ser razonable y el juicio de razonabilidad sólo puede rechazarse sobre criterios objetivos.
 - Que tras someter a juicio de razonabilidad la solicitud de acceso de Nalan (para lo cual realizó un riguroso estudio crediticio y de solvencia), Telefónica concluyó que la solicitud realizada por esa entidad no podía considerarse razonable por razón del riesgo económico que dicho acceso podría suponer a Telefónica.
 - A fin de objetivar la falta de razonabilidad de la solicitud de acceso de Nalan, y de conformidad con el artículo 80 de la LRJPAC, Telefónica solicita la práctica de un prueba pericial consistente en la elaboración de un informe sobre el nivel de riesgo y exposición financiera asociado a la contratación de servicios con la sociedad Nalan.

SÉPTIMO.- Alegaciones de Nalan al Informe de Audiencia.

La entidad Nalan no ha presentado alegaciones al Informe de Audiencia.

2 Fundamentos de Derecho

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

El artículo 48.2 de la LGTel determina cuál es el objeto que tiene este organismo público 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 cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.”
(Subrayado añadido)

En relación con este objeto, y en lo que afecta a las materias de telecomunicaciones reguladas en la LGTel, el artículo 48.3.d) de la misma atribuye a la CMT 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. (...)”
(subrayado añadido)

Asimismo, el Capítulo III del Título II de la LGTel regula el *Acceso a las redes y recursos asociados e interconexión*, señalando el artículo 11.4 que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá 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 objetivos establecidos en el artículo 3”*.

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

En el mismo sentido, el artículo 23 -competencias en materia de acceso e interconexión y condiciones aplicables- del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento de Mercados), dispone, en la letra a) de su apartado 3, que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá atribuidas las competencias siguientes: Podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado”*.

En definitiva, esta Comisión resulta competente para conocer de los conflictos relativos a las obligaciones de interconexión que se planteen entre los operadores de comunicaciones electrónicas y, en consecuencia, resulta competente para conocer del presente conflicto instado por Nalan.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Objeto del procedimiento.

El presente procedimiento tiene como objeto la resolución del conflicto de interconexión planteado por Nalan contra Telefónica por la demora de este último operador de atender su solicitud de acceso a la red con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas.

TERCERO.- Obligación de interconexión.

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

Los artículos 11.2 de la LGTel y 22.2 del Reglamento sobre Mercados establecen que:

“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”.

De conformidad con los artículos 11.3 de la LGTel y 22.3 del Reglamento de Mercados, respectivamente, la formalización de los acuerdos de interconexión se rige por el principio de libertad de pactos –sin perjuicio de la posible intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en conflictos que puedan plantearse - y debe realizarse en el plazo máximo de cuatro meses desde la fecha de solicitud de iniciación de la negociación –artículo 22.2 del Reglamento de Mercados¹-.

2.- Obligaciones de Telefónica como operador con poder significativo en el mercado: Oferta de Interconexión de Referencia.

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que Telefónica ha sido designado por esta Comisión, mediante Resoluciones de 12 de diciembre de 2008² y 18 de diciembre de 2008³, como operador con poder significativo (PSM) en los mercados, respectivamente, de acceso y originación de llamadas en la red telefónica pública en una ubicación fija; así como en el de terminación de llamadas en las redes públicas individuales de cada operador de telefonía fija.

¹ El artículo 22.2 del Reglamento sobre Mercados establece que *“Los acuerdos de interconexión se formalizarán en un plazo máximo de cuatro meses, contados desde la fecha de solicitud de iniciación de la negociación. Sin perjuicio de ello, las partes podrán convenir el ampliar dicho plazo”.*

² Resolución por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado mayorista de acceso y originación de llamadas en la red telefónica pública en una ubicación fija, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (MTZ 2008/447).

³ Resolución por la que se aprueba la definición y el análisis de los mercados de terminación de llamadas en las redes públicas individuales de cada operador de telefonía fija, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (MTZ 2008/1192).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En virtud de las citadas Resoluciones se ha impuesto a Telefónica, entre otras, la obligación de transparencia, obligando a ese operador a seguir manteniendo publicada una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios de originación y terminación de llamadas.

La vigente OIR -aprobada mediante Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 23 de noviembre de 2005⁴ y actualmente en revisión- contiene, entre otros aspectos, la oferta de servicios de originación y terminación de llamadas en la red fija de Telefónica al resto de operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas.

La OIR es una oferta contractual, esto es, una declaración de voluntad emitida por Telefónica que está dirigida a los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas en la que se propone la celebración de un determinado acuerdo de interconexión.

El artículo 1261 del CC señala que hay contrato cuando concurren los siguientes requisitos: consentimiento de los contratantes, objeto del contrato y causa de la obligación que se establezca.

La doctrina sentada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha señalado 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. Esto es, basta con la simple manifestación de voluntad de aceptación pura y simple de la OIR vigente en ese momento por parte del operador entrante para que se entienda que concurren los elementos esenciales de todo contrato.

Dicho esto, es necesario determinar el momento en el que se entiende que es efectiva la aceptación pura y simple.

La doctrina sentada por esta Comisión⁵ señala que la OIR se aplicará de forma automática desde el momento en el que la solicitud del operador 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.

⁴ Resolución sobre la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U.

⁵ 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.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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”.

Así pues, la OIR se configura como un contrato de adhesión que permite a cualquier operador interesado la firma de un AGI sin más contacto con el operador oferente 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.

Aceptada la OIR por el operador entrante, las partes disponen de un plazo de cinco días laborables para formalizar por escrito el texto que corresponda con el objeto de la aceptación.

En definitiva, la OIR se constituye 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.

CUARTO.- Sobre la solicitud de interconexión de Nalan a Telefónica.

Nalan ha denunciado ante esta Comisión el retraso injustificado que, respecto a la firma de un AGI, le esta ocasionando Telefónica. Según Nalan, con fecha 15 de junio de 2009, solicitó por primera vez la adhesión a la OIR, no habiendo sido posible su formalización hasta la fecha. El retraso se debió, en un primer momento, a razones técnicas dado que no se logró firmar el correspondiente Proyecto Técnico hasta marzo de 2010 a pesar de que, según lo manifestado por Nalan, el mismo estaba listo para su firma en diciembre de 2009.

No obstante, una vez solventados los problemas técnicos, la entidad Telefónica continúa negándole el acceso hasta que ese operador haga efectiva determinadas garantías de pago.

Por su parte, Telefónica defiende que no existió tal solicitud de adhesión a la OIR y que Nalan simplemente solicitó el inicio de negociaciones comerciales, teniendo para ello un plazo de 4 meses para alcanzar un acuerdo. Si bien reconoce en su escrito de 1 de abril que en la firma del correspondiente Proyecto Técnico, Telefónica *“ha podido incurrir en un cierto retraso”*, considera que las partes aún se encuentran en el curso de negociaciones tendentes a la interconexión y que Telefónica en ningún caso ha denegado la interconexión (escrito de 1 de julio de 2010).

Visto lo anterior cabe indicar que según consta en la documentación obrante en el expediente, con fecha 15 de junio de 2009, Nalan solicitó, mediante escrito remitido por correo certificado, *“la interconexión de sus redes con TESAU para lo cual desea llegar a un Acuerdo General de Interconexión. Con este fin, deseamos tener una reunión con Uds.*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

para proceder al intercambio de la información necesaria para la constitución de los PdIs". Es decir, en su escrito Nalan no solicita expresamente la adhesión a la OIR.

Sin embargo, con fecha 24 de agosto de 2009, mediante correo electrónico, Nalan manifiesta expresamente su deseo de **"acogerse a la OIR para realizar una interconexión con Telefónica. Hace unos dos meses solicitamos la interconexión mediante escrito certificado dirigido al Director del Servicio de Operadores. Estamos a la espera de que se pongan en contacto con nosotros (...)."**

De lo anterior debe concluirse que, con fecha 24 de agosto de 2009, Nalan puso en conocimiento de Telefónica su aceptación pura y simple de las condiciones establecidas en la OIR vigente y su voluntad de firmar los contratos relativos a la misma.

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

Como indicábamos anteriormente la doctrina de esta Comisión es clara a este respecto, entendiendo que la OIR se aplica de forma automática desde el momento en el que la solicitud del operador al que va dirigida sea conocida por Telefónica (artículo 1262 del CC).

En el caso que nos ocupa, de los correos electrónicos intercambiados entre las partes –y que han sido aportados por NALAN-, se puede constatar que, con fecha 3 de septiembre de 2009, Telefónica remitió un correo electrónico a Nalan indicando lo siguiente:

"Adjunto remito el mensaje que enviamos desde Telefónica a NALAN en respuesta a la comunicación que habíamos recibido el 19 de junio de 2009 (carta fechada en Granada el 15/06/09) y del que no obtuvimos respuesta por su parte. El pasado 25/08/09, J. P volvió a enviarles un correo en el mismo sentido. (...) Por todo ello, volvemos a reiterar nuestra invitación para mantener un primer encuentro en nuestras oficinas (...)."

Es decir, a pesar de los posibles problemas iniciales de comunicación *inter partes* entre el día 15 de junio y el 24 de agosto de 2009, ha quedado acreditado que, a mas tardar, con fecha **3 de septiembre de 2009** Telefónica tuvo conocimiento de la solicitud realizada por Nalan de adhesión a la OIR.

Por tanto, de acuerdo con la anteriormente citada doctrina de esta Comisión, debe entenderse que con fecha 3 de septiembre de 2009, el contrato entre Nalan y Telefónica quedo perfeccionado al haber concurrido la oferta y aceptación del mismo. Consecuentemente, en el plazo de 5 días laborables debía haberse procedido a la firma del mismo, sin que hasta la fecha de la presente Resolución se haya producido dicha firma.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

QUINTO.- Sobre la razonabilidad de la solicitud de Telefónica de imponer la constitución de medios de garantías de pago como requisito previo a la firma de un AGI.

Telefónica justifica en sus alegaciones la demora en la formalización del AGI con Nalan en la no razonabilidad de la solicitud de dicho operador ya que, a su juicio, presenta un importante riesgo de morosidad e impagos, de forma que, la prestación de los servicios de interconexión solicitados le situaría en una situación de riesgo financiero.

Telefónica, en su condición de operador con poder significativo en los mercados de originación y terminación de llamadas en las redes públicas individuales de telefonía fija, tiene -entre otras- la obligación de atender solicitudes razonables de acceso a la red de su propiedad. Dicha obligación está sometida a un juicio de razonabilidad que sólo puede rechazarse sobre criterios objetivos tales como la viabilidad técnica o la necesidad de mantener la integridad de la red (véase Considerando 19 de la Directiva acceso⁶).

Sin embargo, Telefónica sostiene que el ejercicio de esta obligación no implica el deber de prestar servicios de interconexión a cualquier operador sino que la misma está condicionada a la posibilidad de exigir garantías de pago por los servicios prestados al operador entrante, previa evaluación –unilateral por parte de Telefónica- de su solvencia económica.

Por este motivo, Telefónica considera razonable poder exigir a Nalan la constitución de garantías de pago –constitución de aval por importe de **[CONFIDENCIAL]** o de **[CONFIDENCIAL]** en caso de prepago mensual- como requisito previo a la interconexión solicitada en aras a evitar posibles futuros impagos por los servicios prestados. La cuantificación de los citados mecanismos de aseguramiento de pago ha sido realizada de forma unilateral por Telefónica.

En este sentido, cabe recordar que el texto consolidado de la OIR de 2005 prevé -en su apartado 11.14- la existencia de mecanismos de aseguramiento del pago por la prestación de servicios de interconexión, distinguiéndose los supuestos en los que Telefónica puede exigir la constitución de un aval: (i) en el momento anterior a hacer efectiva la interconexión y (ii) una vez abierta la interconexión.

En efecto, en el caso que nos ocupa, esto es, en el momento anterior a hacer efectiva la interconexión, la OIR señala las circunstancias que deben concurrir para poder requerir la constitución del correspondiente aval, que podrán ser algunas de las siguientes:

- Que el operador interesado en la interconexión se encuentre en situación concursal ya sea declarada por el juzgado ya sea solicitada por el deudor o;

⁶ Directiva 2002/19/CE, de 7 de marzo, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, modificada por la Directiva 2009/14/CE.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que en las relaciones comerciales establecidas entre Telefónica y el operador interesado, 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 injustificados en -al menos- dos facturas giradas por Telefónica.

De esta manera, sólo en los supuestos indicados podía Telefónica exigir la constitución de un aval como mecanismo de aseguramiento de pago por los servicios de interconexión solicitados.

Telefónica ha reclamando en diversas ocasiones a esta Comisión la modificación de los mecanismos de aseguramiento de pago contenidos en las distintas ofertas mayoristas. En concreto, respecto al caso que nos ocupa (posibilidad de exigir avales a los operadores que presenten un riesgo crediticio), Telefónica defiende que la obligación de atender solicitudes de acceso razonables a su red no implica el deber de prestar servicios de interconexión a cualquier operador sino que la misma debería estar condicionada a la posibilidad de exigir garantías de pago por los servicios prestados al operador entrante, previa evaluación de su solvencia económica.

Esta cuestión ya fue planteada por Telefónica en el seno del propio procedimiento de modificación de la OIR ahora vigente (Resolución de 23 de noviembre de 2005). En el mismo Telefónica señalaba la necesidad de *“limitar a determinados operadores el derecho a recibir la OIR, en concreto, a aquéllos a los que la CMT hubiera evaluado satisfactoriamente su solvencia económica”*. Respecto a lo anterior esta Comisión señaló lo siguiente:

“Al respecto, ha de señalarse que tanto la Directiva de Acceso, como la vigente LGTel y el nuevo Reglamento de Mercados y Acceso establece el derecho a negociar la interconexión para todos aquellos que tengan la condición de operadores de redes de comunicaciones electrónicas, sin limitación o exclusión alguna.

Además, debe significarse que el artículo 5 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios determina claramente, en su apartado 5, cuál ha de ser la información que debe aportar a la CMT todo interesado que notifique la explotación de una determinada red. Entre esta información no se hace alusión alguna a la solvencia económica.

Por ello, resulta contraria a la vigente normativa comunitaria y nacional la pretensión de Telefónica, no pudiendo tener, por tanto, favorable acogida”.

Este mismo argumento fue formulado con posterioridad en el seno del expediente MTZ 2008/120, sobre la modificación de las Ofertas Mayoristas en relación con el sistema de penalizaciones y de garantías de pago. En la Resolución de 2 de julio de 2009 que puso



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

fin al citado procedimiento, esta Comisión se pronunció indicando que no consideraba necesaria la modificación de las garantías de pago que, con carácter previo a la efectiva prestación de los servicios, se podían exigir a los operadores alternativos. La citada Resolución estableció lo siguiente:

“No cabe admitir los demás requisitos de constitución alegados por Telefónica en su escrito de alegaciones de 2 de diciembre de 2008 ya que supondría condicionar la prestación de servicios regulados a la exigencia de un aval ante la existencia de dudas sobre la solvencia crediticia de los operadores quedando al criterio de Telefónica dicha razonabilidad”.

Pese a los pronunciamientos anteriores, Telefónica ha vuelto a plantear la cuestión, con fecha 5 de marzo de 2009, en el seno del expediente que se está tramitando de modificación de la OIR (MTZ 2008/210). Asimismo, con fecha 5 de mayo de 2010, y en relación con todas las ofertas mayoristas, Telefónica ha solicitado a esta Comisión el inicio de un procedimiento que le autorice a desarrollar un procedimiento de evaluación de riesgos (basado en parámetros económicos y financieros) que le permita medir el riesgo de contratar con nuevos operadores, y en función del riesgo que resulte, proceder a la solicitud de garantías económicas (RO 2010/902). Ambos expedientes están en fase de resolución, es decir, hasta la fecha la Comisión no ha accedido a las pretensiones de Telefónica.

Por tanto, con el marco regulatorio actual, y sin perjuicio de que el mismo pueda ser modificado en el futuro si la Comisión así lo estima conveniente, Telefónica está obligada a facilitar el acceso a los servicios regulados en la OIR de conformidad con los criterios fijados en la Resolución de 23 de noviembre de 2005, no pudiendo imponer avales al margen de los permitidos en la misma.

En este sentido cabe indicar que, con fecha 29 de julio de 2010, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha iniciado un procedimiento sancionador contra Telefónica al haberse apreciado indicios de un posible incumplimiento, por parte de este operador, de las condiciones impuestas en materia de avales por la Resolución de 23 de noviembre de 2005.

SEXTO.- Sobre la prueba pericial propuesta por Telefónica.

En su escrito de fecha 1 de julio de 2010 Telefónica solicita a esta Comisión que se practique, en el seno del presente expediente, una prueba pericial consistente en la elaboración de un informe sobre el nivel de riesgo y exposición financiera asociado a la contratación de servicios con la sociedad Nalan.

En este sentido cabe indicar que el artículo 80.1 de la LRJPAC señala que los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho. Asimismo, el apartado tercero del citado artículo establece que el instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por los interesados cuando éstas sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

Por tanto, es preciso analizar la necesidad de practicar la prueba pericial solicitada por Telefónica para la resolución del presente expediente.

A este respecto cabe recordar que en el procedimiento de referencia esta Comisión está valorando si, de conformidad con la regulación sectorial, Telefónica está autorizada a exigir determinadas garantías de pago con carácter previo a la prestación de servicios de interconexión. Como indicábamos con anterioridad, las únicas circunstancias que justifican la exigencia de un aval al operador alternativo, de conformidad con la OIR 2005, son las siguientes: (i) que el operador interesado en la interconexión se encuentre en situación concursal, ya sea declarada por el juzgado ya sea solicitada por el deudor o (ii) que en las relaciones comerciales establecidas entre Telefónica y el operador interesado, 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 injustificados en -al menos- dos facturas giradas por Telefónica.

Por tanto, el conocimiento por parte de esta Comisión de la situación crediticia de Nalan no sería un dato relevante a la hora de determinar si Telefónica puede o no exigir una garantía de pagos conforme a la regulación actual. Es decir, el resultado de la práctica de la prueba solicitada por Telefónica no sería determinante para la resolución del presente expediente.

De lo anterior debe concluirse que la prueba propuesta por Telefónica recae sobre aspectos innecesarios para la decisión del presente procedimiento, dado que no guardan relación con el objeto del mismo, resultando por tanto improcedente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 de la LRJPAC.

SÉPTIMO.- Multas coercitivas.

Atendiendo a las circunstancias concretas concurrentes en el presente expediente, esta Comisión considera necesario aperebrir a Telefónica de la imposición de multas coercitivas como medio de ejecución forzosa de la presente resolución en caso de que, transcurrido un lapso de tiempo suficiente para cumplir con lo establecido, el operador no hubiese dado cumplimiento a la misma.

Al respecto, la disposición adicional sexta de la LGTel dispone que esta Comisión podrá imponer multas coercitivas por importe diario de 100 € hasta 10.000 € para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones, en los términos previstos en la LRJPAC.

En el presente caso, la obligación impuesta a Telefónica por el presente de la presente Resolución constituye una obligación personalísima en la que no procede la compulsión directa sobre la persona del obligado, por cuanto sólo a Telefónica le resulta factible su cumplimiento, tratándose de una obligación de hacer.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Teniendo en cuenta que Telefónica ha dispuesto de un tiempo más que suficiente para haber procedido a la interconexión de su red con la de Nalan, y que el proyecto técnico está finalizado desde marzo de 2010, se considera que el plazo de cinco días previsto en el citado Resuelve resulta suficiente para cumplir lo ordenado en la presente Resolución.

Atendiendo al principio de proporcionalidad señalado en el artículo 96.1 de la LRJPAC, se hace necesaria una justificación de la cuantía concreta de la multa coercitiva. Para evaluar la proporcionalidad en este caso concreto, se tiene en cuenta el largo período transcurrido desde el inicio de las negociaciones entre Telefónica y Nalan (más de 12 meses), así como el importe de las garantías de pago que Telefónica ha requerido a Nalan que ascienden a **[CONFIDENCIAL]** en caso de constituir aval, o **[CONFIDENCIAL]** en caso de preferir prepago mensual.

Por ello, se estima proporcionado que la cuantía de la multa coercitiva en el presente caso sea del máximo legal previsto de 10.000 € diarios. En consecuencia, al amparo de lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la LGTel y conforme lo establecido en el Capítulo V del Título VI de la LRJPAC, se apercibe a Telefónica de la imposición de las multas coercitivas que constan, en la forma y cuantía que se señalan, con el fin de proceder a la ejecución forzosa de la obligación impuesta por la presente resolución, si fuera el caso.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

PRIMERO.- Instar a Telefónica de España, S.A.U. a suscribir, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución, el Acuerdo General de Interconexión con la entidad Nalan Telecomunicaciones, S.L. que a fecha de hoy se encuentra pendiente de formalización, así como su remisión una vez firmado a esta Comisión.

SEGUNDO.- Si transcurridos cinco días laborables, desde la notificación de la presente Resolución, Telefónica de España, S.A.U. no hubiese cumplido lo dispuesto en el Resuelve Primero, se impondrá a Telefónica de España, S.A.U. una multa coercitiva de 10.000 euros diarios al objeto de asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas en dicho Resuelve.

TERCERO.- Declarar no razonable la solicitud de Telefónica de imponer garantías de pago con carácter previo al inicio de la prestación de servicios de interconexión distintos de los previstos en la OIR de 2005.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 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, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Vicepresidente, Marcel Coderch Collell (P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre, B.O.E. de 25 de septiembre de 1996).