



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 07/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 3 de marzo de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la cual se resuelve 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 planteando un conflicto de interconexión.

Con fecha 8 de noviembre de 2010, tuvo 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 solicitaba la intervención de esta Comisión en un conflicto de interconexión contra SUR MAKING OFF, S.L. (en lo sucesivo, SMO) relativo a la posibilidad de exigirle 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 solicitar autorización, con carácter cautelar y urgente, para suspender los servicios prestados a dicha operadora, al amparo del Acuerdo General de Interconexión suscrito entre las partes.

A tal efecto, Telefónica realizaba las siguientes manifestaciones:

- 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 AGI 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 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 AGI, la prestación de los servicios se llevó a cabo 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 adjunta 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 aporta la referida Acta de Consolidación y factura, en la que se establece 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 una 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, tendrá la factura correspondiente al mes de noviembre.

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 este 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*

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.



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 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 las partes alegaran lo que tuviesen por conveniente y aportaran los documentos que considerasen oportunos. SMO no formuló al respecto ninguna alegación, ni aportó documento alguno que contradijese lo alegado por Telefónica en su escrito de iniciación del conflicto.

TERCERO.- Escrito de alegaciones de Telefónica de 10 de noviembre de 2010

Con fecha 14 de enero de 2010 Telefónica 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.

CUARTO.- Adopción de medidas cautelares

Al concurrir en el presente expediente los requisitos que habilitan a esta Comisión a adoptar medidas cautelares, y de conformidad con lo establecido en los artículos 14.1 y 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTel) y 72 de la LRJPAC, mediante Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 11 de noviembre de 2010, se acordó lo siguiente:

“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”.

QUINTO.- Suspensión de la interconexión

Mediante escrito de fecha 16 de noviembre de 2010 Telefónica pone en conocimiento de esta Comisión que, con fecha 14 de noviembre de 2010, ha procedido a suspender el servicio de interconexión de SMO dado que este operador no ha procedido a la constitución del aval de conformidad con lo establecido en la Resolución de 11 de noviembre de 2010.

A tal efecto, Telefónica adjunta copia de los correos intercambiados entre ambas entidades en los que se constatan estos hechos.

SEXTO.- Escrito de alegaciones de Telefónica de 14 de enero de 2010

Con fecha 14 de enero de 2011 Telefónica remite un nuevo escrito donde pone de manifiesto que la deuda generada por SMO frente a Telefónica alcanzó, a día 14 de noviembre de 2010 (fecha de la suspensión de la interconexión), la cifra de 2.627.770,24 euros. Al citado escrito se adjunta factura de fecha 23 de noviembre de 2010 así como el burofax de requerimiento de pago remitido a SMO con fecha 10 de diciembre de 2010. Telefónica manifiesta que el citado pago no ha sido atendido.

En virtud de lo anterior solicita a esta Comisión:

- Que se autorice la desconexión definitiva de las redes de SMO y Telefónica.
- Que se resuelva el AGI firmado por Telefónica y SMO con fecha 4 de agosto de 2010.



SEPTIMO.- Ausencia de alegaciones de SMO en el procedimiento

En ausencia de alegación alguna por parte de dicho operador, no figuran en el procedimiento otros hechos ni otras alegaciones y pruebas distintas de las aducidas por Telefónica. Por otro lado, en la presente resolución tampoco serán tenidos en cuenta hechos distintos de los referidos por el promotor del conflicto, dada la falta de contradicción por parte de SMO. En consecuencia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 84.4 de la LRJPAC, esta Comisión entiende procedente la adopción de la presente resolución sin la verificación del trámite de audiencia, consistente en el traslado de la propuesta de resolución, a que se refiere el mencionado artículo.

A los anteriores antecedentes de hecho resultan de aplicación los siguientes

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

El objeto del procedimiento es la resolución del conflicto de interconexión planteado por Telefónica contra SMO por el supuesto incumplimiento por parte de esta última de las obligaciones de pago que tiene contraídas por la prestación de distintos servicios de interconexión.

En este sentido, la presente Resolución se pronunciará sobre la naturaleza del incumplimiento de SMO y, en su caso, sobre la posibilidad de autorizar la resolución del acuerdo de interconexión suscrito y vigente entre ambos, así como la desconexión definitiva de las redes de ambos operadores.

SEGUNDO.- 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, establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones *“podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado”*.

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, 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.

TERCERO.- Sobre la naturaleza jurídica de los Acuerdos de Interconexión.

Una vez determinada la competencia de esta Comisión para intervenir en el conflicto planteado y antes de analizar las cuestiones de fondo en él propuestas, es necesario concretar la naturaleza jurídica de los acuerdos de interconexión con el objeto de, posteriormente, poder determinar las cuestiones que pueden ser objeto de resolución en el mismo, por tratarse de relaciones reguladas en el Capítulo III del Título II de la LGTel (acceso a redes y recursos asociados e interconexión).

El Acuerdo de Interconexión puede definirse como el contrato que vincula a dos operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas y que regula la interconexión entre ambas redes. Según se ha puesto de manifiesto por esta Comisión en distintas ocasiones, los AGIs gozan de una doble naturaleza, pública y privada.



En esta misma línea, la Audiencia Nacional, en su Sentencia de fecha 3 de diciembre de 2004, manifestaba respecto a la naturaleza de los Acuerdos Generales de Interconexión que:

“Precisamente es la intervención administrativa en sus diversas formas la que dificulta la calificación jurídica del denominado en la Ley «acuerdo de interconexión», acuerdo del que 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.” (subrayado añadido)

El artículo 4 de la Directiva de Acceso establece que los operadores ofrecerán acceso e interconexión a otras empresas en condiciones acordes con las obligaciones impuestas por las autoridades nacionales de reglamentación, en este caso, por la CMT, en la propia Oferta de Interconexión. Este carácter semipúblico se observa del mismo modo en el apartado 4 del artículo 11 de la LGTel cuando habilita a esta Comisión para intervenir con objeto de fomentar y garantizar la adecuación del acceso, la interconexión -que constituye un tipo particular de acceso entre los operadores de redes públicas- y la interoperabilidad de los servicios. Las características propias del servicio de interconexión justifican la intervención de la Comisión. Es decir, la normativa sectorial de aplicación configura la interconexión como un deber y al mismo tiempo como un derecho.

Sin embargo, a pesar de estas especialidades, el acuerdo de interconexión es un contrato privado. Así, el apartado 3 del artículo 11 de la LGTel, establece que «*no existirán restricciones que impidan que los operadores negocien entre sí acuerdos de acceso e interconexión*». Por tanto, se afirma la libertad de las partes tanto para negociar las condiciones de interconexión de las redes como para decidir el contenido de los acuerdos que lleguen a firmar.

El único límite a la libertad de pactos recogida en el Derecho común consiste en la posibilidad de intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la formación de la voluntad contractual de las partes. Conforme al principio de intervención mínima que ha de regir la actuación de la Administración, esta intervención sólo se podrá producir en los casos en que esté justificada y tenga por objeto fomentar y garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios (artículo 11.4 de la LGTel) o la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel.

Por otra parte, en su faceta estrictamente contractual, el acuerdo de interconexión es un contrato privado de arrendamiento de servicios, definido en el artículo 1.544 del Código Civil como aquél en que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto (se obligan recíprocamente a prestarse determinados servicios de acceso a cambio de un precio cierto por los mismos).



Por tanto, sobre la base de su naturaleza contractual, y sin perder de vista las capacidades de intervención que asisten a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (aunque sometidas al principio de intervención mínima), los acuerdos de interconexión quedan sujetos, tanto en su interpretación como en su ejecución, a las normas propias del Derecho común.

El acuerdo de interconexión entre Telefónica y SMO incluye los elementos esenciales de todo contrato (artículo 1.261 del Código Civil): objeto del contrato, causa de las obligaciones y prestación de consentimiento de ambas partes.

En definitiva, el acuerdo de interconexión suscrito entre Telefónica y SMO tiene fuerza de ley entre las partes contratantes (artículo 1.091 del Código Civil) y es obligatorio en todos sus términos desde la fecha en que fue acordado por ambas partes.

CUARTO.- Análisis del conflicto: incumplimiento del contenido del AGI suscrito entre Telefónica y SMO y si procede la desconexión.

Para poder concluir si existe o no un incumplimiento de las obligaciones asumidas por SMO en el acuerdo de interconexión suscrito con Telefónica se examina con carácter preliminar el contenido obligacional del AGI suscrito para, a continuación, examinar el grado de cumplimiento y la procedencia de la solicitud de resolución del mismo.

- Previsiones contractuales del AGI suscrito entre Telefónica y SMO

Como ya se ha expuesto en el Fundamento de Derecho tercero, los acuerdos de interconexión son contratos de arrendamiento de servicios consistentes en la prestación de un determinado servicio de acceso a cambio de un precio cierto, de acuerdo con el artículo 1.544 del Código civil. Se trata de un contrato oneroso en el que las prestaciones esenciales consisten en que Telefónica presta un servicio de interconexión a cambio de una remuneración por parte de SMO. Así, el acuerdo de interconexión constituye el elemento contractual que disciplina las relaciones de interconexión entre dos operadores y, conforme a su naturaleza, tiene fuerza de ley entre las partes.

En concreto, los términos del AGI suscrito entre Telefónica y SMO con fecha 4 de agosto de 2010 son los siguientes:

- Se consideran condiciones esenciales *“la prestación del servicio de Interconexión en las condiciones pactadas”* así como *“el pago del precio pactado en los términos acordados”* (cláusula 6).
- Los servicios se facturan con carácter mensual para conceptos de pago de carácter periódico (cláusula 7.2.1).
- Un retraso en el pago sitúa en una situación de mora al destinatario de los servicios (*“El impago o retraso en el pago, por cualquiera de las partes, de alguna cantidad debida de conformidad con el procedimiento establecido en el apartado anterior, tendrá por efecto colocarla automáticamente en situación de mora, sin necesidad de requerimiento alguno de la otra parte, y obligará a aquella al abono de intereses*



desde la fecha del incumplimiento, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Cláusula 17²) (cláusula 7.4.1).

- *Puede exigirse la constitución de un aval una vez que se ha abierto la interconexión en las siguientes circunstancias: “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 también una vez se constate la existencia de impagos sin causa justificada en derecho o demoras en el pago de dos facturas emitida por esta entidad relativas a servicios de interconexión prestados en el marco del presente AGI o a servicios distintos de interconexión 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”. (cláusula 14.2.1)*
- *La posibilidad de la desconexión de las redes se regula en los siguientes términos: “Cualquiera de las partes podrá solicitar de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones autorización para la desconexión de la red, en los siguientes supuestos (...) Cuando, concurriendo alguna de las causas de extinción previstas en la cláusula 16 (11.16)², la naturaleza de ésta haga indispensable la desconexión de la red de alguna de la partes”. (cláusula 12)*
- *Con carácter general, existe una posibilidad de extinción del acuerdo “fundada en grave incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones esenciales contenidas en este Acuerdo, una vez transcurrido 1 mes desde que la parte cumplidora haya requerido a la otra, por escrito, el cumplimiento de las mencionadas obligaciones. La apreciación de la concurrencia del incumplimiento podrá efectuarse por las partes de mutuo acuerdo o por Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Efectuado el requerimiento, y ante la falta de acuerdo entre las partes en la apreciación del incumplimiento, cualquiera de ellas podrá acudir a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones” (cláusula 17.1.4). Sin perjuicio de ello, “la extinción del Acuerdo no exonerará a las partes del cumplimiento de sus obligaciones que quedaren pendientes” (cláusula 17.3).*

- Análisis del cumplimiento de las previsiones contractuales y sus consecuencias

Analizado el contenido obligacional de los acuerdos suscritos entre ambos operadores, el siguiente paso es comprobar el grado de cumplimiento por las partes de sus obligaciones respectivas.

En cuanto al cumplimiento por Telefónica de su obligación de provisionar distintos servicios de interconexión, cabe señalar que esta cuestión no ha sido objeto de disputa por parte de SMO, por lo que puede concluirse que Telefónica sí ha prestado los servicios cubiertos por el AGI.

En cuanto al cumplimiento por SMO respecto a la obligación de pago por los servicios de interconexión prestados por Telefónica, y de conformidad con la información obrante en el

² Debe entenderse como referida a la cláusula 17 en la que se regulan las causas de extinción del acuerdo.



presente procedimiento, se desprende que este operador no ha procedido a abonar los distintos servicios de interconexión prestados por Telefónica.

En concreto, de conformidad con el escrito presentado por Telefónica de 14 de enero de 2010, la deuda generada por SMO a fecha 14 de noviembre de 2010 alcanzó la cifra de **2.627.770,24 euros**.

Por tanto, SMO ha impagado las facturas que corresponden a servicios de interconexión previamente prestados de conformidad con el AGI suscrito con Telefónica, por lo que el incumplimiento de la obligación de pago respecto a dichos servicios ha quedado acreditado. Dicho incumplimiento afecta a una obligación esencial del contrato, como resulta de la cláusula 6 del mismo, por lo que debe examinarse si concurren las circunstancias para justificar una posible extinción del AGI en las condiciones previstas en la cláusula 17.1.4, es decir, verificar si se ha realizado el requerimiento de pago y ha transcurrido un mes desde el mismo sin que el pago se haya hecho efectivo.

En el presente caso, Telefónica está en su derecho a resolver el contrato de interconexión en cuanto que: (i) tal y como se ha indicado anteriormente, se ha producido un requerimiento escrito reclamando la deuda ya vencida (burofax de fecha 10 de diciembre de 2010), y (ii) han transcurrido varios meses sin que se haya producido el pago total de dichas cantidades por parte de SMO.

- Sobre la solicitud de desconexión formulada por Telefónica

Telefónica, una vez acreditado el impago generado por SMO, solicita a esta Comisión que autorice la desconexión de sus redes con las del citado operador, teniendo en cuenta que la Cláusula 12 del AGI determina que *“cualquiera de las partes podrá solicitar de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones autorización para la desconexión de la red,(...) cuando, concurriendo alguna de las causas de extinción previstas en la Cláusula 16 (11.16)³, la naturaleza de ésta haga indispensable la desconexión de la red de alguna de las partes”* (subrayado añadido).

Para ello, una vez apreciada la concurrencia de los requisitos de la cláusula 17.1.4 del AGI y en general, la existencia de causas de resolución del acuerdo ante el incumplimiento contractual de SMO, se analiza a continuación si la naturaleza de dicha causa de extinción del AGI hace indispensable o no la desconexión de las redes implicadas, valorando la incidencia en el mercado de dicha desconexión definitiva.

El régimen de interconexión establecido en la normativa sectorial de telecomunicaciones se basa en el establecimiento de un derecho de acceso a la misma por parte de los operadores que lo soliciten, y de una correlativa obligación de facilitarla a quien se lo solicite; todo ello en las condiciones establecidas en los Acuerdos de Interconexión firmados por las partes. En dichos Acuerdos se establecen, entre otros aspectos, los precios asociados a la prestación de cada servicio de interconexión que habrán de abonarse como remuneración por los costes incurridos.

³ Debe entenderse como referida a la cláusula 17 en la que se regulan las causas de extinción del acuerdo.



Es decir, la prestación de servicios de interconexión genera unos costes para el operador de la red que los presta que han de ser remunerados con el pago de los precios pactados. El impago de los mismos, además de ser un incumplimiento del contrato, tal y como se ha expuesto en apartados anteriores, supone que el operador que recibe esos servicios no asume el coste de los mismos, mientras que el operador que los presta se ve obligado a soportar los costes incurridos por un competidor, aspecto éste al que no está obligado por la legislación vigente y que conculca la esencia de un mercado que actúa en competencia. Esta Comisión no puede consentir un incumplimiento de los acuerdos suscritos, pues mantener esta situación, además de crear una injustificable inseguridad jurídica para Telefónica, supondría obligar a la misma a financiar o subvencionar los servicios prestados por sus competidores.

En conclusión, SMO ha incumplido gravemente su obligación de pagar los servicios recibidos por Telefónica, con lo cual esta Comisión estima justificado autorizar la desconexión de las redes implicadas.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que, en el conflicto de interconexión planteado entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y SUR MAKING OFF, S.L., ha quedado acreditado el incumplimiento por parte de esta última de sus obligaciones de pago por los servicios recibidos y, por tanto, procede declarar la concurrencia de los requisitos para la resolución del Acuerdo General de Interconexión firmado entre estas sociedades en fecha 4 de agosto de 2010.

SEGUNDO.- Autorizar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. la desconexión definitiva de su red de la red de SUR MAKING OFF, S.L.

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