



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

CERTIFICA

Que en la Sesión número 32/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 1 de octubre de 2009, 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 Talking IP Management & Consulting, S.L. (RO 2009/1420).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito presentado por TELEFÓNICA denunciando impagos en los servicios de interconexión.

Con fecha 25 de agosto de 2009, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA) de fecha 20 de agosto de 2009 por el que solicitaba se autorizase la desconexión y posterior resolución del Acuerdo General de Interconexión (en adelante, AGI) firmado entre ésta y TALKING IP MANAGEMENT & CONSULTING, S.L. (en adelante, TALKING), así como que se declarase la obligación de pago de TALKING por la deuda que ésta tiene contraída con TELEFÓNICA en concepto de servicios de interconexión.

Asimismo, TELEFÓNICA solicitaba que, mediante la adopción de una medida cautelar, se obligara a TALKING a la constitución de un aval a su favor que garantizase el pago de las cantidades adeudadas por la prestación de servicios de interconexión y de las cantidades que se devenguen en el futuro por los mismos.

En este escrito, TELEFÓNICA alegaba lo siguiente:

- Que, con fecha 15 de diciembre de 2008 TELEFÓNICA firmó un AGI con TALKING y que, desde la fecha de inicio de efectividad de las condiciones contenidas en el mismo, se



ha producido el impago de todas las facturas por tráficos de interconexión emitidas por TELEFÓNICA.

- Que, a fecha 6 de agosto de 2009, la deuda vencida que TALKING tiene con TELEFÓNICA en concepto de interconexión asciende a **[CONFIDENCIAL]**, conforme al detalle de la deuda que se adjunta como Documento número 1. Que, asimismo, TALKING tiene una deuda no vencida con TELEFÓNICA por importe de **[CONFIDENCIAL]** en concepto de circuitos de interconexión.¹

- Que, en esta situación, TELEFÓNICA, se ha visto obligada a requerir el pago a TALKING mediante varios escritos enviados por burofax con fecha de 3 de julio de 2009, 16 de julio de 2009, 28 de julio de 2009, 4 de agosto de 2009 y 17 de agosto de 2009 por los que procede a reclamar a este operador **[CONFIDENCIAL]**, respectivamente, en concepto de servicios de interconexión (salvo la cantidad de **[CONFIDENCIAL]** que se reclama en concepto de circuitos de interconexión). TELEFÓNICA adjunta los mencionados escritos a su escrito de 20 de agosto de 2009 como anexos (Documentos números 2, 3, 4, 5 y 6).

- Que TALKING no procedió a contestar estos burofaxes por ese mismo medio.

- Que, sin perjuicio de lo anterior, las partes intercambiaron unos correos electrónicos en los que, por un lado, TELEFÓNICA requiere a TALKING el pago de las cantidades debidas y solicita un aval a tal sociedad y, por otro, TALKING señala a TELEFÓNICA las dificultades que se están produciendo en relación con la central de TALKING en Estados Unidos de América y el cobro a sus clientes, lo que afecta al pago de las facturas de TELEFÓNICA. Adjunta a este respecto como Documento número 7 algunos de los correos electrónicos intercambiados entre TALKING y TELEFÓNICA.

- Que, para acreditar los impagos, adjunta los siguientes documentos:

(a) Actas de Tele-reuniones y de Consolidación, firmadas por TALKING y TELEFÓNICA.

■ Como Documento número 8, adjunta copia del Acta nº 01/09 de la Tele-reunión del Comité de Consolidación TALKING y TELEFÓNICA de fecha 18 de junio de 2009, suscrita por las referidas sociedades. Asimismo, adjunta copia del Acta de Consolidación nº 01/09 correspondiente al periodo comprendido entre el 31 de marzo de 2009 y 17 de mayo de 2009, en el que se recoge la cantidad a facturar por TELEFÓNICA de **[CONFIDENCIAL]** sin el impuesto sobre el valor añadido (en lo sucesivo, IVA).

