



JORGE SÁNCHEZ 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 número 35/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 11 de noviembre 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 Telefónica de España, S.A.U. frente a Sur Making Off, S.L. (RO 2010/2020).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito presentado por TELEFÓNICA solicitando el inicio de un conflicto de interconexión.

Con fecha 8 de noviembre de 2010, ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, Telefónica) por el que solicita la intervención de esta Comisión con la finalidad de dirimir el conflicto de interconexión que plantea relativo a la posibilidad de exigir garantías de cobro fuera de los casos previstos en el marco de la Oferta de Interconexión de Referencia (en adelante OIR) en circunstancias excepcionales, así como conceder autorización, con carácter cautelar y urgente, para suspender los servicios prestados por esa operadora a SUR MAKING OFF, S.L. (en lo sucesivo, SMO), al amparo del Acuerdo General de Interconexión suscrito entre las partes.

A tal efecto, se describen los hechos siguientes:

- Que, con fecha 29 de julio de 2010 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una Resolución por la que se impuso cautelarmente a Telefónica la firma de un Acuerdo General de Interconexión con SMO en el plazo de cinco días. Como resultado de ello, los servicios de interconexión quedaron inmediatamente abiertos. La resolución se adoptó en el contexto de un conflicto de interconexión iniciado por SMO, ante la solicitud de Telefónica de sujetar la apertura de los servicios de interconexión a la prestación por el operador de las garantías financieras que, según Telefónica, resultaban razonables por el riesgo



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que conllevaba la importante demanda de servicios que realizaba este operador (21 E1s), junto con su extremadamente débil estructura societaria y financiera.

- Que durante el primer ciclo de facturación, desde la fecha de la firma de dicho Acuerdo General de Interconexión, la prestación de los servicios se ha producido bajo una apariencia de normalidad. Así, con fecha 8 de octubre de 2010 se produjo una primera consolidación que conllevó a la emisión de una factura por parte de Telefónica por un importe de 17.694,60 euros. Dicha factura fue abonada por SMO. Se adjuntó, en este sentido, copia de dicha Acta de Consolidación.
- *“Que sin embargo, en el siguiente período de consolidación se ha detectado un importantísimo incremento de los tráficos cursados por el operador, concretamente del servicio de terminación internacional, hasta el punto que a la fecha de cierre de dicha consolidación el día 31 de octubre de 2010, la factura emitida por Telefónica a SMO el 5 de noviembre de 2010 ascendía a 199.446,20 euros”.* Telefónica aportó la referida Acta de Consolidación y factura, en la que se estableció como fecha de vencimiento el día 10 de noviembre de 2010¹.
- *“Que desde el día 31 de octubre de 2010 (fecha de cierre de la consolidación anterior) hasta el 7 de noviembre de 2010, los tráficos cursados, particularmente en el servicio de terminación internacional por parte del operador, se incrementan de forma absolutamente desmesurada e inexplicable hasta el punto de ascender a un importe total de 905.332 euros en tan sólo los primeros siete días de noviembre.”* Esta situación, según Telefónica, genera un enorme riesgo en la medida en que las características financieras de SMO y su comportamiento en el mercado hacen prácticamente imposible pensar que pueda atender a tales pagos.
- *“Que si bien el importe de la factura del mes de octubre, ya remitida a SMO, recoge un importe extraordinario para un sociedad de las características de esta operadora -199.446,20 euros- esa cifra puede llegar a ser insignificante en comparación con el multimillonario importe que, a la vista de los volúmenes de tráfico que se vienen cursando estos días, tendrá la factura correspondiente al mes de noviembre.”*
- Que resulta significativo observar el diferente comportamiento de SMO hasta que se realiza la consolidación del mes de octubre, y a partir de ese momento. Telefónica aportó al respecto la siguiente tabla en la que puede apreciarse cómo el importe facturado medio diario en el mes de octubre, que asciende a 8.753 euros, se convierte en un consumo medio a partir del 1 de noviembre en el entorno de los 150.000 euros. Como resultado de ello, tan sólo en los siete primeros días del mes de noviembre el importe de los servicios consumidos por SMO alcanza la cifra ya citada de 905.332 euros.

