



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 21/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día de de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente RO 2005/1215 se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN PLANTEADO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA S. A. U. FRENTE A JAZZ TELECOM, S.A.U. ACERCA DE LA NECESIDAD DE CONSTITUIR UN AVAL EN GARANTÍA DE LAS CANTIDADES QUE SE ADEUDAN.

HECHOS

PRIMERO.- Solicitud presentada por Telefónica de España, S.A.U.

El 8 de agosto de 2005 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Telefónica de España, S.A.U. (en lo sucesivo, TESAU) en el que, esencialmente, expone lo siguiente:

- Que TESAU y Jazz Telecom, S.A.U. (en lo sucesivo, JAZZTEL) firmaron, con fecha 12 de abril de 1999, un Acuerdo General de Interconexión (AGI) al objeto de interconectar sus redes públicas de telecomunicaciones, y que dicho AGI fue ampliado el 25 de abril de 2002 mediante la firma de un Addendum que incluía el mecanismo de aseguramiento de pagos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que, según TESAU, *“desde la fecha de inicio de efectividad de las condiciones contenidas en el AGI mencionado, ha venido siendo habitual el retraso en el pago de los servicios por parte de JAZZTEL”*.
- Que el 12 de mayo de 2004, TESAU envió un burofax a JAZZTEL requiriendo el pago de la deuda pendiente y exigiendo la constitución de un aval.
- Que el 12 de julio de 2004, TESAU planteó conflicto ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por los motivos indicados, y que, ante este hecho, JAZZTEL realizó un pago y negoció con TESAU la firma de un acuerdo de pago fraccionado, por lo que TESAU desistió del conflicto que había presentado.
- Que JAZZTEL ha vuelto a incurrir en retrasos en el pago de sus deudas y que la demora por la cual TESAU solicita la constitución del presente aval *“no es –según expresa TESAU- una demora excepcional, ni esporádica sino que constituye una práctica habitual y constante de JAZZTEL, que desde el año 2.002 viene demorando sus pagos de forma sistemática, con el claro perjuicio económico y evidente riesgo crediticio que ello supone para mi mandante”*.
- Que, por esta razón, el 22 de julio de 2005, TESAU ha reiterado a JAZZTEL la necesidad de constitución de un aval.
- Que, *“tanto por falta de pago, como por retraso en el mismo, de operadores en el ámbito de la interconexión y el consiguiente riesgo que ello supone para Telefónica de España, a petición de ésta y dentro del ámbito de la OIR 2001, esa CMT autorizó expresamente a Telefónica de España, una vez abierta la interconexión, a exigir la constitución de un aval”*, y que, *“posteriormente y dentro de la OIR 2003 la CMT se reiteró en su postura”*.
- Que el 18 de julio de 2003 JAZZTEL comunicó a TESAU la aceptación de las condiciones económicas de la OIR 2003, lo que, según expone TESAU, implicaba la aplicación de las condiciones contempladas en el contrato tipo de la mencionada OIR 2003, entre las que se encuentra la posibilidad de que TESAU exija la constitución de un aval.
- Que, además, en el Addendum al AGI suscrito entre JAZZTEL y TESAU el 25 de abril de 2002, se prevé que TESAU podrá exigir la constitución de un aval si constata la existencia de impagos sin causa justificada o demoras en el pago de dos facturas.
- Que JAZZTEL no ha accedido a la solicitud de TESAU de constitución de un aval.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Efectuadas estas alegaciones, TESAU solicita a la Comisión que *“acuerde ordenar a JAZZTEL la constitución inmediata de un aval a favor de mi mandante que garantice el pago de las cantidades adeudadas en concepto de servicios de interconexión y de las cantidades que se devenguen en el futuro por dichos conceptos”*.

TESAU acompaña su solicitud con una copia del burofax enviado a JAZZTEL el 22 de julio de 2005, con otra copia del burofax enviado a JAZZTEL el 12 de mayo de 2004, y con copia de la carta de aceptación de los precios de la OIR 2003, remitida por JAZZTEL a TESAU el 18 de julio de 2003.