■ Como Documento número 9, adjunta copia del Acta nº 02/09 de la Tele-reunión del Comité de Consolidación TALKING y TELEFÓNICA de fecha 6 de julio de 2009, suscrita por las referidas sociedades. Asimismo, adjunta copia del Acta de Consolidación nº 02/09 correspondiente al periodo comprendido entre el 18 de mayo y el 21 de junio de 2009 en el que se recoge la cantidad a facturar por TELEFÓNICA de **[CONFIDENCIAL]**, IVA no incluido.

¹ Según el documento número 1, la fecha de vencimiento de esta deuda sería el 18 de agosto de 2009, por lo que estaría vencida a día de hoy.



- Como Documento número 10, adjunta copia del Acta nº 03/09 de la Tele-reunión del Comité de Consolidación TALKING y TELEFÓNICA de fecha 3 de agosto de 2009, suscrita por las referidas sociedades. Asimismo, adjunta copia del Acta de Consolidación nº 03/09 correspondiente al periodo comprendido entre el 22 de junio de 2009 y el 19 de julio de 2009 en el que se recoge la cantidad a facturar por TELEFÓNICA de **[CONFIDENCIAL]**, IVA no incluido.
 - TELEFÓNICA subraya que, tal y como se puede observar en las Actas mencionadas, TELEFÓNICA no ha podido compensar cantidad alguna que le deba TALKING, pues ésta no presta servicio alguno a TELEFÓNICA ni le ha emitido facturas.
- (b) Facturas sin abonar
- Como Documento número 11 y en relación con las cantidades anteriormente citadas, se adjunta copia de las siguientes facturas, giradas por TELEFÓNICA a TALKING:

| Nº de factura | Fecha de factura | Importe (IVA no incluido) (€) | Importe (IVA incluido) (€) | Concepto |
|---------------|------------------|-------------------------------|----------------------------|------------------------------------|
| 60F9RR003121 | 18/06/2009 | [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] | Interconexión (tránsito a móviles) |
| 60H9RR000022 | 03/08/2009 | [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] | Interconexión (tránsito a móviles) |
| 60G9TD005306 | 19/07/2009 | [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] | Circuito de interconexión |
| 60F9TD005826 | 19/06/2009 | [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] | Circuito de interconexión |
| 60F9TD005830 | 19/06/2009 | [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] | Circuito de interconexión |
| 60G9TD00535 | 19/07/2009 | [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] | Circuito de interconexión |
| 60G9TD005308 | 19/07/2009 | [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] | Circuito de interconexión |
| 60F9TD005825 | 19/06/2009 | [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] | Circuito de interconexión |



| Nº de factura | Fecha de factura | Importe (IVA no incluido) (€) | Importe (IVA incluido) (€) | Concepto |
|---------------|------------------|-------------------------------|-----------------------------|---------------------------|
| 60F9TD005828 | 19/06/2009 | [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] | Circuito de interconexión |
| 60F9TD005827 | 19/06/2009 | [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] | Circuito de interconexión |
| 60G9TD005304 | 19/07/2009 | [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] | Circuito de interconexión |
| 60G9TD005307 | 19/07/2009 | [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] | Circuito de interconexión |
| 60G9TD005303 | 19/07/2009 | [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] | Circuito de interconexión |
| 60F9TD005829 | 19/06/2009 | [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] | Circuito de interconexión |
| TOTAL | | | [CONFIDENCIAL] ² | |

- En los Fundamentos de Derecho de su escrito de 20 de agosto de 2009, TELEFÓNICA alega (i) la existencia de una obligación de pago de TALKING (derivada de la prestación de servicios por TELEFÓNICA al amparo del AGI e incumplida por TALKING), (ii) el derecho de TELEFÓNICA a solicitar la constitución de un aval por parte de TALKING y el incumplimiento por TALKING de la obligación de constituirlo tras la solicitud de TELEFÓNICA a este respecto, y (iii) la concurrencia de los presupuestos para adoptar la medida cautelar solicitada por TELEFÓNICA, consistente en la adopción de un aval o, en caso contrario, la cesación inmediata en la prestación de servicios a través de la red de TELEFÓNICA (en particular, la habilitación competencial de la CMT, la apariencia de buen derecho, la necesidad y urgencia de la medida y la inexistencia de perjuicios para los usuarios en el caso de adoptarse la medida cautelar).

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

Mediante sendos escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 14 de septiembre de 2009, se notificó tanto a TELEFÓNICA como a TALKING 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

² Si bien el total de las facturas adjuntadas al escrito de TELEFÓNICA de 20 de agosto de 2009 asciende a [CONFIDENCIAL], las Actas de Consolidación adjuntadas como Documentos 8, 9 y 10 arrojan un total de [CONFIDENCIAL].



de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

Asimismo, se notificó a los interesados que, a la vista de las razones de interés público que concurren en el presente caso (tanto por la cuantía de la deuda como por los servicios de interconexión implicados de los que dependen usuarios finales), esta Comisión acordó la aplicación al procedimiento de la tramitación de urgencia prevista en la LRJPAC. En virtud de lo anterior, los plazos de este procedimiento quedarán reducidos a la mitad, siendo el plazo máximo para resolver dicho conflicto y comunicar su resolución a las partes de dos meses.

Finalmente, se concedió a TALKING un plazo de cinco días, de acuerdo con lo establecido en el artículo 76.1 de la LRJPAC en relación con su artículo 50, desde la notificación del acuerdo de inicio, para que alegara lo que tuviese por conveniente y aportara los documentos que considere oportunos.

TERCERO.- Escrito de alegaciones de TALKING.

Con fecha 28 de septiembre de 2009, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de TALKING en el que manifiesta su oposición a las pretensiones de TELEFÓNICA y, en concreto, a la solicitud de TELEFÓNICA de desconectar su red y resolver el AGI vigente entre ambas partes, así como a la solicitud de medidas cautelares, alegando lo siguiente:

- TALKING *“reconoce la existencia de una deuda con TELEFÓNICA por impago de determinadas cantidades en concepto de servicios de interconexión prestados por TELEFÓNICA, tal y como se desprende de las Actas de Tele-reunión del Comité de Consolidación, firmadas por TALKING”*.

- No obstante, TALKING considera que el impago de tales cantidades tiene una causa justificada, en cuanto TALKING entiende que TELEFÓNICA no ha estado cumpliendo correctamente, hasta hace poco, con sus obligaciones de prestación de servicios establecidos en el AGI. En este sentido, TALKING alega que:

- Es un operador especializado en ofrecer a sus clientes tarifas muy económicas para llamadas a nivel internacional, en multitud de países. En este contexto, la firma del AGI con TELEFÓNICA tenía como objeto esencial que TELEFÓNICA se encargara del transporte y terminación internacional de las llamadas entregadas por TALKING en interconexión a TELEFÓNICA. Sin embargo, las llamadas con destino internacional entregadas por TALKING a TELEFÓNICA no fueron cursadas por TELEFÓNICA hasta el 21 de agosto de 2009.

En relación con el incumplimiento de TELEFÓNICA descrito, TALKING solicita que, si la CMT lo considera necesario, se inicie un período de prueba a efectos de confirmar éste. También manifiesta TALKING que ha comunicado tal incumplimiento a TELEFÓNICA en diversas ocasiones, sin que ésta aportara solución.

- Este incumplimiento ha causado graves perjuicios a TALKING, pues no le ha permitido cumplir los contratos y niveles de servicio con sus clientes, lo cual ha



resultado a su vez en la retención por éstos de las cantidades que adeudan a TALKING por la prestación de sus servicios. TALKING manifiesta que tal situación ha sido comunicada en múltiples ocasiones por ésta a TELEFÓNICA.

- Si bien TALKING no discute en principio las cantidades derivadas de las Actas de Consolidación, sí considera objeto de disputa las consecuencias negativas y perjuicios que el incumplimiento de TELEFÓNICA le ha causado.
- TALKING manifiesta su intención de abonar regularmente las próximas facturas de TELEFÓNICA, pues los servicios se prestan de forma normalizada desde el 21 de agosto, pero sostiene que es necesario una solución pactada con TELEFÓNICA en relación con las facturas emitidas hasta la fecha.
- TALKING niega la procedencia de la medida cautelar solicitada por TELEFÓNICA indicando que:
- No concurre el requisito de la apariencia de buen derecho, a la vista del incumplimiento por TELEFÓNICA del AGI, que ha impedido a TALKING cumplir las obligaciones contraídas con sus clientes.
 - No concurre el requisito de la necesidad y urgencia, pues TALKING no se encuentra actualmente en situación de insolvencia y no existen indicios racionales de que vaya a estarlo, a pesar del estudio de solvencia adjuntado por TELEFÓNICA a su escrito de 20 de agosto de 2009 como Documento número 12. Por otro lado, TALKING pertenece a un grupo internacional de empresas que, según indica, la respaldarían financieramente.
 - La medida propuesta no respeta el principio de proporcionalidad por causar más perjuicios a TALKING que beneficios a TELEFÓNICA. Además, la eventual desconexión infringe tal principio pues imposibilitaría la prestación por TALKING de servicios a sus clientes (incidiendo grave y negativamente en la protección de los usuarios) y podría poner en peligro la eficacia de la Resolución que esta Comisión adopte en su día.
 - La tramitación del presente conflicto por el trámite de urgencia reduce el riesgo alegado por TELEFÓNICA.

El escrito de alegaciones de TALKING que se ha descrito no adjunta documentación alguna que soporte documentalmente las manifestaciones que allí se vierten.

CUARTO.- Escrito de alegaciones de TELEFÓNICA.

Con fecha 30 de septiembre de 2009, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones TELEFÓNICA por el que manifiesta que la deuda de TALKING ha aumentado "*de manera exponencial*" creando una situación de extrema gravedad y urgencia, que exigiría una actuación urgente de esta Comisión, en base a lo siguiente:



- La deuda entre TELEFÓNICA y TALKING derivada de la ejecución del AGI ha aumentado hasta **[CONFIDENCIAL]**, con el desglose siguiente:

(a) Tráfico de tránsito a móviles: **[CONFIDENCIAL]**. Esta cantidad es el resultado de una nueva consolidación respecto de la cual TELEFÓNICA aporta los siguientes documentos:

- Como Documento número 1, se adjunta copia del Acta nº 04/09 de la Tele-reunión del Comité de Consolidación TALKING y TELEFÓNICA de fecha 3 de septiembre de 2009, suscrita por las referidas sociedades. Asimismo, se adjunta copia del Acta de Consolidación nº 04/09 correspondiente al periodo comprendido entre el 20 de julio de 2009 y 16 de agosto de 2009, en el que se recoge la cantidad a facturar por TELEFÓNICA de **[CONFIDENCIAL]**, IVA no incluido.
- Como Documento número 2, se adjunta copia de la factura correspondiente a tal cantidad, más IVA.

(b) Tráfico de terminación internacional: **[CONFIDENCIAL]**. Esta cantidad resulta de una consolidación respecto de la cual se aportan los siguientes documentos:

- Como Documento número 3, se adjunta copia del Acta nº 05/09 de la Tele-reunión del Comité de Consolidación TALKING y TELEFÓNICA de fecha 28 de septiembre de 2009. Asimismo, se adjunta copia del Acta de Consolidación nº 05/09 correspondiente al periodo comprendido entre el 17 de agosto de 2009 y el 23 de septiembre de 2009, en el que se recoge la cantidad a facturar por TELEFÓNICA de **[CONFIDENCIAL]**, IVA no incluido.
- Como Documento número 4, se adjunta copia de la factura correspondiente a tal cantidad, más IVA.

TELEFÓNICA alega que la deuda sigue aumentando, pues desde el 23 de septiembre hasta el 27 de septiembre el incremento ha sido de **[CONFIDENCIAL]**, lo que supone un consumo medio de algo más de **[CONFIDENCIAL]** euros al día.

(c) Intereses de demora: **[CONFIDENCIAL]**, en virtud de una factura por tal importe que se adjunta como Documento nº 5.

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.**

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

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

En conclusión, esta Comisión resulta competente para conocer del presente conflicto 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 TALKING.



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.

Esta Comisión está igualmente habilitada para la adopción de medidas cautelares, puesto que el artículo 48.12 de la LGTel señala que *“en el ejercicio de sus funciones, y en los términos que reglamentariamente se determinen, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una vez iniciado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia del laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”*.

Por su parte, el artículo 31 de Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, faculta a esta Comisión para adoptar medidas cautelares, una vez incoado el procedimiento correspondiente de oficio o a instancia de parte, pudiendo consistir las mismas 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. En este mismo sentido, en el artículo 72 de la LRJPAC, norma por la cual se rige esta Comisión en el ejercicio de las funciones públicas que la ley le atribuye conforme establece el artículo 48.1 de la LGTel, se establece: *“No se podrán dictar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.”*

SEGUNDO.- Objeto del presente procedimiento.

Señalada la habilitación de esta Comisión, el presente procedimiento tiene por objeto la adopción de medidas cautelares necesarias para asegurar la ejecutividad de la Resolución que pudiera adoptar esta Comisión en el presente procedimiento; en concreto y en su caso, la adopción de medidas tendentes a asegurar el pago a TELEFÓNICA de las cantidades que se devenguen como consecuencia de la prestación por ésta de los servicios de interconexión solicitados por TALKING durante la tramitación del presente procedimiento y hasta que proceda la adopción de la resolución definitiva que ponga fin al conflicto de interconexión suscitado entre ambas operadoras.



TERCERO.- Concurrencia de los presupuestos necesarios para la adopción de medida cautelar.

TELEFÓNICA solicita la adopción de una medida cautelar consistente en que se obligue a TALKING a la constitución de un aval a su favor que garantizase el pago de las cantidades adeudadas por la prestación de servicios de interconexión e intereses de demora de los tráficos de interconexión y de las cantidades que se devenguen en el futuro por los mismos.

Mientras se tramita el procedimiento principal para la resolución del conflicto de interconexión suscitado entre ambos operadores motivado por el impago de los servicios prestados al amparo del AGI suscrito, resulta indispensable arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel y ello sin perder de vista el bien jurídico protegido en el presente caso, esto es, la eficacia de la futura Resolución que ponga fin al presente procedimiento.

Concurren por ello en el presente procedimiento los elementos necesarios que, conforme al artículo 72 de la LRJPAC, justifican la adopción de una medida cautelar consistente en adoptar una garantía que revista la forma de prepago, a saber: existencia de elementos de juicio suficientes; necesidad para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, e inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o violación de derechos amparados en leyes.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares indicando que no se produce vulneración de derechos constitucionales, incluso en el caso de que se adopten sin audiencia de las partes, siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, se adopten las medidas cautelares por resolución fundada en derecho y se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes (ver, entre otras, las siguientes Sentencias: 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 el procedimiento de referencia, de los requisitos anteriores.

a) Existencia una norma jurídica que permita la adopción de las medidas cautelares en el marco del presente expediente.

Como ya se ha señalado en la presente resolución, 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 así como en el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En concreto, el citado artículo 48.12 de la LGTel establece que *“En el ejercicio de sus funciones, y en los términos que reglamentariamente se determinen, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una vez iniciado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia del laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello.”*



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

b) Apariencia de buen derecho.

Con fecha 30 de septiembre de 2009 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TELEFÓNICA por el que pone de manifiesto un aumento del consumo de los servicios de interconexión por parte de TALKING desde la fecha de interposición del presente conflicto y, en consecuencia, un aumento considerable de las cantidades pendientes de pago, ascendiendo a [CONFIDENCIAL] pendientes de cobro a fecha 23 de septiembre.

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.

Es decir, que 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, 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 de ninguna manera y que conculca la esencia de un mercado que actúa en competencia. Este mercado se caracteriza por la necesidad de que sus actores interactúen en pie de igualdad, lo que, entre otras consecuencias, supone que cada uno debe asumir individualmente, los riesgos empresariales por los que opta y no sus competidores.

Con fecha 15 de diciembre de 2008 TALKING y TELEFÓNICA firman un Acuerdo General de Interconexión para la prestación de servicios de interconexión y como consecuencia de esta Acuerdo, ambos operadores se obligan a la interconexión de sus redes y al pago de los servicios recibidos.

TALKING no niega la existencia de cantidades impagadas por la prestación de servicios de interconexión sino que ha reconocido la existencia de deuda por impago de determinadas cantidades en concepto de servicios de interconexión prestados por TELEFÓNICA en el marco del AGI suscrito.

No obstante, TALKING pone de manifiesto en su escrito de alegaciones de 28 de septiembre de 2009 que TELEFÓNICA ha estado prestando sus servicios de interconexión de forma incorrecta hasta el 21 de agosto y que no es hasta esa fecha hasta que pudo comenzar a cursar las llamadas con destinos internacionales.

Sin embargo, se han aportado al procedimiento todas las Actas de Consolidación firmadas por ambos operadores desde el 18 de junio de 2009 en las que TALKING reconoce las cantidades facturadas por TELEFÓNICA sin hacer mención algún motivo de oposición. Es



más, los retrasos en el pago no vendrían debidos a una prestación defectuosa del servicio sino, de acuerdo con los propios correos electrónicos remitidos por TALKING, por problemas de gestión administrativa de su matriz. Incluso, TALKING reconoce en un correo electrónico remitido a TELEFÓNICA en fecha 1 de julio que el impago es “*por culpa nuestra evidentemente*”.

En conclusión, TALKING no ha logrado justificar hasta la fecha el impago producido en los servicios de interconexión previamente prestados de conformidad con el AGI suscrito entre ambos.

Asimismo, mediante escrito de TELEFÓNICA de fecha 30 de septiembre de 2009 se pone de manifiesto a esta Comisión un aumento de deuda y de los tráficos de interconexión generados por TALKING. TELEFÓNICA aporta distinta documentación para acreditar este incremento como el acta nº 05/09 de Telereunión del Comité de Consolidación celebrada el 28 de septiembre de 2009 (pendiente de firma), facturas emitidas con fecha 28 de septiembre por importe de **[CONFIDENCIAL]** y con fecha 29 de septiembre por importe de **[CONFIDENCIAL]**.

De acuerdo con todo ello y en base a la documentación presentada debe entenderse que existen indicios razonables para entender que la solicitud de TELEFÓNICA se encuentra motivada concurriendo el suficiente *fumus boni iuris*, ello sin prejuzgar el fondo del asunto.

c) Necesidad y urgencia de la medida

La medida cautelar aprobada en la presente Resolución es necesaria para asegurar la eficacia de la Resolución final que pudiera recaer en el presente procedimiento, y urgente dado el aumento del consumo y, por tanto, de las cantidades devengadas por TALKING desde la fecha de interposición del conflicto, asegurando la eficacia de la resolución definitiva que se adopte en el procedimiento en el cual se enmarca, existiendo elementos de juicio suficientes para ello, tal y como ya se ha expresado, y según exige el artículo 72 de la LRJPAC y el artículo 48.12 de la LGTel.

En el citado escrito de fecha 30 de septiembre de 2009, TELEFÓNICA pone de manifiesto que la cantidad pendiente de pago por TALKING se ha visto incrementada hasta un total de **[CONFIDENCIAL]**.

La adopción de la presente medida cautelar se considera necesaria pues con ella se limita el riesgo para TELEFÓNICA causado por el aumento del tráfico generado por TALKING en el último mes hasta la adopción de la resolución definitiva del conflicto y se garantiza la continuidad de la prestación de los servicios de interconexión en condiciones de competencia asegurando, asimismo, la contraprestación de los citados servicios conforme al AGI.

Asimismo, la adopción de la presente medida cautelar se considera urgente dado el incremento sustancial que han sufrido los tráficos de interconexión generados por TALKING y, por ende, el aumento de las cantidades devengadas pendientes de pago por este operador.



De no adoptarse una medida como esta de forma cautelar, las obligaciones que esta Comisión termine en su caso imponiendo 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 las medidas que pudieran adoptarse por esta Comisión en el seno del presente procedimiento resulta apropiado y ajustado a Derecho, tal y como se ha señalado, la adopción de la presente medida cautelar por resultar necesaria y urgente.

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 dicha medida cautelar permite a los interesados que en la tramitación del procedimiento en curso manifiesten lo que a su derecho e intereses convenga.

d) Proporcionalidad de las medidas

Las medidas cautelares propuestas son idóneas y plenamente respetuosas con el principio de proporcionalidad³, 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. En este sentido, las medidas cautelares que se acuerdan por medio de la presente Resolución no violan derechos amparados por las leyes ni ocasionan perjuicios de difícil o imposible reparación (artículo 72.3 de la LRJPAC).

La adopción de esta medida cautelar 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.

Teniendo en cuenta lo que antecede, puede concluirse que las medidas adoptadas en sede cautelar son plenamente consecuentes con el principio de proporcionalidad y tienen también carácter idóneo para cumplir con el objetivo perseguido (disminuir la inseguridad jurídica a la que se encuentra sometida TELEFÓNICA derivada del incremento sustancial del tráfico de interconexión durante la tramitación del presente procedimiento).

Por ello, ponderando todos los intereses implicados, se considera proporcionado y ajustado a Derecho, estimar la solicitud de TELEFÓNICA para obligar a TALKING a la constitución de algún mecanismo de garantía del cobro hasta la finalización del presente procedimiento. A la vista del cumplimiento de todos los requisitos, a juicio de esta Comisión se considera razonable adoptar una garantía que revista la forma de prepagó para garantizar a TELEFÓNICA el cobro de los servicios prestados con el fin de asegurar la continuidad en la

³El principio de proporcionalidad exige que los medios adoptados sean adecuados para lograr el objetivo perseguido y no rebasen los límites de lo que resulta necesario para su logro, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos, ver asunto C-331/88, *Fedesa*, sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1990.



prestación de los servicios de interconexión contratados y asegurar el cobro de la contraprestación conforme al AGI suscrito.

(a) Importe y plazo para realizar el primer prepago. Consecuencias del incumplimiento de los prepagos

El primer prepago se deberá realizar por TALKING **antes de las 23:59 del día 2 de octubre de 2009 por un importe de [CONFIDENCIAL]**, correspondiente a la media mensual de las cantidades adeudadas durante el período correspondiente a las tres últimas actas de consolidación que obran en el expediente (del 22 de junio al 23 de septiembre de 2009), tal y como figuran en tales actas, más IVA.⁴ Esta fórmula pretende utilizar datos obrantes en actas firmadas tanto por TALKING como por TELEFÓNICA (i.e., las actas 03/09 y 04/09), a la vez que reflejar el reciente aumento de consumo que ha tenido lugar, según se ha alegado por TELEFÓNICA y reconocido por TALKING (que señala como los servicios han pasado a incluir las llamadas internacionales desde el 21 de agosto de 2009).

Si transcurrido el plazo concedido para realizar el prepago éste no se hubiera realizado por parte de TALKING se autoriza a TELEFÓNICA a suspender la interconexión entre ambos operadores hasta que el prepago se haya efectuado. Realizada la suspensión, Telefónica la habrá de notificar a esta Comisión. Esta facultad de suspensión se reconoce asimismo a TELEFÓNICA en relación con los prepagos siguientes al primero, descritos en el siguiente apartado (c)

(b) Ampliaciones de los prepagos

Si, una vez hecho efectivo el prepago por parte de TALKING (tanto en relación al primer prepago indicado como a los siguientes, que se describen en el siguiente apartado c), TELEFÓNICA detectara que el precio de los servicios prestados a TALKING supera el 50% de los servicios prepagados, TELEFÓNICA comunicará esta circunstancia a TALKING y le requerirá para que proceda a la ampliación del prepago en el plazo de 2 días. La ampliación se cuantificará multiplicando el incremento medio diario, calculado en el momento de la petición, por el número de días del mes correspondiente. El requerimiento de ampliación del prepago será también comunicado a esta Comisión. Si en los 2 días siguientes al requerimiento no se hubiera procedido a la ampliación del prepago por parte de TALKING, TELEFÓNICA podrá suspender la interconexión entre ambos operadores hasta que el prepago se haya ampliado.

(c) Prepagos siguientes al primer prepago

Se indica a continuación el importe de los prepagos siguientes al primero, la fecha en que se han de realizar y la fecha de presentación de la factura en la que se establezca la cantidad a pagar.

TELEFÓNICA deberá girar las facturas correspondientes de los prepagos sucesivos tras la reunión de consolidación que mes a mes se vayan produciendo.

⁴ La fórmula utilizada ha sido la siguiente: suma de los importes correspondientes a las actas 03/09, 04/09 y 05/09, dividido por el número de días correspondiente al periodo cubierto por tales actas, multiplicado por treinta, más un 16% de IVA **[CONFIDENCIAL]**.



La cantidad a prepagar corresponderá a la media mensual de las cantidades adeudadas durante el período correspondiente a las tres últimas actas de consolidación que las partes hayan otorgado, según la fórmula siguiente:.

Suma de los importes correspondientes a las tres últimas actas otorgadas por las partes, dividido por el número de días correspondiente al período cubierto por tales actas, multiplicado por treinta, más un 16% de IVA.

Si las partes no otorgaran algún acta de consolidación (p. ej. en caso de discrepancia), se tomarán en cuenta a efectos del cálculo anterior las tres últimas actas firmadas por las partes. Sin perjuicio de lo anterior, el segundo y tercer prepago no tendrán en ningún caso un importe inferior al primer prepago.

Cualquier discrepancia en relación con el cálculo de la cantidad a prepagar se resolverá conforme a los criterios para la resolución de conflictos a que hace referencia el AGI vigente entre ambas entidades y, en defecto de acuerdo, las partes podrán acudir en cualquier momento ante esta Comisión.

(d) Regularización de pagos

Transcurrido el mes prepagado y tras la reunión de consolidación, las partes procederán a la regularización de los pagos entre ambas. Si la cantidad prepagada por TALKING fuera superior a la que resultara de la consolidación, TELEFÓNICA abonará la diferencia a TALKING. En caso contrario, es decir, si la cantidad prepagada no cubriera el precio de la totalidad de los servicios prestados por TELEFÓNICA (impuestos incluidos), TALKING abonará la diferencia.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Adoptar la medida cautelar consistente en obligar a TALKING a garantizar el pago de los servicios de interconexión que le preste TELEFÓNICA mediante la figura de prepago en los términos señalados en la presente Resolución.

El primer prepago se deberá realizar por TALKING antes de las 23:59 del día 2 de octubre por importe de **[CONFIDENCIAL]**. Si transcurrido el plazo concedido para realizar el prepago éste no se hubiera realizado por parte de TALKING se autoriza a TELEFÓNICA a suspender la interconexión entre ambos operadores hasta que el prepago se haya efectuado.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de



diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.