¹ Con posterioridad a la presentación del referido escrito de 8 de noviembre de 2010, TESAU comunicó a esta Comisión que SMO había procedido a realizar el pago de los 199.446,20 euros, correspondientes a la consolidación practicada a fecha 31 de octubre de 2010.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

PERIODO FACTURADO

	INTERNACIONAL		TRANSITO MÓVILES		IMPORTE FACTURADO
	MINUTOS diario (media)	Importe diario (media)	Minutos diario (media)	Importe diario (media)	
15-31/10	10.716	8.753	45.000	2.357	199.446,20

PERIODO PENDIENTE DE FACTURAR

DIA	INTERNACIONAL		TRANSITO MÓVILES		IMPORTE TOTAL ACUMULADO
	MINUTOS diarios (internacional)	Importe diario	MINUTOS	IMPORTE	
01/11/2010	93.361	80.546,17	66221	3.494,58	80.546,17
02/11/2010	98.706	83.616,50	52570	2.843,54	167.006,21
03/11/2010	128.357	95.345,96	42477	2.304,30	264.656,47
04/11/2010	209.447	164.396,68	32205	1.758,65	430.811,79
05/11/2010	211.703	143.465,47	sd	sd	574.277,27
06/11/2010	226.803	167.597,20	sd	sd	741.874,47
07/11/2010	209.574	163.457,74	sd	sd	905.332,21

Como consecuencia de lo anterior, y a la vista de que el tráfico gestionado va aumentando día a día de forma inexplicable y generando un enorme e inasumible riesgo de crédito a Telefónica, se solicita por éste operador la incoación de un conflicto de interconexión y la adopción de una medida cautelar inaudita parte consistente en:

- “Autorizar a Telefónica a suspender los servicios de interconexión que presta a SMO en el supuesto de que este operador no pague a su vencimiento la factura por importe de 199.446 euros + IVA que Telefónica le ha presentado con el número 60K0RR000819.
- En el supuesto de que la factura a la que se refiere el anterior párrafo fuese pagada por SMO, autorizar a Telefónica para que gire inmediatamente una nueva factura que recoja los importes correspondientes a los servicios prestados a SMO desde el 1 de noviembre hasta la fecha en la que se emita esta nueva factura. La nueva factura se remitirá a SMO con vencimiento a las 23:00 horas del día siguiente. En el caso de que resulte impagada, Telefónica podría suspender los servicios de interconexión que presta a SMO.
- En el supuesto de que la factura a la que se refiere el apartado anterior resultase pagada, autorizar a Telefónica a consolidar tráficos y girar facturas a SMO cada cinco días, con vencimiento a las 23:00 horas del día siguiente. Impagada cualquiera de estas facturas Telefónica podrá suspender los servicios de interconexión que presta a SMO.”

SEGUNDO.- Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento.

Mediante sendos escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 9 de noviembre de 2010, se notificó tanto a TELEFÓNICA como a SMO el inicio del correspondiente procedimiento para resolver el conflicto de interconexión planteado por la primera, 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).



En dicho acto de inicio de procedimiento, se concedió a SMO un plazo de diez días, de acuerdo con lo establecido en el artículo 76.1 de la LRJPAC, desde la notificación del acuerdo de inicio, para que alegara lo que tuviese por conveniente y aportara los documentos que considerase oportunos.

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 resolver el conflicto de interconexión 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.”

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. (...)”*

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 LGTel 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 instado por TELEFÓNICA, en la medida en que el mismo se refiere a incidencias surgidas en relación con servicios de interconexión ofrecidos por TELEFÓNICA a SMO.

Asimismo, y en concreto, en relación con los servicios de interconexión contratados al amparo de la Oferta de Interconexión de TELEFÓNICA, cabe señalar que el Acuerdo General de Interconexión suscrito por ambas partes recoge la previsión de poder solicitar a esta Comisión la desconexión de la red en el supuesto de que concurra alguna de las causas de extinción previstas en el propio acuerdo. Por tanto, la intervención de la Comisión solicitada por TELEFÓNICA para autorizar la desconexión de la red supone una previsión contractual asumida por ambas partes en el acuerdo de interconexión suscrito por las mismas y que tiene su origen en la propia Oferta de Interconexión de Referencia de TELEFÓNICA.

SEGUNDO.- Habilitación legal para la adopción de medidas cautelares.

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 CMT, 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. 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”.

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 Reglamento de la Comisión, 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 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, "LRJPAC"). Conforme a las previsiones contenidas en el artículo 72 de la citada LRJPAC, *"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.