SEGUNDO.- Escrito complementario de TESAU

El 18 de agosto de 2005 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU en el que expone lo siguiente:

- Que *“la deuda de JAZZTEL comunicada recientemente a esa CMT ascendía a 1.754.668,26 euros”, pero que “esta deuda ha ascendido considerablemente desde que presentamos nuestro último escrito ante esa CMT”*.
- Que *“actualmente están vencidas e impagadas diversas facturas por distintos servicios que ascienden a un total de 4.695.344,32 euros”*.
- Que *“tenemos además facturas ya emitidas por servicios prestados que ascienden a la cantidad de 1.873.232,31 euros”*.
- Que *“a mayor abundamiento ya se han prestado servicios que, aun cuando todavía no han sido facturados, serán facturados en breve y que incrementarán la cifra global de deuda de JAZZTEL con mi representada”*.

Expuestos estos hechos, TESAU solicita a la Comisión que *“acuerde ordenar a JAZZTEL el pago inmediato de las cantidades adeudadas a mi representada ordenando igualmente la constitución inmediata de un aval a favor de mi mandante que garantice el pago de las cantidades adeudadas en concepto de servicios de interconexión y OBA que se devenguen en el futuro por dichos conceptos habida cuenta de los permanentes y sistemáticos retrasos en los pagos”*.

TESAU acompaña su escrito con una referencia a las deudas vencidas y a las que tienen próximo su vencimiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Por medio de sendos escritos de fecha 24 de agosto de 2005 se notificó a los interesados del procedimiento (TESAU y JAZZTEL) el inicio del mismo.

A JAZZTEL, junto con la comunicación de inicio, se le dio traslado de una copia de los escritos presentados por TESAU y se le confirió un plazo de diez días para que presentara las alegaciones que considerara oportunas.

A TESAU, junto con la comunicación de inicio, se le practicó un requerimiento para que, en el plazo de diez días, remitiera la siguiente información:

- Actas de consolidación relativas a los tráficos y conceptos cuyo impago se imputa a JAZZTEL.
- Facturas emitidas correspondientes a los conceptos cuyo impago se imputa a JAZZTEL.
- Convenio de pago fraccionado formalizado por TESAU y JAZZTEL.

CUARTO.- Solicitud de JAZZTEL de ampliación de plazo

El 6 de septiembre de 2005 se recibió una solicitud de ampliación de plazo de JAZZTEL, que le fue otorgada por escrito de esa misma fecha 6 de septiembre de 2005.

QUINTO.- Contestación de TESAU al requerimiento efectuado

El 6 de septiembre de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU por el que remite la información que le había sido requerida. Asimismo, en el escrito mencionado, TESAU realiza las siguientes manifestaciones:

- Que *“la demora en base a la cual mi representada ha solicitado a la CMT la constitución de un aval por parte de Jazztel es, como ya se ha indicado con anterioridad a esa CMT, no una demora excepcional ni esporádica sino que constituye una práctica habitual y constante de Jazztel, que desde el año 2002 viene retrasando sistemáticamente sus pagos con el claro perjuicio económico y evidente riesgo crediticio que ello supone para mi representada”*.
- Que *“como ejemplo de lo anterior resaltamos los retrasos en los pagos en interconexión denunciados en el escrito de Telefónica de España con fecha 18 de agosto de 2005 cuya factura correspondía al tráfico de interconexión del 30 de mayo al 26 de junio de 2005, con fecha de vencimiento del 8 de agosto de 2005”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que *“El pago de estas cantidades ha sido practicado, tal y como resulta habitual por parte de Jazztel, con retraso, pues Telefónica ha recibido en su cuenta el ingreso de la cantidad exigida el pasado 24 de agosto”.*

SEXTO.- Escrito de alegaciones de JAZZTEL

El 13 de septiembre de 2005 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito presentado por JAZZTEL el 8 de septiembre en las oficinas de Correos y Telégrafos, en el que, esencialmente, realiza las siguientes alegaciones:

- Que *“Jazztel, a día de hoy, se encuentra al corriente del pago de las facturas que Telefónica adjuntó como Anexo número 1, salvo en aquellos supuestos en los que ha declarado su disconformidad y se encuentra pendiente de aclaración por parte de Telefónica”.*
- Que *“Jazztel considera que, a día de hoy, no está pendiente de pago ninguna factura emitida por Telefónica que no esté en proceso de aclaración y por tanto no procede la constitución de un Aval solicitado por Telefónica”.*
- Que *“en las facturas que Telefónica adjunta como anexo número 1 de su escrito, se incluyen servicios que no se encuentran amparados en el marco de la OIR vigente, y por tanto, no pueden tenerse en cuenta para la constitución del Aval”. Según JAZZTEL, se trata, en concreto, de “servicios que no están regulados y que por tanto son objeto de acuerdo comercial y facturas por servicios OBA”.*
- Que *“En cuanto a las facturas pendientes por servicios OBA, Jazztel está sorprendida de la acusación de Telefónica por impago de estas facturas, no sólo porque han sido abonadas, sino porque la deuda que Telefónica ostenta por penalizaciones de incumplimientos de los servicios OBA, y que todavía no han sido abonadas, es mucho mayor a las cantidades de las que está hablando Telefónica”.*
- Que *“Jazztel considera que no tiene sentido incluir dentro de este conflicto de interconexión unas facturas que, según Telefónica han sido emitidas aunque ella misma reconoce que todavía no han sido vencidas”.*
- Que *“Jazztel procedió al pago de la deuda que tenía pendiente mediante un acuerdo de pago fraccionado y por tanto Telefónica, en ningún caso, puede decir que Jazztel no ha estado al corriente de pago de las cantidades adeudadas”.*
- Que *“Jazztel considera que Telefónica no puede acusarle de un retraso intencionado con mala fe que le pueda haber causado un daño irreparable”, y que “Jazztel ha puesto sus mejores esfuerzos, y de hecho así siempre ha sido su actitud con respecto al pago de las facturas, para que se proceda al abono de las mismas en el menor tiempo posible”.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Efectuadas estas alegaciones, JAZZTEL solicita a la Comisión que *“proceda al archivo del expediente de referencia por falta de objeto del conflicto al estar abonadas las facturas reclamadas y que son objeto del presente conflicto y por no cumplirse los requisitos necesarios para la constitución del Aval al no existir a día de hoy ninguna deuda vigente”*.

JAZZTEL adjunta a su escrito de alegaciones un cuadro con las facturas que ha abonado a TESAU y las que están pendientes de aclaración. Asimismo aporta los correos electrónicos remitidos a TESAU que se refieren al desacuerdo en la facturación.

SÉPTIMO.- Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de JAZZTEL presentó escrito de alegaciones que tuvo entrada en el registro de esta Comisión el día 10 de mayo de 2006 por el que manifiesta su conformidad con el informe emitido por la Comisión y solicita se *“proceda al archivo del expediente de referencia por falta de objeto del conflicto al estar abonadas las facturas reclamadas y que son objeto del presente conflicto y por no cumplirse los requisitos necesarios para la constitución del aval al no existir a día de hoy ninguna deuda vigente.”*

OCTAVO.- 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 15 de mayo de 2006 en el que alega que son los requisitos para la constitución del aval el aspecto controvertido, y en concreto:

En relación con la necesidad de que existan dos facturas impagadas o demoradas, alega:

- Que el año 2004 se produjo una situación de impagos y demoras con JAZZTEL por la prestación de servicios de interconexión. Ante dicha situación se recurrió a la Comisión para que se constituyese aval, si bien TESAU terminó por desistir del mencionado conflicto al llegar a un acuerdo de fraccionamiento del pago con JAZZTEL.
- Que dicho acuerdo de fraccionamiento del pago constituye en sí mismo un reconocimiento de deuda por parte de JAZZTEL y, cuestión diferente es que TESAU desistiera de la solicitud.
- Que no es necesario que las facturas sean consecutivas, ya que nada se dice en ese sentido en el AGI y, por tanto, procede la constitución del aval.

