



IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 número 25/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 29 de julio de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la cual se adoptan medidas cautelares en el conflicto de interconexión presentado por Sur Making Off, S.L. frente a Telefónica de España, S.A.U. (RO 2010/1201).

I ANTECEDENTES DE HECHO.

ÚNICO.- Escrito presentado por SUR MAKING OFF, S.L. planteando un conflicto de interconexión contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

Con fecha 29 de junio de 2009, ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de la entidad Sur Making Off, S.L. (en adelante, SMO) mediante el que presenta un conflicto de interconexión contra Telefónica de España, S.A.U. (en lo sucesivo, TESAU) y solicita la intervención inmediata de esta Comisión al objeto de que se proceda a la apertura efectiva de la interconexión entre las redes de ambas entidades, de forma que SMO pueda comenzar a prestar sus servicios en el mercado, todo ello en aplicación de lo dispuesto en la Oferta de Interconexión de Referencia vigente de TESAU (OIR), solicitándose asimismo la adopción de medidas provisionales, todo ello en base a los siguientes hechos:

- Que tras remitir SMO, a finales de abril de 2009, la correspondiente solicitud de interconexión a TESAU, el 12 de mayo de 2009 tuvo lugar la reunión inicial para la puesta en marcha del proyecto de interconexión entre ambas entidades así como para la definición del procedimiento a seguir a tal efecto. En dicha reunión ambas partes firmaron el correspondiente "Acuerdo de Confidencialidad", planteando SMO la apertura de un punto de interconexión (Pdl) en Madrid, así como su interés en contratar para el Pdl de Madrid, a priori, 4 circuitos primarios E1, junto con 2 circuitos que se utilizarían para la señalización.



- Que tras la reunión inicial de ambas partes, no es hasta el 10 de julio de 2009 cuando tiene lugar la primera reunión técnica entre ambas entidades. En esta reunión, tras haber analizado convenientemente la OIR de TESAU, los precios y los posibles descuentos existentes, SMO decide finalmente plantear la contratación de 20 circuitos primarios (incluidos los 2 de señalización), quedando pendiente la presentación del Proyecto Técnico y la solicitud formal del Pdl, lo cual tiene lugar el 24 de julio de 2009. Planteado el Proyecto Técnico y el Pdl, durante septiembre de 2009, TESAU lleva a cabo la configuración de rutas y encaminamientos, y otra serie de operaciones técnicas necesarias como punto de inicio del plazo de implantación de la red de interconexión, remitiendo a través de correo electrónico el 30 de septiembre de 2009 a SMO el proyecto técnico con la distribución de las rutas con los E-1 pedidos.
- Mediante correo electrónico de fecha 6 de octubre de 2009 TESAU remite a SMO el proyecto de instalación del Pdl, adjuntándose el boletín de pedido correspondiente (T0), y señalándose expresamente que los plazos son los que figuran en el Acuerdo General de Inteconexión, que deben firmar ambos operadores para este tipo de solicitud.
- Que desde dicha fecha de 6 de octubre de 2009, los ingenieros y técnicos de ambas partes han ido realizando las tareas correspondientes para finalizar los trabajos necesarios desde un punto de vista técnico, de acuerdo con el Proyecto Técnico acordado, para la interconexión de las redes de SMO y TESAU, estando a día de hoy el Proyecto Técnico ejecutado prácticamente en su totalidad.
- Que durante todo este tiempo, desde la fecha de la reunión inicial, SMO ha solicitado y requerido en múltiples ocasiones a TESAU que proceda a remitir la correspondiente oferta en firme que incluya los servicios de interconexión solicitados y los correspondientes documentos del AGI concreto que ambas partes deben firmar para finalizar el procedimiento de interconexión.
- Que ante las solicitudes de SMO, inicialmente, sólo se recibían respuestas vagas e inciertas respecto al momento en que TESAU procedería a remitir la documentación pertinente, y sobre el momento en el que se procedería a la firma del AGI.
- Que el 5 de octubre de 2009, TESAU anuncia a SMO, por correo electrónico, que *“se va acercando la fecha para la firma del AGI”* (si bien aun no habían enviado los documentos pertinentes) e informa por primera vez y para sorpresa de SMO que, *“en dicho documento (el del AGI) se incluye solicitud de aval bancario como garantía de pago”*. *En tal correo electrónico se adjunta un modelo de aval, y TESAU indica que la cantidad inicial solicitada para el aval es de 100.000 euros, revisable en función de los tráficos que SMO genere.”* No ofrece TESAU más explicaciones ni justificaciones a su solicitud de esta garantía de pago, con carácter previo a la interconexión, indicando únicamente que *“es el procedimiento que seguimos habitualmente”*.
- Que como respuesta al correo de TESAU, SMO solicita de nuevo a TESAU que remita la oferta comercial concreta y en firme, entendiendo SMO que dicha solicitud de aval hacía referencia a una oferta comercial de TESAU para la prestación de servicios relacionados con el tráfico internacional, ya que, con respecto al tráfico y servicios incluidos en la OIR, dicha solicitud de aval no estaría amparada por la OIR



