



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 25 de octubre de 2001, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR LA ENTIDAD COLT TELECOM ESPAÑA, S.A. SOCIEDAD UNIPERSONAL EN RELACIÓN CON LOS PROCEDIMIENTOS DE RESOLUCIÓN DE LOS ACUERDOS DE INTERCONEXIÓN POR IMPAGO O FALTA DE AFIANZAMIENTO.

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DE ESTA CONTESTACIÓN.

Con fecha 12 de junio de 2001, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión consulta formulada por la entidad COLT TELECOM S.A. Sociedad Unipersonal (en adelante COLT TELECOM) planteando diferentes cuestiones en relación con los procedimientos que debiera seguir un operador para proceder a la resolución unilateral de un Acuerdo General de Interconexión (en adelante, AGI) ante el incumplimiento de la otra parte firmante del Acuerdo.

En su escrito expone lo siguiente:

- Que COLT TELECOM, como titular de licencias individuales de tipo B1 y C1, tiene suscritos acuerdos de interconexión con un gran número de operadores.
- Que actualmente muchos de los operadores que tienen firmados acuerdos de interconexión con COLT TELECOM están incumpliendo sus obligaciones de pago de facturas emitidas y ya vencidas en concepto de estos servicios. Que el impago reiterado de servicios de interconexión consumidos por un operador obligan a COLT TELECOM, una vez



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

requeridos los pagos, a plantearse la resolución de los acuerdos, siguiendo el procedimiento previsto en el contrato firmado entre las partes.

- Que dada la repetición de las situaciones descritas, COLT TELECOM pone en conocimiento de esta Comisión el procedimiento que pretende seguir para proceder a la resolución de los acuerdos con los operadores que no respondan a los requerimientos de pago por el servicio de interconexión o a los requerimientos de aumento del depósito de garantía de pago de las facturas.

Expuestos los hechos anteriores y tras proponer el modelo de actuación que pretendían establecer, COLT TELECOM solicitó de esta Comisión informe sobre esta cuestión.

La presente contestación tendrá por objeto las siguientes cuestiones:

- a) Procedimiento adecuado para proceder a la resolución de los Acuerdos de Interconexión entre operadores por incumplimiento de sus obligaciones esenciales y, especialmente, ante la falta de pago; y
- b) Afianzamiento de las obligaciones en los Acuerdos de Interconexión y procedimientos para la modificación de la fianza ante la modificación de las condiciones que motivaron su inclusión.

II. COMPETENCIA DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES PARA RESOLVER ESTA CONSULTA.

Las cuestiones que son objeto de la consulta que COLT TELECOM plantea a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se refieren esencialmente a la interpretación de la normativa de telecomunicaciones. En este sentido, el artículo 29.2 a) del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, establece que es función de esta Comisión la resolución de las consultas que puedan formularle, entre otros, los operadores de redes y servicios de telecomunicación.

COLT TELECOM, como señalaba en su escrito, y según figura en los Registros que al efecto se llevan en esta Comisión, figura inscrito como titular de una Licencia Individual de tipo B1 y otra Licencia Individual de tipo C1, por lo que tiene la consideración de operador.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

III. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS AGI.

En diferentes Resoluciones de esta Comisión se ha abordado el problema de la naturaleza jurídica de los acuerdos de interconexión¹, llegándose a la conclusión de que estos acuerdos gozan de una doble naturaleza pública y privada como instrumento regulador de las relaciones entre dos operadores que disfrutan y soportan, a un tiempo, un derecho y una obligación de interconexión, indisponible unilateralmente.

Así, el artículo 22.1 de la LGTel y el artículo 2.1 del Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, que aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la Interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración (en adelante, Reglamento de Interconexión) establecen que los titulares de redes públicas de telecomunicaciones quedan obligados a facilitar la interconexión de éstas con las de todos los operadores del mismo tipo de redes y servicios telefónicos disponibles al público que lo soliciten, con lo que se configura la interconexión como un deber y al mismo tiempo un derecho: los operadores están obligados a facilitar la interconexión si otros operadores se lo solicitan y, al mismo tiempo, tienen derecho a solicitar y obtener la interconexión de los demás.