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

La presente Resolución tiene por objeto valorar la pertinencia de adoptar una medida cautelar que asegure el efecto útil de la Resolución que en su día se dicte en el procedimiento iniciado por esta Comisión como consecuencia de la interposición por TESAU del conflicto de interconexión planteado.

En su escrito de 8 de noviembre de 2010 Telefónica ha puesto de manifiesto y acreditado, siquiera sea de manera indiciaria, la aparición sobrevenida de unas circunstancias que varían sustancialmente los presupuestos fácticos tenidos en cuenta por esta Comisión cuando dictó la medida cautelar de 29 de julio de 2010, que imponía la suscripción de un Acuerdo General de Interconexión entre TESAU y SMO sin prever las garantías financieras en su día solicitadas por Telefónica. En concreto Telefónica informa sobre la progresión y la envergadura de la deuda que se está acumulando por SMO como consecuencia del tráfico cursado al amparo del AGI y particularmente el acusado gradiente incremental que se observa en los últimos días, con respecto a los parámetros de tráfico observados con anterioridad. Según Telefónica, todo hace indicar que la continuidad en dichos patrones de tráfico generaría una deuda de envergadura multimillonaria antes de la siguiente consolidación de saldos que, a su juicio, SMO no ha acreditado estar en condiciones de afrontar y que presumiblemente no lo estará.

Mediante la promoción del presente conflicto Telefónica persigue la obtención de una resolución que le permita paliar los riesgos derivados de la exposición financiera que supone la mutación de los patrones de tráfico generados por SMO y el crecimiento inusitado de los saldos deudores generados por dicha mutación, en el marco del Acuerdo General de Interconexión alcanzado por ambos a resultas de la anterior intervención de esta Comisión.

El efecto paliativo que se pretende con la promoción del conflicto quedaría diluido, incluso ineficaz, si durante la tramitación del procedimiento y hasta su conclusión, la exposición al riesgo crediticio de Telefónica pudiese ir aumentando exorbitantemente como consecuencia de la acumulación de saldos deudores derivados de un tráfico inusitado.

En efecto, mientras se tramita el correspondiente procedimiento administrativo, es preciso arbitrar los mecanismos necesarios para que, al tiempo que se garantiza la efectiva aplicación de la normativa sobre acceso e interconexión, dicha garantía no redunde en un menoscabo del bien jurídico igualmente protegido por dicha normativa como es el cumplimiento de las correlativas obligaciones de retribución de los servicios de



interconexión, previamente prestados por TESAU. En este sentido, la obligación que pesa sobre Telefónica de dar acceso e interconexión a aquellos operadores que deciden acogerse a la OIR no puede desembocar en una obligación correlativa de soportar riesgos financieros exorbitantes que hagan peligrar su derecho a obtener la contrapartida por los servicios de interconexión que presta, debiendo así conciliar ambos intereses dignos de protección.

En todo caso, la obligación de interconexión que se impone al operador previamente declarado con poder significativo en el mercado, no es una obligación unilateral, ilimitada y sin contrapartidas. En efecto, el artículo 11.1 de la LGTel impone la obligación de negociar la interconexión mutua (obligación recíproca) por parte de los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas y el apartado 4 del mismo artículo otorga a esta Comisión la facultad de intervenir en las relaciones entre operadores a petición de cualquiera de ellos o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación de, entre otras, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la citada Ley.

En este sentido, como venimos significando continuamente, los AGIs, son acuerdos privados que regulan la relación entre operadores para la prestación de servicios. En concreto, en el caso de las relaciones de interconexión, se trata de contratos arrendamiento de servicios donde la intervención del Regulador está especialmente prevista por la Ley pero sólo a los efectos establecidos en la normativa sectorial de telecomunicaciones, esto es, cuando esté justificado al objeto de garantizar la interconexión y la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel, todos ellos objetivos de interés público.