En relación con la necesidad de que las facturas se deban a servicios de interconexión alega:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que las facturas impagadas que conformaban la deuda que dio origen al convenio de reconocimiento de pago se referían estrictamente a servicios de interconexión.
- Que en el momento actual los retrasos afectan de manera muy importante a servicios que si no son estrictamente de interconexión se encuentran estrechamente ligados a la misma (como puede ser el servicio de Carrier Internacional, que si bien no es un servicio estrictamente de interconexión se encuentra relacionado con la misma, siendo su facturación elevada.)

En relación con la notificación del requerimiento realizado por TESAU, alega:

- Que debe entenderse, dado que la norma se refiere tanto a impagos como a retrasos, que en los casos de retrasos estos pueden producirse aunque al final el operador proceda al pago y que por tanto la deuda ya no exista al momento de requerir la constitución del aval.
- Reitera la situación que se produjo entre ambos operadores en el año 2004 y como consecuencia de la que se produjo la firma del convenio de fraccionamiento de pago de continua referencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del presente conflicto

El presente procedimiento tiene como objeto analizar si procede atender la solicitud formulada por TESAU, mediante sendos escritos de fecha 8 y 18 de agosto de 2005, relativa a la obligación de JAZZTEL de constituir un aval a su favor como consecuencia de las continuas demoras que, según TESAU, se han venido produciendo en el pago de determinados servicios de interconexión.

TESAU se ampara para ello en las previsiones contenidas en la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR) acerca de la obligatoriedad del operador interconectado de constituir avales cuando se constate la existencia de impagos sin causa justificada en derecho o de demoras en el pago de dos facturas.

Es por ello, que la presente Resolución habrá de determinar, asimismo, si resultan de aplicación al presente caso los mecanismos relativos al aseguramiento del pago previstos en la OIR que regía en ese momento las relaciones entre ambos operadores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- 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 recientemente 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 la propuesta de obligaciones específicas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, la OIR de TESAU ha venido regulando los mecanismos de aseguramiento de pago que este operador puede exigir, y, más específicamente, los supuestos en los que TESAU puede requerir la constitución de un aval al operador que se quiera interconectar con TESAU o que ya está interconectado con él.

TERCERO. 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, 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 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 Ley General de Telecomunicaciones 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 General de Telecomunicaciones 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 Ley General de Telecomunicaciones establece que *“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 Ley General de Telecomunicaciones 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.”

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 TESAÚ, en la medida en que el mismo se refiere a las condiciones de interconexión a aplicar entre este operador y JAZZTEL relativas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a los mecanismos de aseguramiento de pago que TESAU 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.

CUARTO.- Sobre las previsiones de la OIR 2003 en materia de aseguramiento de pagos

Como ya se ha indicado, la OIR de TESAU 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 escrito de fecha 22 de julio de 2005, TESAU ha requerido a JAZZTEL la constitución de un aval en los términos en que éste está previsto en la OIR. Este escrito ha sido notificado a JAZZTEL a través de burofax el 26 de julio de 2005.

La OIR a la que se refiere TESAU en el mencionado escrito es la vigente en el momento en el que el mismo se remite (esto es, *OIR 2003*), a la que dicho escrito, además, se refiere expresamente: *“aval que deberá constituirse conforme determina para este caso la vigente OIR de Telefónica de España (Octubre/2003) –mecanismo de aseguramiento de pago”*.

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 las que TESAU 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 TESAU podría requerir el aval. En concreto, para los avales a constituir una vez abierta la interconexión (caso en el que se encuentra JAZZTEL), las circunstancias en cuestión eran 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:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(...)

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 emitidas 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.*

El plazo para presentar la garantía debe ser de un mes desde la notificación del requerimiento realizado por TELEFÓNICA al efecto. Igualmente, una vez constituido el aval los operadores intervinientes deberán notificar esta circunstancia a la CMT.”