vigente. Igualmente, SMO vuelve a solicitar los documentos del AGI para los servicios incluidos en la OIR, para su firma a la mayor brevedad posible.

- Que en fecha 9 de octubre de 2009, TESAU responde a SMO mediante correo electrónico indicando que la solicitud de aval realizada previamente por TESAU se realiza en base a la OIR vigente, no dando más explicaciones ni justificando en qué hechos o circunstancias se basa la solicitud de aval, tal y como exige la OIR.
- Que en fecha 5 de noviembre de 2009, como continuación a varias conversaciones telefónicas entre ambas partes completamente infructuosas respecto al avance en la interconexión, SMO remite un nuevo correo electrónico a TESAU en el que le comunica: (i) que SMO no se encuentra en ninguno de los supuestos establecidos en la OIR que habilitarían a TESAU para solicitar un aval con carácter previo a la interconexión, y que SMO no estaría de acuerdo con dicha solicitud (ii) que esta cuestión no debería estar bloqueando la firma del AGI basado en la OIR, independientemente de que exista, por otro lado, una oferta comercial para otros servicios (no incluidos en la OIR) y que en su caso las partes debían negociar aparte; (iii) que con respecto a la firma del AGI para los servicios incluidos en la OIR, SMO estaba todavía a la espera de recibir tales documentos, sobre todo, teniendo en cuenta que se había empezado la negociación a finales de abril de 2009, y SMO todavía no tenía claro cuándo se podría firmar el AGI para empezar a cursar tráfico. Se recuerda a TESAU el plazo máximo de 4 meses para firmar el AGI; (iv) que respecto a la solicitud de aval y como muestra de buena voluntad por parte de SMO, al que interesaba cerrar cuanto antes el procedimiento de interconexión, se proponía realizar modificaciones en el modelo de aval enviado por TESAU, por cuanto el mismo se estaría aceptando por SMO voluntariamente, no porque estuviera obligada en base a las disposiciones de la OIR vigente. Asimismo, se emplazaba a TESAU para fijar una fecha para comentar en persona el AGI y firmarlo.
- Que en fecha 7 de diciembre de 2009, el representante legal de SMO tiene una nueva conversación con las personas designadas por TESAU para gestionar la interconexión con SMO. En dicha conversación TESAU vuelve a reiterar la necesidad de constituir un aval a pesar de reconocer que SMO no se encuentra en ninguno de los supuesto de la OIR para que pueda exigirse dicho aval.
- Que en fecha 15 de diciembre de 2009, de nuevo intentando llegar a un acuerdo y aún sabiendo SMO que no estaba obligada a constituir aval con respecto a aquellos servicios incluidos en la OIR, SMO ofrece a TESAU la constitución de un aval de 100.000 euros (tal y como TESAU había solicitado al principio) aclarando que dicha oferta de aval se realizaba respecto a aquellos servicios no incluidos en la OIR.
- Que en fecha 16 de abril de 2010, ante la insistencia de SMO y después de varias conversaciones entre ambas partes en los meses anteriores, TESAU remite un nuevo correo electrónico donde se solicita a SMO, de nuevo, una garantía de pago para poder firmar el AGI. Esta vez TESAU requiere a SMO, de nuevo y sin justificación alguna, un prepago de 954.675 euros, o un aval de 2.434.421 euros. En dicha solicitud de aval TESAU no diferencia entre los servicios incluidos en la OIR de aquellos que no estarían incluidos (sujetos por tanto a oferta comercial), pretendiendo TESAU exigir una garantía de pago también por los servicios incluidos en la OIR, a pesar de que SMO les había comunicado, y TESAU era consciente, de



que dicha solicitud de garantía de pago para los servicios de OIR no estaban justificadas.