A la naturaleza privada de los AGIs y a su sometimiento a la intervención regulatoria se refiere la Audiencia Nacional en su Sentencia de 19 de mayo de 2005 (RJCA 2005\921) en los términos siguientes: *“...puede afirmarse que tiene una indudable naturaleza contractual, aunque sometido a unos importantes poderes de intervención por parte de la Administración, de los que es titular en nuestro Ordenamiento Jurídico la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Puede incluso afirmarse que las prerrogativas de la Administración en relación con estos contratos, en principio de naturaleza privada, son superiores a las que ostenta en los contratos administrativos. En todo caso puede afirmarse que entre las características propias del Acuerdo de Interconexión como contrato están las de ser un contrato bilateral, sinalagmático por la reciprocidad de las prestaciones, y oneroso.”*

Entre los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel interesa, a los efectos que nos ocupan, fijarnos en los siguientes:

- Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro e los recursos asociados a ellos; todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación.
- Promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, así como la utilización de los nuevos servicios y el despliegue de redes, y el acceso a éstos, en condiciones de igualdad, e impulsar la cohesión territorial, económica y social.
- Promover el desarrollo de la industria de productos y servicios de telecomunicaciones.



En atención a lo anterior, es necesario que esta Comisión tenga muy en cuenta a la hora de adoptar las medidas de intervención en las relaciones entre operadores en conflictos de interconexión estos principios generales. Para ello es necesario que todos los agentes cumplan con las obligaciones que les competen.

En el caso que nos ocupa, el riesgo de que el operador obligado a ofrecer sus servicios de interconexión tenga que soportar injustamente una importante pérdida económica al no poder cobrar por los servicios de interconexión prestados puede afectar muy negativamente a la consecución de los anteriormente citados objetivos.

En este sentido, la adopción de una medida cautelar adecuada y proporcionada permitiría paliar la exposición al riesgo puesto de manifiesto por Telefónica y consecuentemente a aportar la necesaria seguridad jurídica al sector de las telecomunicaciones afectado, esto es los servicios mayoristas de interconexión.

Examinada la justificación de la adopción de la cautela, se hace necesario examinar la concurrencia de los requisitos que habilitan la imposición de una medida de tal naturaleza. La doctrina y jurisprudencia han sistematizado los presupuestos necesarios para obtener la tutela cautelar. Tales requisitos son básicamente los siguientes:

- 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.
- La inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

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 (STC 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).

Se examina a continuación la concurrencia, en relación con las medidas cautelares solicitadas por TESAU, de los requisitos anteriores.

1.- Apariencia de buen derecho.

Como ya se ha expuesto en los Antecedentes de Hecho de la presente Resolución, TESAU, en su escrito de 8 de noviembre de 2010, denuncia un incremento inusitado en el tráfico de SMO en los últimos días de octubre y, especialmente en los primeros de noviembre. Así, el importe facturado medio diario en el mes de octubre, (que asciende a 8.753 euros en dicho mes), se convierte en un consumo medio a partir del 1 de noviembre en el entorno de los 150.000 euros. Como resultado de ello, tan sólo en los siete primeros días del mes de noviembre el importe de los servicios que según TESAU han sido consumidos por SMO alcanza la cifra ya citada de 905.332 euros.

Tomando como ciertos los datos aportados por TESAU, datos que deberá acreditar fehacientemente en la tramitación del procedimiento de resolución del conflicto, nos



encontramos con que una proyección de tráfico equivalente hasta la próxima consolidación de tráfico daría lugar a un saldo deudor cercano a los 4 millones de euros. Se trata de un montante de deuda infrecuente en operadores que no gocen de un fuerte respaldo de capital e infraestructura.

Por otro lado, Telefónica alega que SMO no parece contar con una estructura empresarial y financiera que permita respaldar su política de endeudamiento en el marco del AGI². A priori con los datos de que dispone, esta Comisión debe llegar a la misma conclusión, sin perjuicio de que, en el curso del procedimiento, SMO pueda acreditar que cuenta con la suficiente solvencia.

El elevado montante de la deuda, unido a la aparentemente débil estructura societaria y financiera de SMO situaría a Telefónica ante una comprometida situación de riesgo crediticio y funda, siquiera indiciariamente, una apariencia de legitimidad en la pretensión que esgrime.

De esta manera, el notable incremento del tráfico cursado genera un importante riesgo crediticio a TESAU; riesgo que no era previsible ni cuando esta Comisión dictó la medida cautelar de 29 de julio del presente año ni en el momento del comienzo de la prestación de los servicios, tal y como la propia TESAU ha alegado al sentar que durante el primer ciclo de facturación, la prestación de los servicios se ha desarrollado “bajo una apariencia de normalidad”.