De acuerdo con esta previsión, los casos en los que TESAU podía exigirle un aval a un operador ya interconectado eran aquellos en los que dicho operador incurriera, o bien en impagos (sin causa justificada en derecho) de los servicios de interconexión que presta TESAU, o bien en demoras en el pago de, al menos, dos facturas de los mencionados servicios de interconexión: *“...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 emitidas por esta entidad **relativas a servicios de interconexión prestados en el marco del presente AGI**,...”*

La *OIR 2003* no contempla –como causa de la constitución de un aval- los impagos o retrasos relativos a facturas por la prestación de servicios diferentes a los de interconexión.

Hay que aclarar que las previsiones recogidas en el texto de la *OIR* que se han transcrito coinciden literalmente con las previsiones en materia de aseguramiento de pago contenidas en el Addendum al Acuerdo General de Interconexión firmado entre TESAU y JAZZTEL el 25 de abril de 2002.

Por ello no pueden admitirse las alegaciones presentadas por Telefónica en su escrito de 15 de mayo de 2006 en cumplimiento del trámite de audiencia en el que pone de manifiesto que, si bien los servicios a los que hace referencia las facturas aportadas como documentación en el marco del presente procedimiento no son servicios estrictamente de interconexión, debería la Comisión considerar la naturaleza de los mismos y su íntima relación con los servicios de interconexión.

Es la *OIR 2005* la que prevé la posibilidad de exigir la constitución de avales para garantizar los pagos de interconexión por impagos o retrasos en facturas relativas a servicios diferentes de los servicios de interconexión pero, como se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

analizará también en apartados posteriores, dicha OIR no resulta de aplicación al presente caso.

QUINTO.- Sobre el fundamento del aval requerido por TESAU.

A su escrito de fecha 22 de julio de 2005, TESAU acompaña una relación de facturas impagadas.

En esa relación se identifican una serie de facturas vencidas, otras pendientes de vencimiento y, finalmente, otras que se encuentran en análisis. Entre las facturas que se encuentran vencidas (que son las que TESAU podría reclamar a JAZZTEL), ninguna de ellas, según resulta de la relación presentada por TESAU y también de las copias de las facturas remitidas por TESAU (en contestación al requerimiento practicado por esta Comisión), se refiere a la prestación de servicios de interconexión. Estas facturas se refieren a la prestación de servicios cuyo precio no se encuentra regulado en la OIR: la prestación de servicios en el marco de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TESAU (OBA), la prestación de servicios de *carrier* internacional, el alquiler de circuitos, la prestación de servicios por "cuenta ajena" (denominación que utiliza TESAU para referirse al importe de los trabajos de construcción de una canalización en régimen de compartición en determinada vía pública del municipio de Zaragoza), así como a la portabilidad y a la preasignación.

Ahora bien, por medio del escrito presentado a la Comisión el 18 de agosto de 2005, TESAU completa la relación de facturas adjuntada a su escrito de 22 de julio de 2004. En esta segunda relación sí se hace referencia a una factura relativa a la prestación de servicios de interconexión. Es la factura 60-G5RR-001525, emitida por importe de 2.305.302,19 euros, y que se refiere a diferentes conceptos de interconexión (local, metropolitana, tránsito simple, tránsito doble, tránsito a móviles, red inteligente, servicios especiales...).

Así pues, de las diferentes facturas a las que se refiere TESAU en sus escritos, la factura 60-G5RR-001525 es la única que -conforme al texto de la OIR que estaba vigente en el momento en que TESAU requirió a JAZZTEL la constitución de un aval- podría justificar esa exigencia de un aval.

TESAU lo reconoce implícitamente al contestar el requerimiento efectuado por esta Comisión. En efecto, por medio de un escrito de fecha 24 de agosto de 2004 se requirió a TESAU para que, entre otros aspectos, presentara las actas de consolidación "*cuyo impago se imputa a Jazz Telecom, S.A.*". En contestación al requerimiento, TESAU manifiesta lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

"I.- ACTAS DE CONSOLIDACIÓN RELATIVAS A LOS TRÁFICOS Y CONCEPTOS CUYO IMPAGO SE IMPUTA A JAZZTEL.