- Que en fecha 6 de mayo de 2010, SMO envía a TESAU nuevas previsiones de tráfico revisadas para los primeros 3-6 meses, y reitera la oferta de SMO de constituir un aval de 100.000 euros, exclusivamente respecto a aquellos servicios que no estuvieran incluidos en la OIR. TESAU tampoco responde por escrito a esta oferta.
- Que finalmente, ante la negativa de TESAU y dada la situación expuesta, SMO se ve obligada a requerir los documentos del AGI, y la apertura efectiva de la interconexión a TESAU mediante escrito enviado por burofax el 14 de mayo de 2010.
- Que TESAU tampoco ha procedido a contestar a este burofax por escrito, si bien durante estas últimas semanas ha vuelto a reiterar a SMO en conversaciones telefónicas su negativa a cerrar la interconexión si no es en los términos exigidos por TESAU, esto es, constituyendo una garantía de pago completamente abusiva y no justificada en opinión de SMO.
- Según SMO, todo lo anterior le está colocando en una situación completamente insostenible y causándole múltiples perjuicios consistentes en:
 - o La imposibilidad de prestar servicios, por cuanto todos sus esfuerzos e inversión en infraestructuras, equipos y personal, se han destinado, hasta la fecha, al procedimiento de interconexión con TESAU. Esto es, SMO, no está interconectada, a día de hoy, con ningún otro operador, y está a la espera de cerrar la interconexión con TESAU para poder prestar sus servicios en España.
 - o La imposibilidad de SMO de amortizar las infraestructuras, equipos y personal que SMO ha tenido que contratar con motivo de la interconexión con TESAU y el hecho de que SMO está asumiendo múltiples costes tanto salariales como de mantenimiento de las infraestructuras.
 - o La imposibilidad de SMO de utilizar la numeración asignada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para la prestación de sus servicios, debiendo abonar las correspondientes tasas por el mantenimiento de dicha numeración, sin haber tenido la oportunidad de utilizarla.
 - o La necesidad de tener que afrontar otros costes derivados de la situación provocada por TESAU tales como costes legales y otros adicionales, que en caso de ser necesario SMO podría justificar.
- Que como consecuencia de lo expuesto, y ante la imposibilidad de desbloquear la negociación con TESAU y el desinterés manifiesto de esa entidad en cerrar cualquier tipo de acuerdo respecto a la interconexión con SMO, esta operadora acude a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones solicitando:
 - o Que declare la obligación de TESAU de finalizar el procedimiento de interconexión con SMO, exija a TESAU el envío y firma de los documentos correspondientes al AGI, y en definitiva, obligue a TESAU a proceder a la



apertura efectiva de la interconexión entre las redes de TESAU y SMO de tal forma que ambas partes comiencen a intercambiar tráfico en la forma que han acordado, en base a la OIR.

- Que inicie el correspondiente expediente sancionador contra TESAU para dilucidar la necesidad de imponer una sanción a dicha entidad de acuerdo con la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGTel) y su normativa de desarrollo, particularmente por llevar a cabo actuaciones en contra de la competencia en el sector de las telecomunicaciones e incumpliendo la normativa aplicable a la interconexión y las obligaciones particulares de TESAU como operador con poder significativo en los mercados de acceso y terminación de llamadas en redes fijas.
- Que dada la situación de desamparo en la que actualmente se encuentra SMO, habiendo realizado múltiples inversiones que no puede amortizar al no poder prestar servicios por el bloqueo de la interconexión por parte de TESAU, se exija a esta operadora, como medida cautelar, la finalización de las pruebas técnicas necesarias, y la apertura efectiva e inmediata de la interconexión entre las redes de ambas entidades, de forma que TESAU comience cuanto antes a prestar los correspondientes servicios de interconexión

A los anteriores antecedentes de hecho resultan de aplicación los siguientes

II FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para conocer el conflicto planteado.

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 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 esta 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. (...)
(Subrayado añadido)

Asimismo, el Capítulo III del Título II de la LGTel trata 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 conclusión, esta Comisión resulta competente para conocer del presente conflicto de interconexión planteado por SMO, en la medida en que el mismo se refiere a un retraso injustificado de TESAU de proceder a la formalización del AGI entre las partes.