En apoyo de sus argumentos TELEFÓNICA ha aportado copias de las últimas Actas de Consolidación firmadas por ambas partes, que, según ella, acreditan este incremento en el número de minutos cursados. En principio esta Comisión considera los citados documentos como prueba indiciaria, sin perjuicio de que, posteriormente se acredite la autenticidad de los mismos a los efectos oportunos.

Por todo ello se estima que existe una apariencia de buen derecho en la adopción de la presente medida cautelar.

2.- Existencia de una norma jurídica que permite la adopción de las medidas cautelares en el marco del presente procedimiento.

Como se ha indicado anteriormente en el apartado segundo de esta Resolución “Habilitación legal para la adopción de medidas cautelares”, esta Comisión está facultada para adoptar medidas cautelares en el presente caso en virtud de lo dispuesto en el artículo 48.12 de la LGTel (y en su desarrollo, en el artículo 31 del RCMT), en relación con el artículo 14.1 del mismo texto legal; y en el artículo 72 de la LRJPAC.

3.- Sobre la urgencia en la adopción de las medidas cautelares solicitadas.

La urgencia de la medida cautelar solicitada deriva no sólo de la pronunciada progresión de tráfico (y del correlativo incremento de la deuda asociada) observado en el curso del mes de noviembre, sino del hecho de que las cantidades adeudadas experimentan un nada desdeñable incremento diario (del orden de 150.000 euros diarios, según constata Telefónica), de suerte que la dilación simplemente de una semana en la adopción de la

² Así resulta no sólo de las alegaciones de Telefónica en su escrito de 8 de noviembre, sino de los antecedentes obrantes en el Registro de esta Comisión y en el expediente tramitado por esta Comisión bajo la firma de la signataria RO 2008/1886, de los que se desprende que SMO, bajo forma de Sociedad de responsabilidad limitada, cuenta con un capital social suscrito de 3.020 euros, prácticamente el mínimo exigido legalmente para constituir este tipo de sociedades.



resolución desemboca en la adición al montante de la cantidad adeudada de un millón de euros. La magnitud de la deuda que previsiblemente se generará cada día milita fuertemente a favor de considerar la premura y conveniencia de la adopción de la medida, sin dilaciones que hagan ilusoria, cuando no imposible, su efectividad.

En este sentido, y en línea con lo señalado, muestra del grave perjuicio económico que le puede causar a Telefónica el actual curso de generación de tráfico por SMO se halla en la circunstancia alegada de que en los 7 primeros días del mes de noviembre la deuda generada ascendió a un total de 905.332 euros, conforme a la documentación aportada junto con el escrito de 8 de noviembre de 2010, sin que de los antecedentes con los que cuenta esta Comisión pueda encontrarse apoyatura alguna que haga pensar que SMO pueda estar en condiciones de asumir tal deuda.

Así, la evolución de los tráficos y la magnitud de los importes generados cada día representan un gravísimo riesgo crediticio para Telefónica.

La existencia de riesgo resulta evidente a la vista de los hechos expuestos por Telefónica en su escrito. Observando el volumen de tráfico internacional que viene cursando SMO, siempre a los destinos de mayor precio, SMO podría acumular una deuda con Telefónica que ascendería a varios millones de euros.

Por ello, de no adoptarse una medida como esta de forma cautelar, las obligaciones que esta Comisión termine en su caso imponiendo a SMO como consecuencia del conflicto iniciado podrían resultar inoperantes, en tanto en cuanto TELEFÓNICA habría estado prestando servicios de interconexión durante el tiempo de la tramitación del presente conflicto en virtud del AGI suscrito sin la seguridad de recibir contraprestación alguna.

Por ello, con el fin de evitar la pérdida del efecto útil de la resolución que pudiera adoptarse por esta Comisión en el seno del presente procedimiento resulta apropiado y ajustado a Derecho la adopción de las presentes medidas cautelares por resultar proporcionadas, necesarias y urgentes.

Precisamente, esa urgencia determina que se haya prescindido en el presente caso del trámite de audiencia. 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, y el establecimiento de dichas medidas cautelares permite a los interesados que en la tramitación del procedimiento en curso manifiesten lo que a su derecho e intereses convenga, en aras al levantamiento o modificación de la medida cautelar.

4.- Inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación.

Habiéndose llevado a cabo la necesaria ponderación entre el interés público que trata de satisfacer la actuación administrativa y los posibles perjuicios que se podrían irrogar a los afectados por la misma, esta Comisión considera respetuosa con el principio de proporcionalidad la adopción de las medidas cautelares propuestas. En este sentido, SMO podrá seguir disfrutando de los servicios de interconexión de Telefónica en la medida que atienda puntualmente con sus obligaciones de pago.

Por otro lado, y habida cuenta del tipo de servicios que ofrece SMO, la adopción de las medidas cautelares solicitadas no implica ningún tipo de perjuicios para usuarios finales, ni para los eventuales clientes mayoristas y minoristas de SMO, dada la plural y



extraordinariamente rica oferta de servicios de tráfico internacional que existe en España, que puede atender sin problema alguno tal demanda.

5.- Proporcionalidad e idoneidad de la medida cautelar a adoptar.

La adopción de una medida cautelar ha de ser proporcionada. Dicha proporcionalidad implica, no sólo que sea adecuada al fin perseguido, sino que, garantizando dicha idoneidad, no existan alternativas menos gravosas de pareja eficacia.

En este sentido, las medidas solicitadas por Telefónica apuntan en dos sentidos: por un lado, permitir la suspensión de la interconexión en caso de que SMO no haga frente a la cantidad adeudada correspondiente al mes de octubre y ya consolidada y facturada; por otro lado, habilitar la posibilidad de anticipar las subsiguientes liquidaciones consecutivas de la deuda, estableciendo ventanas de liquidación en periodos infra-semanales, con exigibilidad de pago inmediato a SMO y la posibilidad, en caso de inatención por SMO a las obligaciones de pago, de suspender la interconexión.

Respecto a la primera de las medidas solicitadas, la propia TESAU comunicó a esta Comisión, con posterioridad a su solicitud de 8 de noviembre de 2010, que por parte de SMO se había procedido al pago de la cantidad adeuda correspondiente a la consolidación practicada a fecha 31 de octubre de 2010.

Dicho pago despoja de pertinencia a la primera de las solicitudes de medida cautelar formuladas por TESAU, por cuanto la premisa utilizada para su formulación partía de la hipótesis de que SMO no hiciera frente al pago de esta consolidación de tráfico inicial. Hipótesis que, como hemos señalado, no se verifica.

No procede por tanto atender a la petición de TESAU en este sentido.

En lo que respecta a las restantes medidas propuestas por Telefónica (anticipación de las subsiguientes liquidaciones y posibilidad subsidiaria de suspensión), esta Comisión ha de expresar su reticencias sobre el carácter proporcionado de las mismas.

Las referidas medidas, aunque cumplirían la finalidad de minorar el riesgo crediticio de Telefónica, por cuanto suponen anticipar la obligación de pago de SMO, minorando la potencial acumulación de deuda, podrían llegar a suponer una carga excesivamente onerosa para un operador que, conforme al AGI, únicamente debería hacer frente a dichos pagos al cierre mensual de los períodos de liquidación. Dado el montante elevado de la deuda generada, una disposición anticipada de fondos como la sugerida por Telefónica podría tener un impacto nada desdeñable en el Plan de negocio o en la estrategia financiera de SMO.

En este sentido, esta Comisión considera que existen otras medidas, como la exigencia de un aval por el importe estimado del tráfico de un mes, que siendo igual de efectivas en cuanto a la consecución del fin perseguido (paliar la exposición de Telefónica al riesgo crediticio derivado de la acumulación de deuda) resultan menos invasivas en cuanto a las obligaciones que hacen recaer sobre el operador afectado por la medida.

Al respecto, ha de entenderse que la imposición a SMO de la obligación de afianzar el pago de las cantidades adeudadas mes a mes constituye una medida que, amparando suficientemente el bien jurídico que representa la garantía de cobro por parte de Telefónica, no impone a SMO una obligación exorbitante, por cuanto no le coloca en la tesitura de tener



que anticipar cantidades excesivas de dinero líquido. Adicionalmente, la constitución de un mecanismo de aseguramiento como el aval no obliga a una disposición inmediata de fondos y puede ser cubierta con unos costes financieros que, a la vista del volumen de negocio generado por SMO en función del tráfico generado, no se antojan descabellados.

Dichas medidas satisfacerían las exigencias de adecuación e idoneidad que la jurisprudencia sienta como parámetros de la proporcionalidad de la medida.

En el presente caso, se considera proporcionada a las circunstancias que concurren en el presente procedimiento porque teniendo por objeto asegurar el cumplimiento de la Resolución se garantiza, por un lado, la continuidad de la prestación de los servicios de interconexión y por otro, el cobro de los mismos de conformidad con el AGI suscrito por ambos operadores.

Por tanto y como consecuencia de todo lo expuesto esta Comisión entiende que no procede establecer la medida cautelar solicitada consistente en autorizar a Telefónica de España, S.A.U. la suspensión de los servicios de interconexión que presta a Sur Making Off, S.L., al no haberse verificado el supuesto en que se sustentaba de que este último operador no pagase al día de su vencimiento la factura por importe de 199.446 € + IVA que Telefónica le había presentado con el número 60K0RR000819.

Por contra, y de acuerdo con los motivos anteriormente expuestos, resulta procedente permitir a Telefónica la exigencia de una garantía de pago mediante aval bancario a primer requerimiento en los siguientes términos:

- 1.- Se considerará como cantidad objeto de aval el importe estimado de tráfico para el mes. Dicho importe será, para el mes de noviembre, el resultante de multiplicar por tres la facturación correspondiente a los 10 primeros días de dicho mes. En meses sucesivos, y de persistir los patrones de tráfico que generan el riesgo crediticio, el importe estimado se calculará sobre la base del consumo facturado correspondiente al mes anterior.
- 2.- Dicha estimación será calculada por TESAU de acuerdo a sus APCs y se notificará a SMO de forma inmediata, a fin de que la misma pueda constituir el citado aval.
- 3.- SMO deberá proceder a constituir el aval en el plazo de 48 horas desde la notificación del importe del mismo por parte de TESAU.
- 4.- Una vez constituido el aval por parte de SMO, y si se observasen desviaciones significativas en el tráfico generado en el mes derivadas de cambio en los patrones de tráfico considerados o manifestados en el mes anterior, cualquiera de los dos operadores podrá dirigirse a esta Comisión para que, con traslado a la parte contraria, se proceda a modificar esta medida cautelar en el sentido pertinente.
- 5.- Si vencido el plazo establecido para la constitución del aval, éste no hubiera sido prestado por SMO, TESAU podrá suspender la interconexión hasta la fecha de la efectiva prestación o hasta el levantamiento de la presente medida.



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

RESUELVE

PRIMERO.- Denegar la adopción de la medida cautelar consistente en autorizar a Telefónica de España, S.A.U. la suspensión de los servicios de interconexión que presta a Sur Making Off, S.L., al no haberse verificado el supuesto en que se sustentaba de que este último operador no pagase a su vencimiento la factura por importe de 199.446 € + IVA que Telefónica le había presentado con el número 60K0RR000819.

SEGUNDO.- Permitir a Telefónica la exigencia de una garantía de pago mediante aval bancario a primer requerimiento en los siguientes términos:

- 1.- Se considerará como cantidad objeto de aval el importe estimado de tráfico para el mes. Dicho importe será, para el mes de noviembre el resultante de multiplicar por tres la facturación correspondiente a los 10 primeros días de dicho mes. En meses sucesivos, y de persistir los patrones de tráfico que generan el riesgo crediticio, el importe estimado se calculará sobre la base del consumo facturado correspondiente al mes anterior.
- 2.- Dicha estimación será calculada por TESAU de acuerdo a sus APCs y se notificará a SMO de forma inmediata, a fin de que la misma pueda constituir el citado aval.
- 3.- SMO deberá proceder a constituir el aval en el plazo de 48 horas desde la notificación del importe del mismo por parte de TESAU.
- 4.- Una vez constituido el aval por parte de SMO, y si se observasen desviaciones significativas en el tráfico generado en el mes derivadas de cambio en los patrones de tráfico considerados o manifestados en el mes anterior, cualquiera de los dos operadores podrá dirigirse a esta Comisión para que, con traslado a la parte contraria, se proceda a modificar esta medida cautelar en el sentido pertinente.

TERCERO.- Permitir que, si vencido el plazo establecido para la constitución del aval, éste no hubiera sido prestado por SMO, TESAU pueda suspender la interconexión hasta la fecha de su efectiva prestación o hasta el levantamiento de la presente medida.

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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 Sanchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.