En Anexo 1 se adjunta a este escrito el Acta de consolidación 06/05 correspondiente a los importes por tráfico de interconexión durante los periodos comprendidos entre el 30-05-05 y el 26-08-05, respecto de los cuales como ya se ha indicado anteriormente ha existido un retraso evidente en el pago de los mismos."

Este Acta 06/05 recoge la factura ya aludida por los conceptos de interconexión antes mencionados, aunque por un importe de 3.126.937,74 euros, importe, que, según recoge la propia Acta, es objeto de compensación con una factura de JAZZTEL a cargo de TESAU, relativa también a la prestación de servicios de interconexión, y que se emite por importe de 821.635,55. De la compensación de estas dos cantidades (3.126.937,74 y 821.635,55) resulta el saldo a favor de TESAU de 2.305.302,19 euros, que es la cantidad antes mencionada (factura 60-G5RR-001525).

Pues bien, TESAU, al contestar el requerimiento, expone el hecho de que el pago de esta cantidad ya se ha producido, entendiendo, entonces, que la circunstancia que concurre en el presente supuesto no es un impago sino un retraso en el pago: *"El pago de estas cantidades ha sido practicado, tal y como resulta habitual por parte de Jazztel, con retraso, pues Telefónica ha recibido en su cuenta el ingreso de la cantidad exigida el pasado 24 de agosto."*

De acuerdo con las previsiones de la OIR antes expuestas, TESAU puede exigir un aval tanto por el impago de facturas como por el retraso en el pago de las mismas, pero, en todo caso, la deuda debe haberse constatado, esto es, haberse presentado a su cobro conforme a las normas presentes en el Acuerdo, y, en el caso de impagos, estar vigente al tiempo en que se efectúe el requerimiento de constitución de aval: *"TELEFÓNICA podrá exigir su constitución... **siempre que la deuda continúe vigente.**"*

Ello implica que, al tiempo en que TESAU exija al operador interconectado la constitución del aval, ha de haberse emitido la correspondiente factura y haberse presentado a su cobro, la deuda ha de estar vencida (y ser líquida y exigible) y además, en los casos de impago, estar vigente, esto es, no haberse producido todavía su pago.

El burofax remitido por TESAU a JAZZTEL el 22 de julio (que es el medio a través del cual TESAU comunica a JAZZTEL su exigencia de un aval) no hacía mención alguna a la factura 60-G5RR-001525, ni a la deuda de 3.126.937,74 euros (o de 2.305.302,19 euros, que resultan tras aplicar la compensación): No se hacía mención a esa deuda ni en la relación de "facturas vencidas", ni en la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

relación de “facturas no vencidas”, ni en el listado de “facturas en análisis” que acompañan dicho escrito.

Así, esta deuda sólo aparece en el escrito de fecha de 18 de agosto de 2005 dirigido por TESAU a esta Comisión, pero no hay constancia de que dicha deuda se encontrase entre las remitidas por TESAU a JAZZTEL en el escrito a través del cual se exigía la constitución del aval.

Además, como la propia TESAU reconoce, el vencimiento de esa factura no se produjo hasta el 8 de agosto de 2005, produciéndose su pago el día 24 de agosto. Por lo que cabe afirmar que esa deuda no estaba vencida al tiempo en que TESAU requirió a JAZZTEL la constitución de un aval, lo cual realizó mediante escrito de 22 de julio referido con anterioridad.

Hay que concluir, en consecuencia, que la exigencia de constitución de aval presentada por TESAU a JAZZTEL mediante escrito de 22 de julio de 2005 no se basaba en ningún impago o retraso en las facturas referidas a servicios de interconexión, y que, de acuerdo con la OIR vigente al tiempo de los hechos, JAZZTEL no estaba obligado a atender dicho requerimiento, y, en consecuencia, a la constitución del mencionado aval.