SEGUNDO.- Objeto del presente procedimiento.

El presente procedimiento tiene por objeto valorar la necesidad de adoptar, en el marco del presente conflicto de interconexión, medidas cautelares que aseguren la ejecutividad de la Resolución que pudiera adoptar esta Comisión; en concreto y en su caso, la adopción de medidas tendentes a asegurar la apertura efectiva e inmediata de la interconexión entre las redes de SMO y TESAU.

TERCERO.- Concurrencia de los presupuestos necesarios para la adopción de medidas cautelares.

El artículo 72 de la LRJPAC permite al órgano competente para resolver el procedimiento, adoptar medidas cautelares, de oficio o a instancia de parte, cuando ello sea necesario para *“asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer”*, y *“si existen elementos de juicio suficientes para ello”*. Según el apartado 3 de este artículo, *“no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de imposible o difícil reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”*.



Tomando en consideración estas prescripciones, doctrina y jurisprudencia han sistematizado los requisitos que permiten a una Administración Pública la adopción de una medida cautelar. Tales requisitos son los siguientes:

- Habilitación competencial (existencia de una norma que permita la adopción de una medida cautelar).
- La existencia de apariencia de buen derecho (“*fumus boni iuris*”) o de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida.
- Previsión razonable de la necesidad y urgencia de la medida (“*periculum in mora*”) para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.
- Inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

Se examina a continuación la concurrencia, con relación a la medida cautelar solicitada por SMO, de estos requisitos.

a) Habilitación competencial para adoptar la medida cautelar.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares indicando que no se produce vulneración de derechos constitucionales siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, se adopten las medidas cautelares por resolución en Derecho y se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes (Sentencias del Tribunal Constitucional 31/1981, de 28 de julio; 13/1982, de 1 de abril; 66/1984 y 108/1984, de 26 de noviembre y 22/1985, de 15 de febrero).

De conformidad con el artículo 48.12 de la LGTel,

“En el ejercicio de sus funciones, y en los términos que reglamentariamente se determinen, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una vez iniciado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia del laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”.

La propia LGTel contempla, de forma específica, esta habilitación dada a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para adoptar medidas cautelares con ocasión del ejercicio de sus funciones relativas a la resolución de conflictos de acceso e interconexión. En el artículo 14.1 de esta Ley, antes citado, se indica que:

“Ésta [la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones], previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva”. (el subrayado es nuestro)



Por su parte, el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado mediante Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante, RCMT), habilita a esta Comisión para, en el ejercicio de sus funciones, adoptar de oficio o a instancia de los interesados, una vez iniciado el correspondiente procedimiento, *“las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia (...) de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”*.

Según el mismo artículo 31 del RCMT, dichas medidas cautelares podrán consistir en órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que se refiere el procedimiento o en la imposición de fianza de cualquier clase, excepto la personal, que sea bastante para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar.

Por último, el citado artículo 31 impide dictar medidas cautelares que puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

De acuerdo con los artículos 48.1 de la LGTel y 2 del RCMT, esta Comisión, en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas, adecuará sus actuaciones a lo previsto en la LRJPAC. Así, conforme a las previsiones contenidas en el artículo 72 de la citada Ley, *“iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”*.

En definitiva, esta Comisión está habilitada para adoptar medidas cautelares en los procedimientos que tienen por objeto la resolución de conflictos de interconexión entre operadores.

b) Apariencia de buen derecho.

Con esta expresión se alude a la verosimilitud o apariencia de que el Derecho asiste al eventual beneficiario de la medida, de manera que la Administración lleva a cabo un ejercicio de predicción sobre la pretensión de fondo, debiendo tomarse en todo caso con mucha cautela dicho presupuesto, pues no se trata de conocer sobre el fondo del asunto, tal y como se ha pronunciado en sucesivas ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otros, ATS de 13 de julio de 2000¹; ATS de 12 de julio de 2000²; ATS de 17 de enero de 2000³).

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

¹ RJ\2000\7448.

² RJ\2000\7781.

³ RJ\2000\5645.



El régimen de interconexión establecido en la normativa sectorial de telecomunicaciones parte de lo previsto en el artículo 11.2 de la LGTel, en el que se preceptúa expresamente que:

“Los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas tendrán el derecho y, cuando así se solicite por otros operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, la obligación de negociar la inteconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, con el fin de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad”.

Con la misma redacción se expresa el artículo 22.2 del Reglamento sobre Mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento sobre Mercados), en el que además se añade que:

“Los acuerdos de inteconexión 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”.

En el presente caso, tal y como se desprende de la documentación aportada por SMO, el plazo máximo de cuatro meses ha sido superado ampliamente, sin que se haya producido, en principio, acuerdo alguno entre las partes para ampliar dicho plazo. En efecto, las negociaciones entre ambas operadoras comenzaron en el mes de mayo de 2009, tal y como cabe deducir del Acuerdo de Confidencialidad firmado entre SMO y TESAU el 14 de mayo de 2009, en cuyo exponiendo primero se señala expresamente lo siguiente:

“Que ambas partes se proponen iniciar un proceso de negociación con vistas a alcanzar un Acuerdo General de Interconexión de sus redes, adscritas a la prestación del servicio telefónico disponible al público”.

De hecho, del análisis de la documentación aportada a esta Comisión por SMO, la única razón por la que la interconexión entre SMO y TESAU no se ha cerrado hasta la fecha parece tener su origen en la exigencia, por parte de TESAU, de la constitución de un aval o de prepagos mensuales con carácter previo a la apertura de la interconexión.

2. Obligaciones de TESAU como operador con PSM.

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que TESAU ha sido designado por esta Comisión, mediante Resoluciones de 12 de diciembre de 2008⁴ y 18 de diciembre de 2008⁵, 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

⁴ 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).

⁵ 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).



terminación de llamadas en las redes públicas individuales de cada operador de telefonía fija (Mercados 2 y 3 de la nueva Recomendación de la Comisión Europea⁶).

En virtud de la primera de las Resoluciones mencionadas se ha impuesto a TESAU, entre otras, la obligación de atender a las 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 acceso⁷).

Ninguna de los anteriores criterios ha sido utilizado por TESAU para retrasar la interconexión de su red con la de SMO, puesto que en la documentación que obra en poder de esta Comisión, y más específicamente en un correo electrónico remitido por TESAU a SMO, de fecha 5 de octubre de 2009, únicamente se señala lo siguiente:

“(...) como comentamos la semana pasada se va acercando la fecha para la firma del AGI y te informo que en dicho documento se incluye solicitud de aval bancario como garantía de pago, que es el procedimiento que seguimos habitualmente (...)”

La exigencia de garantías de pago como requisito previo a la interconexión ha sido ya planteada por TESAU en reiteradas ocasiones, siendo la postura de esta Comisión, hasta el momento, la manifestada en la Resolución de 23 de noviembre de 2005⁸, en la que se señala lo siguiente:

“(...) 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”. (el subrayado es nuestro).

⁶ Recomendación de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2007, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

⁷ 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.

⁸ Procedimiento relativo a la modificación de la OIR (MTZ 2004/1724).



Por último, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 11.14 de la OIR, TESAU únicamente estaría habilitada para exigir un aval con carácter previo a la apertura de la interconexión en los siguientes casos: (i) cuando el operador se encuentre en alguno de los supuestos de situación concursal declarada por el juzgado o al menos solicitada por el deudor y, (ii) 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 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.

Del análisis de la documentación aportada por SMO, en concreto de la lectura de los correos electrónicos remitidos por TESAU a la referida operadora, se desprende que TESAU, en ningún momento, ha invocado la existencia de alguna de las anteriores circunstancias a la hora de exigir la constitución de un aval o prepagos mensuales con carácter previo a la apertura de la interconexión a SMO.

Por lo tanto, en el presente caso, se podría estar creando una barrera de entrada al mercado de redes y servicios de comunicaciones electrónicas sobre la base de un análisis de riesgo económico financiero realizado de forma unilateral por TESAU, lo que resultaría contrario a la doctrina de esta Comisión, manifestada en su Resolución de fecha 2 de julio de 2009⁹, en la que se señala que la exigencia de un aval –o incluso cualquier otro mecanismo de aseguramiento de pago- supone condicionar la prestación del servicio de interconexión a la solvencia crediticia de los operadores, dejando al criterio unilateral de TESAU la apreciación de la razonabilidad debida. A lo que añade:

“La inclusión dentro de las distintas Ofertas de los medios de aseguramiento de pago acordados debe determinarse creando un marco de condiciones jurídicas y económicas que (i) no permitan la vulneración del derecho al acceso y a la interconexión que tienen todos los titulares de redes públicas de telecomunicaciones y los prestadores de servicios , y (ii) la prestación por parte Telefónica de los servicios mayoristas de acceso e interconexión en condiciones reguladas no discriminatorias, transparentes, proporcionales y fundadas en criterios objetivos”.

De conformidad con lo expuesto, se considera que existen indicios razonables para entender que la solicitud de SMO se encuentra suficientemente motivada, concurriendo el suficiente *fumus boni iuris*, ello sin prejuzgar el fondo del asunto.

c) Necesidad y urgencia de la medida.

Es preciso que la adopción de la medida cautelar sea necesaria para asegurar la eficacia de la posible resolución a adoptar, esto es, que el ritmo del proceso no perjudique fatalmente a quien acude al mismo solicitando tutela judicial. Concorre el segundo presupuesto para la adopción de la medida, toda vez que en el supuesto de no adoptarse la medida cautelar, se estarían incrementando los ya evidentes y graves perjuicios económicos a la operadora SMO.

⁹ Resolución sobre la modificación de las ofertas mayoristas en relación con el sistema de penalizaciones y de garantías de pago.



En efecto, la medida cautelar es esencial para que SMO pueda empezar a prestar sus servicios en el mercado, y comenzar a tener ingresos por la actividad que constituye su objeto social (la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas), para amortizar sus inversiones e infraestructuras, y hacer frente a sus costes, evitando, en su caso, la adopción de medidas drásticas que podrían incluso hacer peligrar el negocio y la empresa, lo que supondría que la resolución del presente conflicto perdiera completamente su efectividad.

Es manifiesto que el tiempo en el presente caso juega únicamente a favor de TESAU y en contra de SMO, la cual sigue sin poder iniciar sus servicios después de múltiples intentos de negociación, y teniendo que hacer frente a importantes costes por inversiones realizadas para poder interconectarse con TESAU.

Resulta necesaria, en consecuencia, la adopción de la presente medida cautelar, para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, entendiendo esta Comisión como urgente la apertura inmediata de la interconexión entre las redes de TESAU y SMO.

Por otro lado, el extenso periodo temporal transcurrido desde el inicio de las negociaciones entre ambas operadoras (más de 14 meses), y los graves perjuicios económicos que SMO está sufriendo, determinan en el presente caso que se haya prescindido del trámite de audiencia. En efecto, la adopción de la medida "inaudita parte" se considera necesaria en virtud de las circunstancias de urgencia y razonabilidad que concurren en el presente caso, pudiendo los interesados en la tramitación del presente procedimiento manifestar lo que a su derecho e intereses convenga.

d) Inexistencia de perjuicios.

Finalmente debe tenerse en cuenta que la adopción de las medidas cautelares señaladas en la presente Resolución no van a causar a TESAU perjuicio alguno de difícil o imposible reparación.

En efecto, toda la infraestructura técnica de la interconexión está prácticamente finalizada y los servicios técnicos de TESAU están simplemente a la espera de que se firme el AGI entre las partes, para que pueda comenzarse a cursar tráfico entre las redes de ambos operadores. Esto es, la apertura provisional de la interconexión no implicará ningún coste ni obligación adicional para TESAU.

Además, la obligación que se impone por medio de la presente Resolución no viola derechos amparados por las leyes ni ocasiona perjuicios de imposible o difícil reparación.

CUARTO.- Multas coercitivas.

Atendiendo a las circunstancias concretas concurrentes en el presente expediente, esta Comisión considera necesario apercibir 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 lo hubiese hecho.



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 resuelve primero 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.

Teniendo en cuenta que TESAU ha dispuesto de un tiempo más que suficiente para haber procedido a la interconexión de su red con la de SMO, y que el proyecto técnico está prácticamente finalizado, se considera que el plazo de cinco días 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 TESAU y SMO (más de 14 meses), así como el importe de los avales que TESAU ha ido requiriendo a SMO, y que han ido variando desde los 100.000 euros hasta los 2.434.421 euros.

Por ello, se estima proporcional 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,

RESUELVE

PRIMERO.- Adoptar la medida cautelar consistente en obligar a Telefónica de España, S.A.U., en el plazo de 5 días, a proceder a la apertura efectiva e inmediata de la interconexión de su red con la de Sur Making Off, S.L.

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.

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 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, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.