Una vez establecido este principio, el artículo 22.2 de la LGTel dispone que *«los acuerdos de interconexión se celebrarán libremente entre las partes»*, y que el Gobierno podrá establecer reglamentariamente, con carácter previo a la interconexión, las condiciones mínimas que sean aplicables a dichos acuerdos, condiciones que habrán de incluirse en los mismos. En el número 7 del mismo artículo 22 abunda en esta idea al establecer que el Gobierno, reglamentariamente, fijará las condiciones mínimas relativas a la interconexión.

Es decir, que se configura la interconexión como una cuestión de carácter contractual a acordar libre y privadamente entre las dos partes, y al Acuerdo General de Interconexión (AGI) como un contrato privado entre las mismas.

Por tanto, el AGI suscrito entre dos operadores, en tanto que nace de la libertad contractual de las partes y es negociado libremente entre ambas, presenta una naturaleza jurídico-privada. En concreto, se conceptúa como un contrato de arrendamiento de servicios en el que, según lo señalado en el artículo 1544 del Código Civil (en adelante Cc), una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto.

¹ Entre otras, la Resolución de 12 de julio de 2001 sobre la denuncia de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra ALÓ COMUNICACIONES por distintos comportamientos en materia de cumplimiento del Acuerdo General de Interconexión en vigor entre ambas operadoras.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin perjuicio de lo anterior, y aún afirmándose su naturaleza jurídico-privada, los AGI presentan diversas especialidades que hacen indisponible para las partes determinadas cuestiones. Así, por ejemplo, la prestación del consentimiento que se manifiesta, conforme al artículo 1262 Cc, por el concurso de la oferta y la aceptación de la cosa y de la causa, puede ser sustituida por un acto administrativo en el que incluso se determinen las condiciones efectivas del acuerdo. En este sentido, dispone el artículo 22.3 de la LGTel que *«habiéndose agotado las posibilidades de acuerdo al respecto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá exigir que se haga efectiva la interconexión y, cuando proceda, establecer las condiciones para la misma»*. No obstante, señala el mismo artículo que *«la intervención de la Comisión, en este caso, deberá ser la estrictamente necesaria para conseguir alcanzar el objetivo de proteger los intereses públicos y se realizará de oficio o a instancia de los usuarios y previa audiencia de las partes afectadas»*.

Por tanto, conforme a lo anterior, se extrae que las partes son libres para acordar la interconexión pero no para manifestar su negativa unilateral a la misma cuando alguna de ellas esté interesada en obtenerla, o lo que es lo mismo, que al configurarse la interconexión como una obligación, el operador no interesado en la prestación del servicio, podrá verse constreñido por un acto administrativo que emane de esta Comisión y que asegure el cumplimiento de la obligación de interconectar las redes.

Además de la posibilidad de que la Comisión sustituya la prestación del consentimiento de alguna de las partes, se incluyen otros límites legales a la libertad de pactos reconocida por el Derecho privado, como es la inclusión obligatoria de determinadas cuestiones en el contenido del AGI, establecidas reglamentariamente en el artículo 8 del Reglamento de Interconexión y, en general, en el Título II del mismo Reglamento.

Excepcionalmente, la Comisión queda también habilitada para dictar instrucciones a las partes que hayan celebrado un acuerdo de interconexión, instándolas a su modificación, cuando su contenido pudiera amparar prácticas contrarias a la competencia o resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios (artículo 22.2 de la LGTel y artículo 2.6, párrafo 3º, del Reglamento de Interconexión).

Sobre la base de lo dicho hasta ahora se puede mantener sin lugar a dudas la doble naturaleza de los acuerdos de interconexión: presentan un marcado carácter contractual, aunque mitigado por la posibilidad de intervención de la Administración, tanto en la formación y prestación del consentimiento, como en la ejecución de los mismos, y por la existencia de una obligación legal al establecimiento de la interconexión que pesa sobre el operador de redes públicas a quien se hubiera solicitado la interconexión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IV. SOBRE LA RESOLUCIÓN UNILATERAL DE LOS AGI Y LA SUSPENSIÓN TEMPORAL EN LOS CASOS DE INCUMPLIMIENTO.

Partiendo de la doble naturaleza jurídica de los AGI, el estudio de la resolución unilateral de los mismos en los casos de incumplimiento de las obligaciones esenciales, requiere asimismo la adopción de la doble perspectiva pública y privada en la que, además, se tenga en cuenta la falta de previsión de la normativa sectorial al respecto.

Desde el punto de vista del derecho privado, las partes, ante el incumplimiento por una de ellas de las obligaciones esenciales del AGI, quedan asistidas por la facultad resolutoria propia de las obligaciones recíprocas que recoge el párrafo primero del artículo 1124 Cc al señalar que *«la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe»*.

Por su parte, la normativa sectorial de telecomunicaciones no recoge una solución normativa complementaria a la del Derecho privado para la resolución de los acuerdos, por lo que, ante esta carencia, ha de afirmarse la plena aplicación de lo dispuesto en nuestro Cc, salvo en los casos en los que, en el mismo AGI, las partes hayan pactado que, ante un incumplimiento de las obligaciones esenciales del acuerdo, deban acudir a esta Comisión con carácter previo a la resolución. Este es el caso, entre otros, de los acuerdos que nacen de la Oferta de Interconexión de Referencia en la que se recoge esta obligación con carácter previo a la resolución del acuerdo y a la posterior desconexión de las redes, lo que se justifica por la gran importancia de la interconexión con el operador dominante de cara a garantizar el acceso a los usuarios y la interoperabilidad de los servicios de telecomunicaciones.

No obstante lo anterior, ha de tenerse en cuenta que esta Comisión, aún reconociendo que debe actuar en materia de interconexión con sometimiento pleno al principio de intervención mínima al que hace referencia el artículo 25 de la LGTel, no puede dejar de lado las competencias que la normativa sectorial le reconoce para actuar en el mercado en beneficio de los ciudadanos y proteger los intereses públicos, garantizando, entre otras cuestiones la interoperabilidad de los servicios. Estas competencias se materializan en la posibilidad de actuar con posterioridad a la resolución unilateral de los AGI en todos los casos en los que su intervención sea requerida por los usuarios o por la parte que vea resuelto el acuerdo, o de oficio cuando, tras la resolución de un AGI, incluso de mutuo acuerdo, se detecte que dicha resolución afecta a los intereses públicos o a los usuarios. En otras palabras, la facultad resolutoria se reconoce a las partes aunque, en todos los casos, podrá quedar sometida a la fiscalización de esta Comisión, sea de oficio o a instancia de los usuarios o del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operador afectado.

En relación con esto último, ha de tenerse en cuenta que esta Comisión, como Administración Pública que es, tiene la misión general de servir con objetividad a los intereses generales², lo que se concreta en la legislación sectorial en su labor de salvaguardia, en beneficio de los ciudadanos, de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones (artículo 1.Dos.1 de la Ley 12/97, y artículo 4 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones), y en la defensa de «*los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de telecomunicaciones, (...)*» (artículo 3 f) LGTel). Esta previsión normativa trae consigo que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no pueda adoptar una resolución teniendo en cuenta únicamente los términos contractuales de los AGI, sino que ha de velar por que los ciudadanos accedan sin limitaciones a los servicios de telecomunicaciones y que dichos servicios estén soportados en redes interconectadas que les permitan comunicarse entre ellos de manera eficaz. En consecuencia, incluso en los casos en los que el propio AGI prevea su resolución unilateral cuando una de las partes incumpla, esta Comisión no se verá limitada en sus competencias si, una vez efectiva la resolución, se entiende que ésta produce o puede producir efectos negativos para los intereses públicos.

Cuestión distinta a la resolución contractual a la que nos hemos venido refiriendo hasta el momento es la suspensión temporal del Acuerdo que se materializa en la desconexión de redes. La suspensión ha de ser entendida como un estadio previo a la extinción del AGI pero que no tiene que dar necesariamente paso a ésta. En estos casos, la parte que no recibe la contraprestación pactada por los servicios de interconexión prestados, deja de prestar los servicios, de manera que nos encontramos con los efectos propios de la resolución pero sin que ésta se haya producido formalmente. De hecho, la suspensión, y con ella la desconexión temporal de las redes, operaría como un elemento de presión para obtener de la otra parte el cumplimiento de las obligaciones no cumplidas en aquellas situaciones en las que no se quiere adoptar la extinción del AGI. Se conceptúa por tanto como una situación transitoria que devendrá bien en la normalización de las relaciones entre ambas partes, bien en la resolución del acuerdo.

Por lo demás, y siendo la desconexión de las redes el efecto propio de la suspensión de la aplicación del AGI, al igual que ocurre en los casos de resolución, aunque con carácter transitorio, es lógico que aquélla quede sometida a las mismas medidas de control y fiscalización a las que se ha hecho mención para la resolución unilateral de los AGI. De esta manera, si la parte

² Artículo 103.1 de la Constitución Española y 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que ve desconectada su red así lo solicita o si, a la vista de sus efectos, se ven perjudicados los intereses públicos, esta Comisión adoptará las medidas oportunas a los efectos de garantizar el servicio a los usuarios, así como la interoperabilidad de los servicios.

V. SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE GARANTÍAS PARA EL ASEGURAMIENTO DEL PAGO DE LOS SERVICIOS EN LOS AGI Y SU MODIFICACIÓN POSTERIOR POR CAMBIO DE LAS CIRCUNSTANCIAS.

Como se ha puesto de manifiesto más arriba, la LGTel en su artículo 22.2 reconoce a los operadores de redes públicas de telecomunicaciones la libertad de celebrar los acuerdos de interconexión, aunque la autonomía de la voluntad de las partes resulte limitada por la obligación preexistente de interconexión a la que hace referencia el mismo artículo 22 de la LGTel en su número primero y al contenido mínimo que, de conformidad con lo dispuesto en la LGTel y en el Reglamento de Interconexión, debe recoger.

Los límites a la autonomía de la voluntad, sin embargo, no impiden que las partes, con base en el principio de libertad de pactos recogido en el artículo 1255 Cc (en el que se establece que *«los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público»*) puedan fijar las garantías que tengan por convenientes para el aseguramiento del cumplimiento de las obligaciones de ambas. Ahora bien, esta posibilidad queda, como cualquiera de los pactos incluidos en los AGI, sujeta a las competencias que en relación con aquéllos reconoce la normativa a esta Comisión y, en los casos en los que no sea posible llegar a un acuerdo, transcurrido el tiempo establecido en el artículo 2.4 del Reglamento de Interconexión para la negociación del acuerdo o el que a tal efecto hubieran convenido las partes, cualquiera de ellas podrá acudir a esta Comisión para que exija que la interconexión se haga efectiva y, cuando sea necesario, establezca las condiciones para la misma, entre las que, desde luego, puede estar el establecimiento de fianza o garantía.

En este sentido, la Resolución de esta Comisión de 9 de agosto de 2001 sobre la modificación de la oferta de interconexión de referencia de Telefónica de España, S.A.U., ya reconocía que *«condicionar la interconexión a la exigencia de un aval puede estar justificado cuando existan dudas sobre la solvencia crediticia de los operadores»*.

Según señala el párrafo primero del artículo 1822 Cc *«por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste»*. Por su parte, el artículo 1825 Cc establece que *«puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida». La fianza es, en consecuencia, uno de los posibles mecanismos de garantía del cumplimiento de las obligaciones que puede ser incorporado a los AGI.

Cuestión distinta a la introducción de cláusulas o mecanismos de garantía en los acuerdos, será la modificación de estas cláusulas ante un eventual cambio de las circunstancias que las motivaron.

Aplicando las disposiciones propias de nuestro Derecho privado, *«las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos».* De acuerdo con este principio, si en el acuerdo se preveía la modificación de la fianza o del mecanismo de garantía que se hubiera establecido por un cambio de las circunstancias que aconsejaron su establecimiento, ambas partes han de respetar este pacto y, en caso de incumplimiento, habrán de ponerse en marcha los procedimientos que, para estos casos, recoja el AGI en vigor entre las partes, quedando en cualquier caso abierta la posibilidad de solicitar la intervención de esta Comisión. Huelga señalar, no obstante, que respecto de los daños y perjuicios que del incumplimiento de lo acordado se derivaran para una de las partes, habrá de conocer la Jurisdicción ordinaria, puesto que las competencias de esta Comisión alcanzan únicamente hasta la restitución o autorización para resolver el Acuerdo entre las partes, pero no pueden tener efectos reparadores del daño producido.

Cabe también la posibilidad de que el Acuerdo no incluya la posibilidad de modificación de las garantías recogidas en el mismo, en cuyo caso no puede entenderse que concurra un incumplimiento por parte del operador a quien se le solicita la modificación de las mismas. Sin embargo, ante la negativa del operador requerido, puede el interesado en la modificación de las garantías acudir a esta Comisión para que, a la vista de las nuevas circunstancias, resuelva lo procedente sobre la base de sus competencias en la resolución de los conflictos de interconexión entre operadores a las que se refiere el artículo 25 de la LGTel al establecer en su primer párrafo que *«de los conflictos en materia de interconexión de redes si los obligados a permitirla no lo hicieran voluntariamente y de los relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión y de los producidos por el acceso a las redes públicas de telecomunicaciones, 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 seis 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 cualquier caso, visto lo anterior, y aceptada la posibilidad de modificación de las garantías que se hubieran establecido, ha de señalarse que, la negativa a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

establecer garantías o proceder a la ampliación de las ya existentes, no puede entenderse como una obligación esencial del AGI por lo que, al contrario de los que ocurría en los casos de incumplimiento de las obligaciones esenciales, sólo cabría la resolución unilateral del acuerdo en los casos en los que expresamente así se hubiera previsto en el mismo, quedando sometida dicha resolución unilateral al control posterior de esta Comisión cuando así fuera solicitado por la parte que ve resuelto el acuerdo o, de oficio, cuando pudieran verse afectados los intereses públicos.

VI. SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS ACUERDOS DE INTERCONEXIÓN.

La entidad consultante, junto a su solicitud de informe, presentó a esta Comisión una propuesta de procedimiento a seguir para la suspensión/resolución del acuerdo de interconexión ante el incumplimiento de una de las partes. Este procedimiento era el siguiente:

«1. Notificación a la parte deudora requiriéndole su importe y comunicándole que si no se regularizan los pagos pendientes en el plazo de siete días, se desconectará la red interconectada.

»2. Si en el plazo de 7 días no se hace efectivo su importe, puede desconectarse (hasta la regularización de los pagos en el caso de suspensión o definitivamente en el caso de resolución)

»3. Desconexión.

»4. Comunicación por escrito a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en el caso de resolución, no en el de suspensión temporal hasta la actualización de los pagos debidos)».

En relación con el procedimiento propuesto y en atención a los hasta ahora recogido en la presente contestación, ha de señalarse que, si el procedimiento ha sido admitido por ambas partes en el momento de la formalización del Acuerdo, cualquiera de éstas podrá acogerse al mismo ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones esenciales del AGI o de las que como tales expresamente así se hubieran incluido, sin perjuicio de las competencias de esta Comisión en la interpretación y ejecución de los acuerdos y la eventual actuación de ésta, en cualquier momento del procedimiento o con posterioridad al mismo, si la parte afectada así lo solicita, instando un conflicto de interconexión, o de oficio si se entiende que afecta a los intereses públicos. Estas previsiones son idénticas tanto en los casos de desconexión o suspensión temporal como en los de la resolución del acuerdo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

VII. CONCLUSIONES.

Primero.- Que el incumplimiento de las obligaciones que nacen de un Acuerdo de Interconexión, entre las que puede incluirse expresamente la negativa a establecer garantías o a ampliar las establecidas inicialmente, pueden ser causa para que la parte cumplidora proceda a la suspensión temporal o inste la resolución unilateral del Acuerdo de Interconexión, salvo que en el Acuerdo se estableciera la obligación de acudir ante esta Comisión con carácter previo.

Segundo.- Que la resolución o suspensión unilateral de la aplicación de los Acuerdos de Interconexión queda supeditada a razones de interés público que pueden motivar la actuación de esta Comisión en los casos en los que se produzca un perjuicio para los usuarios o se haga peligrar la interoperabilidad de los servicios.

Tercero.- Que, teniendo en cuenta los dos puntos anteriores, el procedimiento propuesto por la entidad consultante, resulta apropiado para proceder a la suspensión o resolución unilateral de los Acuerdos que hubiera suscrito con otros operadores, sin perjuicio de las competencias de esta Comisión para la salvaguarda de los intereses generales.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

José Giménez Cervantes

José Mª Vázquez Quintana