La única factura que hacía referencia a servicios comprendidos en el marco OIR, no cumple los requisitos para obligar a la constitución del aval, puesto que, como ha podido constatar, no se encontraba entre las facturas que fueron comunicadas a JAZZTEL en el escrito de 22 de julio. Es más, a dicha fecha la factura no podía cumplir ninguno de los requisitos establecidos para la constitución del aval, puesto que ni siquiera la factura se había emitido (su emisión es de fecha 27 de julio).

Además para que pueda constituirse el aval por demora es necesaria la existencia de, al menos, dos facturas emitidas relativas a servicios de interconexión.

Al respecto alega TESAU en su escrito de contestación al trámite de audiencia que *“ya en el año 2004 se produjo una situación de impagos y demoras con JAZZTEL por la prestación de servicios de interconexión”* solicitándose a la Comisión la constitución por parte de JAZZTEL de un aval, si bien TESAU desistió posteriormente del mencionado conflicto, al llegar a un acuerdo de fraccionamiento del pago. No obstante, continúa afirmando, *“dicho acuerdo constituye en sí mismo un reconocimiento de deuda por parte de JAZZTEL”*. Por ello entiende TESAU que *“dado que no es necesario que las facturas [con demora] sean consecutivas”* deberían tenerse en cuenta aquéllas facturas y procederse a la constitución del aval por parte de JAZZTEL.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tal argumentación no puede ser admitida por esta Comisión. En primer lugar, porque las deudas a las que se refiere TESAU fueron objeto de acuerdo entre las partes, a través del cual se decidió la compensación de deuda entre ambas entidades y el pago fraccionado a cargo de JAZZTEL de la cantidad resultante de dicha compensación (Convenio de reconocimiento de deuda y pago fraccionado entre Telefónica de España, S.A.U, y JAZZTEL TELECOM S.A.U, de 19 de agosto de 2004).

En segundo lugar, puesto que dicho Acuerdo expresamente prevé en su cláusula sexta *“la Renuncia y desistimiento del procedimiento RO 2004/1235”*.

En efecto, en virtud de dicha estipulación, TESAU se comprometía a desistir por desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento administrativo RO 2004/1235 en el que se planteaba conflicto de interconexión contra la entidad JAZZTEL como consecuencia de la demora en el pago de cantidades derivadas de la prestación de servicios de interconexión, solicitando que se impusiera a JAZZTEL la obligación de constituir un aval que garantizara el riesgo de impago. TESAU cumplió con dicha obligación presentando escrito ante esta Comisión con fecha 31 de agosto de 2004, el cual motivó el archivo del expediente por parte de esta Comisión.

Dicha cláusula preveía también que lo en ella dispuesto se entendía sin perjuicio del *“derecho de TELEFÓNICA DE ESPAÑA a dirigirse a los Tribunales de Justicia o a la CMT en caso de que JAZZTEL incurra en el impago de las cantidades adeudadas en virtud del presente convenio, o en caso de que se produzca cualquier deuda futura en los pagos debidos de Interconexión y otros servicios, de conformidad con la legislación vigente, así como en el caso de producirse nuevos retrasos en el pago de los mismos”*.

Es decir, en virtud de dicha cláusula lo que TESAU puede reclamar son los impagos o retrasos en el pago fraccionado pactados en dicho Acuerdo, así como las demoras o impagos futuros, pero no puede reclamarse la constitución de aval por los impagos que originaron la firma del Acuerdo, puesto que precisamente este es el objeto de desistimiento y renuncia y la motivación fundamental de llegar a un nuevo acuerdo de pago.

Así lo reconoce además la propia TESAU al citar esta cláusula en su propio escrito de alegaciones. Podrá reclamar *“deudas futuras o el propio el impago de las cantidades adeudadas en virtud del presente convenio”*, pero no por las deudas que motivaron la firma de dicho convenio y renegociación del pago.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEXTO.- Sobre las previsiones contenidas en la OIR 2005

La nueva OIR (resultado de la modificación realizada por virtud de la Resolución de la Comisión de 23 de noviembre de 2005 –expediente MTZ 2004/1724-) sí prevé la constitución de avales –para asegurar el pago de los servicios de interconexión- por impagos o retrasos en facturas presentadas por TESAU relativas a servicios diferentes de los servicios de interconexión. Así se recoge en el apartado 19.2.4 de los Fundamentos de Derecho:

“Por cuanto antecede, se modifica el contenido del punto 11.14 Mecanismos de aseguramiento del pago, a fin de incluir las siguientes previsiones:

- *Nuevas condiciones de operador. Bien sea con carácter previo a la apertura de la interconexión, bien sea una vez abierta la interconexión, se estima justificada la constitución del aval en los siguientes supuestos:*
 - *Impagos sin causa justificada en derecho o demoras en el pago de dos facturas relativas a servicios de interconexión **o servicios distintos de interconexión.***
 - *Encontrarse el operador en una situación de riesgo crediticio, considerándose como tal alguno de los supuestos de situación concursal declarada por el juzgado o al menos solicitada por el deudor.*

(...)”

Pese a que la causa de la constitución del aval pueden ser los impagos en servicios diferentes de los de interconexión, la finalidad del aval será, en todo caso, garantizar a TESAU el pago de los servicios de interconexión. Lo aclara la propia Resolución:

“(...) Así pues, la inclusión de los servicios distintos a los de interconexión se considera razonable puesto que, si con carácter previo a la interconexión ya se tienen en cuenta estos servicios de cara a la aplicación del mecanismo de impagos, el riesgo que ha de asumir Telefónica en caso de estar abierta la interconexión debe seguir siendo el mismo. Sin embargo, el aval que se constituya en estos casos es un aval que va a garantizar únicamente el pago de los servicios de interconexión puesto que la inclusión de esta circunstancia como causa suficiente para que Telefónica pueda exigir la constitución de un aval, en modo alguno tiene como finalidad asegurar el pago a Telefónica por la prestación de otro tipo de servicios que no sean los de interconexión.”

Estas son las previsiones de la OIR 2005. Ahora bien, como se indica en el RESUELVE primero de la citada Resolución de la Comisión de 23 de noviembre de 2005, “La nueva Oferta de Interconexión de Referencia entrará en vigor desde el día siguiente a la publicación de la parte dispositiva de la presente



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resolución en el Boletín Oficial del Estado”, publicación que, a la fecha del escrito presentado por TESAU, el 8 de agosto de 2005, aún no se había producido.

Con ello, la exigencia de aval presentada por TESAU a JAZZTEL no se pudo apoyar en esta Resolución, puesto que la misma no estaba vigente.

Además, como oferta contractual que es, la OIR (y sus modificaciones – incluida, por tanto, esta modificación de 2005-) necesitan, para resultar de aplicación, de la aceptación del operador interconectado, circunstancia que evidentemente, tampoco se había producido por parte de JAZZTEL: *“La OIR es un contrato de adhesión que se perfecciona por la simple aceptación de sus términos por parte de los Operadores interesados”*, indica el RESUELVE tercero de la Resolución de 23 de noviembre de 2005.

No obstante lo anterior, en el caso de que la OIR 2005 haya sido aceptada por JAZZTEL, será de aplicación obligatoria a TESAU, y ésta podrá, desde ese momento, exigir la constitución de un aval incluso en el caso de impagos o demoras en el pago de servicios distintos de interconexión

En definitiva, la falta de atención, por parte de JAZZTEL, al requerimiento de TESAU no ha implicado una infracción de las obligaciones contractualmente asumidas por ese operador como consecuencia de la aceptación, por el mismo, del texto de la OIR que resultaba aplicable entre ambos operadores (el de la OIR 2003), y, de este modo, como ya se ha indicado, no procede que esta Comisión imponga a JAZZTEL la obligación de constitución de un aval por razón de los hechos que han dado origen al conflicto que ha presentado TESAU.

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

RESUELVE

Único.- Desestimar la solicitud de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. para que se obligue a JAZZ TELECOM S.A.U a la constitución de un aval como garantía del pago de determinados servicios que le son prestados por TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U, al no concurrir los requisitos establecidos para ello en la Oferta de Interconexión de Referencia que resulta de aplicación al presente caso.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera