



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. José Giménez Cervantes, 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 16 de enero de 2003, se ha adoptado el siguiente:

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR REDES Y SERVICIOS LIBERALIZADOS, S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE ESTA COMISIÓN DE 17 DE OCTUBRE DE 2002, SOBRE EL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN ENTRE REDES Y SERVICIOS LIBERALIZADOS, S.A. Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. SOBRE LA INCORPORACIÓN DE UN MODELO DE INTERCONEXIÓN POR CAPACIDAD AL ACUERDO GENERAL DE INTERCONEXIÓN ENTRE AMBAS ENTIDADES, SEGÚN LO ESTABLECIDO EN LA OFERTA DE INTERCONEXIÓN DE REFERENCIA VIGENTE.

En relación con el escrito de 19 de noviembre de 2002 presentado por la representación legal de REDES Y SERVICIOS LIBERALIZADOS, S.A. por el que interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución de esta Comisión de 17 de octubre de 2002 recaída en el expediente DT 2002/6538, sobre el conflicto de interconexión entre Redes y Servicios Liberalizados, S.A. y Telefónica de España, S.A.U. sobre la incorporación de un modelo de interconexión por capacidad al acuerdo general de interconexión entre ambas entidades, según lo establecido en la Oferta de Interconexión de Referencia vigente, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 02/03 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 16 de enero de 2003, recaída en el expediente AJ 2002/7841

HECHOS

PRIMERO.- Mediante Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) de fecha 17 de octubre de 2002, se dictó Resolución sobre el conflicto de interconexión entre Redes y Servicios Liberalizados,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

S.A. y Telefónica de España, S.A.U. sobre la incorporación de un modelo de interconexión por capacidad al acuerdo general de interconexión entre ambas entidades, según lo establecido en la Oferta de Interconexión de Referencia vigente. En concreto, en el resuelve de la misma se establecía lo siguiente:

“PRIMERO. *Dar por válido el dimensionado de los haces de interconexión por capacidad proporcionado por Redes y Servicios Liberalizados S.A., según sus previsiones de tráfico. Una vez operativa la interconexión por capacidad se hará un seguimiento de las condiciones de sobrecarga de las rutas y en caso necesario deberá realizarse la ampliación de enlaces conforme está especificado en la OIR.*

SEGUNDO. *Telefónica de España, S.A.U. y Redes y Servicios Liberalizados S.A., deberán, en el plazo de 5 días hábiles a partir de la fecha de la Resolución del presente expediente, hacer efectiva la formalización por escrito del Addendum al Acuerdo General de Interconexión para el Modelo de Interconexión por Capacidad de acuerdo a los términos descritos en el apartado II.3. Fundamentos de Derecho de la presente Resolución, debiendo asimismo enviar copia a esta Comisión en el plazo de cinco días hábiles desde su formalización.*

TERCERO. *En caso de no haberse producido la implantación operativa de los enlaces por capacidad solicitados por Redes y Servicios Liberalizados S.A., los cuales fueron objeto de la Resolución de esta Comisión de fecha 18 de abril de 2002, por la que se adoptaron medidas cautelares en el expediente de referencia, Telefónica de España, S.A.U., deberá efectuar dicha implantación operativa en el plazo de diez días naturales, plazo que se computará a partir de la fecha en que Redes y Servicios Liberalizados S.A. regularice los pagos pendientes con Telefónica por servicios de interconexión y otros recursos de red previamente consumidos. En dicho plazo se incluyen las pruebas de conformidad e interoperabilidad.*

CUARTO. *La Resolución de esta Comisión de fecha 18 de abril de 2002, por la que se adoptaron medidas cautelares en el expediente de referencia, mantendrá plena vigencia hasta que se produzca la efectiva implantación operativa de los enlaces por capacidad objeto de dicha Resolución por parte de Telefónica de España, S.A.U. a Redes y Servicios Liberalizados, S.A.*

QUINTO. *Redes y Servicios Liberalizados S.A. debe entregar los registros íntegros del tráfico de interconexión según establece el AGI, incluyendo, cuando aún no esté realizada la implantación operativa, el tráfico cursado por haces de tiempo acogido al modelo de interconexión por capacidad. En caso de no disponer de dichos ficheros, se facturará con los datos de Telefónica, teniendo en cuenta que el tráfico cursado por enlaces de tiempo que sea susceptible de ser considerado como demandado para ser cursado por enlaces de capacidad, ha de ser facturado de acuerdo al modelo de interconexión por capacidad”.*

SEGUNDO.- Con fecha 19 de noviembre de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por Redes y Servicios Liberalizados, S.A. (en adelante, RSL) en virtud del que se interponía recurso potestativo de reposición contra la Resolución de la CMT de 17 de octubre de 2002, relativa al el conflicto de interconexión entre Redes y Servicios Liberalizados, S.A. y Telefónica de España, S.A.U. sobre la incorporación de un modelo de interconexión por capacidad al



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acuerdo general de interconexión entre ambas entidades, según lo establecido en la Oferta de Interconexión de Referencia vigente. En el citado escrito de interposición se expone, básicamente, lo siguiente:

Primera.- Sobre la situación concursal de RSL.

- Que RSL está incurso en un procedimiento de suspensión de pagos, cuya providencia de admisión tiene como efectos jurídicos (i) que quedan legalmente intervenidas todas las operaciones de la suspenso, y (ii) que se establece la prohibición absoluta de realizar pago alguno de los créditos afectos al procedimiento concursal, esto es, aquellos existentes, nacidos u originados con anterioridad a la providencia de admisión.
- Que, por tanto, afirma RSL que esta prohibición absoluta afecta a la totalidad de la deuda acumulada por RSL con TESAU por servicios de red y recursos de red consumidos con anterioridad al día 21 de agosto de 2002.
- Que considera RSL que la CMT ya ha reconocido en dos ocasiones la situación concursal de la recurrente y la eficacia jurídica de dicha situación, a saber, la Resolución de 3 de octubre de 2002, dictada en el Procedimiento de Medidas Cautelares del expediente RO 2002/7245 y el Informe Preliminar de 21 de octubre de 2002, dictado en la pieza principal del anterior.

Segunda.- Sobre la correcta interpretación de la Resolución objeto de recurso en cuanto al alcance de la “regularización” de los pagos pendientes a TESAU.

- Que la Resolución recurrida exige como condición para que comience a contar el plazo concedido a TESAU para efectuar la implantación definitiva de la interconexión por capacidad, que RSL “regularice los pagos pendientes con TESAU por servicios de interconexión y otros recursos de red previamente consumidos”.
- Que la deuda concursal de RSL está sujeta a un procedimiento legal perfectamente determinado y tasado que la ajusta y pone en orden, es decir, la regulariza, desde la fecha de la providencia de admisión de la suspensión de pagos.
- Que afirma RSL que la CMT ha reconocido en su Informe de 21 de octubre de 2002 que, puesto que RSL no tiene con TESAU una deuda vencida y exigible de manera individualizada, no se puede autorizar a TESAU a suspender o rescindir la interconexión con RSL sobre la base de dicha deuda.
- Que, además, RSL tiene, en la actualidad, regularizados todos los pagos por los conceptos adeudados a TESAU con posterioridad al día 21 de agosto de 2002,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

es decir, deudas post-concursales, por lo que la condición impuesta en el Resuelve Tercero de la Resolución objeto de recurso debe entenderse cumplida.

- Que, a pesar de ello, expone RSL que TESAU no ha llevado a cabo la implementación efectiva del modelo de interconexión por capacidad en sus redes.

Tercera.- Sobre la invalidez de la condición impuesta por la CMT por lo que se refiere a la interpretación de la regularización de pagos.

- Que RSL entiende que la única interpretación que cabe conferir a la condición de regularización de pagos impuesta por la CMT es aquélla que entiende la regularización como la inclusión de todas las deudas pendientes con TESAU en el procedimiento de suspensión de pagos, y que como tal condición ya ha sido efectivamente cumplida por la entidad recurrente, debió hacerse efectiva por TESAU, en el plazo de diez días, la obligación de implantar los enlaces por capacidad solicitados.
- Que, no obstante, considera RSL que en el caso de que la CMT entendiera que la condición impuesta implica la obligación de pagar todas las deudas pendientes con TESAU, se debería predicar la invalidez de la misma, al exigir a RSL una actuación contraria al ordenamiento jurídico.
- Que, en este sentido, entiende RSL que tal exigencia de la CMT supondría una vulneración de los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución Española, los cuales regulan el sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico.
- Que la CMT ha declarado en otras ocasiones la procedencia de aplicar el régimen jurídico de la suspensión de pagos a las deudas contraídas con TESAU por RSL, por lo que ignorar sus propios precedentes, imponiendo dicha condición, implicaría, además de introducir invalidez en el acto administrativo, una actuación contraria a sus propios actos, prohibida por el ordenamiento.
- Que el ordenamiento jurídico exige a la Administración un deber de coherencia con el criterio adoptado en otras Resoluciones, y además, una justificación suficiente en el caso de que quiera apartarse de dicho criterio, hecho que no concurre, a juicio de RSL, en la Resolución recurrida.
- Que la invalidez de la condición de regularización de pagos, siempre que no se entienda como regularización dentro del procedimiento de suspensión de pagos, debe conllevar, según la interpretación de RSL, que se tenga por no puesta.

Cuarta.- Sobre la refutación de otros pronunciamientos contenidos en la Resolución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que, en cuanto a las implicaciones derivadas de la no implementación efectiva del modelo de interconexión por capacidad, a diferencia de lo que afirma la Resolución recurrida, considera RSL que la falta de implantación por parte de TESAU de su parte del proyecto técnico, en lo referente a los haces separados por tiempo y capacidad si provoca importantes perjuicios económicos y estratégicos a RSL, a saber (i) dificultad para consolidar los tickets de facturación, ya que TESAU utiliza ambos tipos de enlaces indistintamente, y (ii) imposibilidad de realizar el desbordamiento.
- Que la no implementación efectiva del modelo de interconexión por capacidad impide a RSL ejercitar su derecho a utilizar la red de otros operadores para terminar su tráfico.
- Que, en cuanto a los costes de implementación del modelo de interconexión por capacidad en los que debe incurrir TESAU, dichos costes podrían ser importantes si RSL basara su petición en la implementación de nuevos Pdl's, distintos de los actualmente contratados con TESAU, hecho que no se produce, por lo que la inversión necesaria para la implantación operativa de los enlaces de capacidad afecta únicamente a la distribución del tráfico por la red de interconexión existente.
- Que afirma RSL que si los costes por implementación del modelo de interconexión por capacidad fueran justificados detenidamente por TESAU, la entidad recurrente estaría dispuesta a asumirlos, previa aprobación de la intervención judicial.

Expuesto lo cual, el recurrente solicita que la CMT proceda a dictar una Resolución complementaria o aclaratoria de la Resolución de 17 de octubre de 2002 en el sentido de lo expuesto en la Alegación segunda de su escrito, y declare que la condición de regularización de pagos impuesta en el apartado tercero de la Resolución recurrida ya ha sido cumplida, y, en consecuencia, que el plazo concedido a TESAU para la implantación efectiva de la interconexión por capacidad comience a contar inmediatamente. Subsidiariamente, para el caso de que la CMT entienda que la regularización implica el pago de todas las deudas de RSL frente a TESAU, solicita se tenga por interpuesto recurso de reposición contra la citada Resolución.

TERCERO.- Con fecha 27 de noviembre de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por RSL en virtud del cual se manifiesta lo siguiente:

- Que RSL ha puesto en conocimiento de TESAU que, debido a la situación actual de suspensión de pagos en la que se encuentra, los pagos anteriores al 21 de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

agosto de 2002 quedan sujetos a lo establecido en la Ley de Suspensión de Pagos.

- Que, respecto de los pagos devengados por los servicios prestados a partir del 22 de agosto, RSL manifiesta su disposición a hacer frente a tales cantidades.
- Que, con fecha 6 de noviembre de 2002, RSL ha procedido al pago a TESAU de 148.059,76 euros en concepto de tráfico de interconexión de septiembre de 2002, de acuerdo con el AGI vigente entre ambas compañías y previa compensación con el importe de la factura de ALÓ.

CUARTO.- Mediante escritos del Secretario de esta Comisión de 20 de noviembre de 2002 fue comunicado el inicio del procedimiento a la entidad recurrente y a Telefónica de España, S.A.U.. Asimismo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), se dio traslado del recurso de reposición interpuesto a Telefónica de España, S.A.U. Transcurrido el plazo señalado al efecto, Telefónica de España, S.A.U. no remitió a esta Comisión escrito de alegaciones.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

Primero.- Calificación.

El artículo 107 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones, entre otros actos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

El recurrente aún cuanto no califica expresamente su escrito, con fecha de entrada en esta Comisión de 19 de noviembre de 2002, en primera instancia como Recurso de reposición, sin embargo, del contenido del mismo y de las alegaciones que vierte ha de entenderse que RSL está rebatiendo la Resolución que impugna, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, calificar al escrito presentado como un recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de 17 de octubre de 2002.

Segundo.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el presente recurso corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley, y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

Tercero.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto que ya lo fue en el procedimiento tramitado para la resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del presente recurso potestativo de reposición.

Cuarto.- Admisión a trámite.

De conformidad con el artículo 107.1 de la LRJPAC, los recursos de reposición que interpongan los interesados habrán de fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley.

Con carácter general, el recurso ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley.

El recurso interpuesto cumple, además, los requisitos objetivos que se desprenden de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 107 de la LRJPAC, en la medida en que su objeto es una resolución administrativa.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, procede admitir a trámite el recurso potestativo de reposición interpuesto.

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Primero.- Sobre la invalidez de la condición impuesta por la CMT por lo que se refiere a la interpretación de la regularización de pagos.

Para centrar la controversia que se ha suscitado por parte de RSL, es necesario recordar que con fecha 21 de agosto de 2002 la recurrente presentó suspensión de pagos ante el Juzgado de Primera Instancia número 55 de Madrid (Autos 673/02), el cual, mediante Providencia fechada el mismo día declaró que las operaciones realizadas por RSL habían quedado intervenidas de conformidad con las disposiciones de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922. En la lista de acreedores presentada por RSL junto con su solicitud figura Telefónica de España, S.A.U., entidad que se ha personado en el procedimiento.

Cierto es que el fin principal de la suspensión de pagos, regida por los principios de universalidad y *“par conditio creditorum”* es conseguir la igualdad de condición de los acreedores no privilegiados. Esta finalidad se vería frustrada si se permitiera sustraer a la masa créditos de igual posición (STS 24 de junio de 1991) y ello sucedería si RSL accediera a pagar la deuda contraída con Telefónica de España, S.A.U. con anterioridad al día 21 de agosto de 2002, pues de esta manera se marginaría la suspensión de pagos declarada y sus efectos inmovilizadores a favor de la masa de la misma.

En efecto, cualquier pago efectuado a Telefónica por deudas anteriores al 21 de agosto de 2002 supone una efectiva extinción de obligaciones de RSL y por ello generaría una situación de privilegio a Telefónica, acreedor al que no le corresponde tal privilegio por cuanto su crédito debe estar sometido a las reglas de control de la suspensión de pagos.

Tal y como ha señalado abundante jurisprudencia, los efectos del estado de la suspensión de pagos se generan desde el mismo momento en que es admitida a trámite la solicitud del deudor (el día 21 de agosto de 2002, en el caso que nos ocupa) y esta situación procesal y sustantiva subsiste íntegramente cualquiera que sea la calificación de aquélla, al no venir afectada por la declaración de insolvencia provisional o definitiva que finalmente se dicte por el juez competente.

Desde el momento en el que se admite a trámite la suspensión de pagos, surge una situación especial que afecta al crédito de Telefónica de España existente a esa fecha, el cual, al integrarse en la colectividad de la masa, pierde su singularidad y características propias y se ve afectado por los avatares y concurrencias circunstanciales del procedimiento judicial iniciado, con la necesaria subordinación al interés común, tal y como establece la Ley de 26 de julio de 1922.

De este modo, ha de señalarse que el Resuelve Tercero de la Resolución impugnada al indicar que *“Telefónica de España, S.A.U. deberá efectuar dicha*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

implantación operativa en el plazo de diez días naturales, plazo que se computará a partir de la fecha en que Redes y Servicios Liberalizados, S.A. regularice los pagos pendientes con Telefónica por servicios de interconexión y otros recursos de red previamente consumidos”, contrariamente a lo señalado por la recurrente, no está obligando a RSL a abonar a Telefónica el importe de la deuda anterior al 21 de agosto de 2002. Ciertamente ello contravendría lo establecido por la normativa vigente concursal, la cual no admite la posibilidad de que el suspenso pague deudas no ejecutables por el momento ni que los interventores autoricen tal pago. En definitiva, la suspensión de pagos exige y determina el derecho del deudor a no verificar el pago hasta que en uno u otro sentido quede terminado y resuelto el expediente de regulación de la suspensión de pagos.

De ello resulta que, en virtud de la Resolución ahora impugnada, Telefónica de España no estaría obligada a implementar operativamente la interconexión por capacidad hasta el momento en el que (i) se encuentre al corriente de los pagos a Telefónica por interconexión y otros recursos de red posteriores al 21 de agosto de 2002 y (ii) haya abonado las deudas anteriores al 21 de agosto de 2002 según las reglas establecidas finalmente en el proceso judicial de suspensión de pagos que se sigue en la actualidad.

Por todo lo anterior, procede desestimar la petición de aclaración realizada por la recurrente en el sentido por ella señalado en el primer petitum de su escrito.

Segundo.- Sobre el alcance de la regularización de los pagos pendientes a Telefónica.

No obstante lo anterior, debe analizarse a partir de este momento la procedencia o no de lo establecido por el dispositivo Tercero de la Resolución ahora impugnada al hacer depender la obligación de Telefónica de implementar operativamente la interconexión por capacidad con RSL del hecho de que esta entidad haya pagado previamente a Telefónica todas las deudas derivadas de la prestación de los servicios de interconexión y afines, tanto las sujetas a las reglas del procedimiento judicial de suspensión de pagos como las no sujetas.

En este orden de cosas, ha de indicarse en primer lugar que ni la admisión a trámite de la suspensión de pagos, ni su declaración, producen en el deudor (esto es, RSL) ninguno de los efectos personales inmediatos que origina la declaración de quiebra, pues conserva la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios, con las limitaciones que establezca el Juez que tramite la suspensión de pagos presentada y contando siempre con la concurrencia de los interventores para determinadas obligaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La finalidad perseguida por la Ley de Suspensión de Pagos de 22 de junio de 1922 es evitar la destrucción y desmembración del patrimonio del deudor. Por ello, cualquier actuación de esta Comisión ha de resultar coherente con la misma y, en este sentido, la decisión adoptada no debe depender del posible ejercicio de acciones individuales contra el deudor o de la dotación de preferencia a determinados créditos respecto de los restantes de igual condición; ambos efectos están prohibidos respecto de un deudor y un acreedor sujeto al régimen de la suspensión de pagos, como es el caso de RSL y Telefónica de España.

Siguiendo la doctrina jurisprudencial establecida al respecto, ha de señalarse el carácter preventivo del que está dotado el procedimiento de suspensión de pagos, carácter cautelar que permite al suspenso (RSL, en el presente caso) restaurar la normalidad en su gestión comercial y económica. Por ello, frente a lo señalado en la resolución impugnada, la intervención de esta Comisión para la resolución del conflicto de interconexión surgido entre Telefónica de España y RSL debe preservar el orden lógico establecido por la normativa vigente con carácter general para las suspensiones de pagos y por la providencia de admisión a trámite de la suspensión de pagos presentada por RSL, en concreto para el caso que nos ocupa.

Un ejemplo de la normalidad que la normativa vigente insta en la suspensión de pagos, a diferencia de la quiebra, queda reflejado en el hecho de que el suspenso conserva la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios, únicamente con las especiales limitaciones que exigen el concurso de los interventores para determinadas operaciones.

La normalidad de la actividad comercial que se predica desde la admisión judicial de la suspensión de pagos de RSL, también debe ser predicable respecto de los derechos y obligaciones que se reconozcan al suspenso a partir de ese momento. La Comisión como entidad competente para fijar, en la resolución del conflicto planteado, las condiciones de prestación del servicio de interconexión por parte de Telefónica de España, también ha de tener en cuenta el beneficio que las mismas supondrán para el suspenso y para sus acreedores, entre los que se encuentra Telefónica de España.

En concreto, cumple señalar que las concretas condiciones en las que Telefónica de España, S.A.U. preste sus servicios de interconexión no resultan baladíes puesto que partiendo de que la interconexión es un recurso que resulta imprescindible para que RSL pueda prestar los servicios de telecomunicaciones para los que está autorizado. Así pues, ante esta situación de suspensión de pagos, al resolver el conflicto de interconexión planteado, esta Comisión debe fijar las condiciones de interconexión que resulten más beneficiosas para el deudor y para el interés común de la masa de los acreedores (entre los que se incluye Telefónica de España, S.A.U.) siempre que las mismas no impliquen una carga no razonable para Telefónica como prestadora de los servicios al suspenso.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Únicamente de este modo no se contravendrán las finalidades que establece la Ley de 22 de junio de 1922 respecto al suspenso, esto es, la conservación del patrimonio del suspenso y el mantenimiento de su empresa.

En efecto, ha de recordarse que mediante Resolución de 21 de noviembre de 2002 se resolvió el conflicto de interconexión planteado por Telefónica de España, S.A.U. solicitando la autorización para resolver el vigente Acuerdo General de Interconexión con Redes y Servicios Liberalizados, S.A. por impago de servicios de interconexión previamente consumidos, y para desconectar ambas redes. En la citada Resolución, esta Comisión determinó que en tanto en cuanto no se concluyera el procedimiento judicial de suspensión de pagos de RSL, la autorización a Telefónica para rescindir el AGI y desconectar su red de la de RSL como consecuencia de impagos anteriores al 21 de agosto de 2002 habría de suspender sus efectos hasta que la misma volviera a ser ejecutable de manera individualizada por Telefónica. Esto es, se autoriza a Telefónica a resolver el AGI o suspender temporalmente la interconexión con la red de RSL, únicamente si desde que vuelva a ser ejecutable de manera individualizada la deuda integrada en la masa pasiva de la suspensión de pagos, Telefónica requiere a RSL el pago y ésta no satisface la citada deuda en el plazo de 5 días naturales. Mediante Resolución de esta Comisión de 7 de enero de 2003 se ha mantenido este criterio desestimando íntegramente el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España.

Así, una vez reconocido el derecho de RSL a no tener suspendida temporalmente su interconexión con la red de Telefónica y a mantener vigente el AGI suscrito entre ambas entidades, corresponde en el presente procedimiento establecer si las condiciones de prestación de la interconexión que ya está prestando Telefónica de España (y a lo que está obligada, según Resoluciones de esta Comisión dictadas en el expediente RO 2002/7245) incluyen la interconexión por capacidad solicitada por RSL. En este sentido, ha de tenerse en cuenta la finalidad de continuidad de la actividad del empresario suspenso que tiene la suspensión de pagos en la vigente normativa. Para obtener tal continuidad en condiciones que beneficien al suspenso y a los acreedores, han de darse las condiciones más favorables para el suspenso. Por ello, se estima que el procedimiento judicial de suspensión de pagos en el que está inmerso RSL no justifica la no implantación operativa de la interconexión por capacidad en los términos establecidos en la resolución impugnada.

Asimismo, procede estimar que Telefónica de España, en su consideración de operador dominante, debe facilitar a RSL interconexión en condiciones de no discriminación respecto de los restantes operadores. Por ello, los créditos de Telefónica de España que han de incluirse en la masa de acreedores de la suspensión de pagos de RSL, por seguir su procedimiento judicial específico, no pueden ser condicionantes del reconocimiento del derecho de RSL a recibir la interconexión por capacidad de Telefónica implementada operativamente en los términos establecidos por la Resolución impugnada, máxime teniendo en cuenta que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tanto en el momento en el que RSL solicitó a Telefónica la implementación de la interconexión por capacidad en su modalidad voz+datos como cuando, posteriormente, por parte de esta Comisión se dictó medida cautelar obligando a Telefónica a implementar dicha modalidad o, en su defecto, facturar como si estuviera implementada, RSL no se encontraba en situación concursal.

Por otra parte, cierto es que la admisión a trámite de la suspensión de pagos presentada por RSL no produce la incapacidad de esta entidad para contraer obligaciones, pues el suspenso conserva la administración de sus bienes.

Respecto a los servicios de interconexión prestados por Telefónica de España a partir del 21 de agosto de 2002, debe señalarse que los mismos generan importes que han de ser abonados por RSL. Sin embargo, estas obligaciones no se conceptúan como obligaciones contra la masa, sino de la masa, es decir, una vez constituida ésta como conjunto de derechos y obligaciones al inicio de la suspensión. En el caso que nos ocupa, los créditos de Telefónica de España posteriores al 21 de agosto de 2002 no han de figurar en modo alguno en la relación de acreedores de la suspensión de pagos y por tanto sí resultan ejecutables en este momento.

No obstante, una vez dictaminado por esta Comisión (Resolución de 21 de noviembre de 2002) la suspensión de efectos de la interrupción temporal de la interconexión o resolución del AGI por parte de Telefónica, los importes por interconexión surgen y surgirán tanto si la interconexión es facturada en términos de tráfico por minuto como si se factura en términos de capacidad contratada; por ello ha de indicarse que el riesgo de impago de RSL a Telefónica no se incrementa ante la circunstancia de que esta entidad preste operativamente o no servicios de interconexión por capacidad, máxime teniendo en cuenta que con independencia de esta implementación operativa, ya Telefónica está obligada a facturar sus servicios de interconexión como si estuvieran siendo prestados bajo la modalidad de capacidad.

Corresponde en este momento resaltar que actualmente RSL tiene constituida una garantía (depósito notarial en metálico) a favor de Telefónica de España que responde ante *“un impago de facturas vencidas y exigibles de Telefónica de España, S.A.U., giradas a RSL por servicios de interconexión prestados por Telefónica que se deriven del tráfico cursado, instalación y alquiler de circuitos u otros recursos de red con posterioridad al 21 de agosto de 2002”*. Así se ha acreditado ante esta Comisión mediante aportación del Acta Notarial 1072 otorgada el día 14 de agosto de 2002 y modificada el día 8 de octubre de 2002, en atención a lo dispuesto por esta Comisión mediante Resolución de 3 de octubre de 2002. Por tanto, la citada garantía responde ante Telefónica de España y hasta la cuantía determinada (actualmente, 580.671,56 Euros), por deudas en que pudiera incurrir RSL por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

determinados servicios que preste Telefónica con posterioridad al día 21 de agosto de 2002.

Respecto a la cuantía de la garantía del aseguramiento del pago de los servicios de interconexión que ha sido determinada inicialmente por esta Comisión, ha de indicarse que la misma está basada en la media de las cantidades totales facturadas al operador en los últimos tres meses anteriores a su exigencia. Asimismo, debe señalarse que la garantía establecida, siguiendo lo establecido en la vigente OIR, tiene previsto un procedimiento de revisión mensual de su cuantía para el supuesto de que la cantidad supere en más de un 10% a la facturación media real de Telefónica en los tres últimos meses, salvo si la variación es a la baja, en cuyo caso será RSL el que decidirá si modifica o no el aval.

Por lo que se refiere a los conceptos que quedan incluidos en la garantía del aseguramiento del pago establecida, los servicios incluidos se corresponden con los servicios de interconexión que se deriven del tráfico cursado, instalación y alquiler de circuitos u otros recursos de red y, por tanto, están incluidas todas las cantidades derivadas de los servicios de interconexión por capacidad (cuotas mensuales por enlace de capacidad según el nivel de interconexión en el que se preste el servicio, cuotas por servicios de desbordamiento o encaminamiento alternativo contratados,...) prestados por Telefónica así como todas las indemnizaciones asociadas a los mismos (indemnizaciones por cancelación anticipada de la capacidad y la sustitución o migración anticipada hacia tiempo, indemnizaciones para provisiones erróneas, ...).

Por lo tanto, Telefónica tiene garantizados los importes que se deriven de la prestación de servicios de interconexión por capacidad así como aquellas indemnizaciones que pudieran derivarse de la cancelación anticipada de los mismos por parte de RSL.

Por otra parte, han de analizarse las dos consecuencias adversas que, según señala la recurrente, para ella se derivan de la no implantación operativa de la interconexión por capacidad que recoge la Resolución impugnada:

- a) Dificultad para considerar directamente los tickets (CDRs) de facturación. RSL indica que se impide una correcta consolidación que obliga a RSL a dar por válidos los datos que aporte Telefónica.

Sin embargo, por parte de esta Comisión ha de señalarse que en los apartados II.4 y II.5 de los Fundamentos de Derecho (Registros íntegros del tráfico de interconexión y Aclaraciones sobre facturación en tanto no esté operativa la interconexión por capacidad) así como en el Resuelve Quinto de la Resolución impugnada, se establece claramente que independientemente de que la implantación efectiva de la interconexión por capacidad esté realizada o no, es



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

precisa la utilización de los registros íntegros del tráfico. Por tanto, incluso en el caso de que la implantación no se haya hecho efectiva, esta Comisión ha entendido en la citada Resolución que los operadores deberán intercambiar los ficheros de consolidación en los plazos fijados.

- b) Imposibilidad de realizar el desbordamiento tal y como se describe en el apartado 9.5 de la Oferta de Interconexión de Referencia vigente.

Esta Comisión coincide con RSL en que la falta de implementación operativa del modelo de interconexión por capacidad impide a RSL a utilizar de manera sencilla el desbordamiento sobre la red de otros operadores como alternativa para terminar su tráfico, ya que no es posible que la central frontera de RSL detecte con exactitud el nivel de ocupación del haz de capacidad.

En otro orden de cosas, tal y como señala la recurrente, la implementación del modelo de interconexión por capacidad hace incurrir en costes a los operadores interconectados. Estos costes serán más o menos importantes dependiendo de los sistemas de operación y del procedimiento que se realicen en cada red. Tal y como establece la OIR vigente, cada operador ha de asumir el coste que se derive de la implantación en operativa. Por ello, en ningún momento esta Comisión puede considerar que los costes de implantación del modelo de interconexión por capacidad en una red sean sufragados por el operador que se interconecte a dicha red, por lo que no procede valorar como alternativa que RSL pague los costes de los sistemas de Telefónica, aunque fueran justificados detalladamente por este operador.

En definitiva, la dificultad de RSL para utilizar el desbordamiento sobre la red, unida a otras circunstancias negativas que se derivan para RSL de la no implementación operativa de la interconexión por capacidad en los términos resueltos por la resolución impugnada, no resultan proporcionales a los posibles costes en los que incurre Telefónica al implementar esta modalidad. Por tanto, ha de convenirse en la necesidad de obligar a Telefónica a la citada implantación operativa.

De este modo, teniendo en cuenta, por una parte, la situación concursal en la que actualmente se encuentra RSL y, por otra parte, que con posterioridad a la fecha de admisión a trámite de la suspensión de pagos (21 de febrero de 2002) han surgido créditos a favor de Telefónica de España por la prestación del servicio de interconexión u otros elementos de red, que no se encuentran sujetos a las reglas de la suspensión de pagos (esto es, ejecutables individualmente), resulta razonable a esta Comisión condicionar la implementación operativa de la interconexión por capacidad en los términos recogidos en la resolución impugnada únicamente a la regularización de los pagos pendientes con Telefónica por servicios de interconexión y otros recursos de red que no se encuentren sujetos a las reglas de la suspensión de pagos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Una interpretación sistemática y acorde con la normativa aplicable a la actual situación concursal de RSL lleva ineludiblemente a esta Comisión a tomar en consideración únicamente la regularización de deudas posteriores a la fecha de admisión a trámite de la suspensión de pagos (21 de agosto de 2002) para establecer la obligación de Telefónica de España, S.A.U. de implantar operativamente la interconexión por capacidad en los términos establecidos en la propia Resolución ahora impugnada.

En apoyo de esta decisión ha de argumentarse que en todo caso está prevaleciendo la finalidad perseguida por la Ley de Suspensión de Pagos de evitar la destrucción y la desmembración del patrimonio del deudor, el cual conviene mantener intangible como garantía común de todos los acreedores afectados. En este sentido, debe insistirse en que Telefónica de España no resulta ser prestador de un servicio de entidad menor para el desarrollo de la actividad de RSL sino que el mismo constituye la base de la prestación de todos sus servicios en virtud del título habilitante que ostenta.

Por todo lo anterior, ha de concluirse que a los efectos de mantener las condiciones de no discriminación en las que debe facilitar la interconexión Telefónica de España, en su consideración de operador dominante, a RSL en relación con sus competidores y en aras del interés del suspenso y del interés común de los acreedores (entre los que se encuentra Telefónica), procede estimar parcialmente el recurso presentado modificando desde la fecha de la presente Resolución el Resuelve Tercero de la resolución impugnada a los efectos de entender que Telefónica de España, S.A.U. deberá efectuar dicha implantación operativa en el plazo de diez días naturales, plazo que se computará a partir de la fecha en que Redes y Servicios Liberalizados, S.A. regularice los pagos pendientes con Telefónica por servicios de interconexión y otros recursos de red prestados con posterioridad al 21 de agosto de 2002, no integrados en la masa pasiva de la suspensión de pagos.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Primero.- Desestimar la solicitud de Redes y Servicios Liberalizados, S.A. de que por esta Comisión se dicte Resolución complementaria o aclaratoria de la Resolución de esta Comisión de fecha 17 de octubre de 2002 sobre el conflicto de interconexión entre Redes y Servicios Liberalizados, S.A. y Telefónica de España, S.A.U. sobre la incorporación de un modelo de interconexión por capacidad al Acuerdo General de Interconexión entre ambas entidades, en el sentido expuesto por la recurrente en el primer punto del suplico de su escrito.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- Estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto por Redes y Servicios Liberalizados, S.A. impugnando la Resolución de esta Comisión de fecha 17 de octubre de 2002 sobre el conflicto de interconexión entre Redes y Servicios Liberalizados, S.A. y Telefónica de España, S.A.U. sobre la incorporación de un modelo de interconexión por capacidad al Acuerdo General de Interconexión entre ambas entidades, según lo establecido en la Oferta de Interconexión de Referencia vigente, modificando desde la fecha de la presente Resolución el Resuelve Tercero de la resolución impugnada a los efectos de entender que *“Telefónica de España, S.A.U. deberá efectuar dicha implantación operativa en el plazo de diez días naturales, plazo que se computará a partir de la fecha en que Redes y Servicios Liberalizados, S.A. regularice los pagos pendientes con Telefónica por servicios de interconexión y otros recursos de red prestados con posterioridad al 21 de agosto de 2002, no integrados en la masa pasiva de la suspensión de pagos.”*

Tercero.- Significar a RSL que los costes de implantación del modelo de interconexión por capacidad en una red no deben ser sufragados por el operador que se interconecte a dicha red, por lo que no procede valorar como alternativa que RSL pague los costes de los sistemas de Telefónica.

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 el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse 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 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vº. Bº. EL PRESIDENTE,

EL SECRETARIO,

Carlos Bustelo García del Real.

José Giménez Cervantes.