

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ADOPTAN MEDIDAS PROVISIONALES EN EL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN PLANTEADO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. FRENTE A VOIPED TELECOM, S.L.

(CFT/DTSA/338/23)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep Maria Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

Secretaria

D.^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 18 de enero de 2024

De acuerdo con la función establecida en el artículo 6.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la Sala de la Supervisión Regulatoria resuelve:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Escrito de interposición de conflicto de acceso

En fecha 6 de noviembre de 2023 se recibió en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) mediante el cual plantea un conflicto de interconexión contra Voiped Telecom, S.L.U (Voiped), debido al impago de varias facturas correspondientes a los servicios de interconexión prestados por aquella entidad a ésta.

En concreto, Telefónica alega que, ante el impago por parte de Voiped de varias facturas devengadas entre el 27 de febrero y el 27 de octubre de 2023, ambas operadoras acordaron un plan de pagos que Voiped habría incumplido posteriormente.

Por todo ello, Telefónica solicita a la CNMC que autorice la resolución del Acuerdo de Interconexión existente entre ambas operadoras y, en su virtud, la desconexión de los servicios de interconexión prestados por Telefónica a Voiped, así como la adopción de una medida provisional consistente en *“obligar a Voiped a garantizar el pago de los servicios prestados por Telefónica, mediante la constitución de un aval o un sistema de prepago, autorizándose a mi representada a suspender la prestación de los servicios si Voiped no constituyera el aval o efectuase el pago”*.

SEGUNDO.- Comunicación de inicio del procedimiento

Mediante escritos de 20 de noviembre de 2023, se comunicó a Telefónica y a Voiped el inicio del procedimiento administrativo para resolver el presente conflicto, con arreglo a la normativa sectorial y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 21.4 de la LPAC¹, otorgándoles de plazo diez días hábiles para que realizasen las alegaciones que tuvieran por conveniente. A través de dicho acto, se dio traslado a Voiped del escrito presentado por Telefónica y se comunicó a aquel operador la solicitud de medidas provisionales de Telefónica.

Asimismo, en dichos escritos se requirió a los operadores interesados que aportaran determinada información necesaria para la resolución del procedimiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 75.1 de la LPAC.

¹ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/39>

TERCERO.- Contestaciones a los requerimientos de información

Con fechas 29 de noviembre y 5 de diciembre de 2023, tuvieron entrada en el registro de esta Comisión sendos escritos de Telefónica y Voiped por los que daban contestación a los requerimientos de información mencionados en el antecedente anterior.

En su escrito, Voiped formulaba asimismo una serie de observaciones al escrito de interposición del conflicto y la solicitud de medidas provisionales planteada por Telefónica.

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

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y ley aplicable

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. En este sentido, tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), este organismo “*supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas*”, correspondiéndole a la CNMC “*realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre^[2], y su normativa de desarrollo*”.

Según lo dispuesto en los artículos 28 y 100.2.j) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel), este organismo es competente para resolver los conflictos que se susciten, a petición de cualquiera de las partes interesadas, en relación con las obligaciones existentes en virtud de la presente Ley y su normativa de desarrollo entre operadores que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión.

De forma adicional, los artículos 6.4 y 12.1.a) de la LCNMC disponen que esta Comisión es competente para la resolución de conflictos entre operadores en materia de obligaciones de interconexión y acceso.

Por ello, de conformidad con los preceptos citados y en atención a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC, y de conformidad con el artículo 14.1.b)

² Actualmente, la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones. <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/06/28/11>

del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por último, este procedimiento, en lo no previsto por la LCNMC y la LGTel, se rige por lo establecido en la LPAC.

SEGUNDO.- Habilitación legal para la adopción de medidas provisionales

La facultad de dictar medidas provisionales está recogida en los artículos 28.2 de la LGTel y 56 de la LPAC, norma por la cual se rige esta Comisión en el ejercicio de las funciones públicas que la LCNMC y la LGTel le atribuyen para la resolución del procedimiento de referencia.

Así, de conformidad con el artículo 56.1 de la LPAC, la CNMC puede adoptar medidas provisionales en los siguientes términos:

“Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolver, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad”.

Conforme a esa misma disposición, el órgano administrativo competente para dictar las mencionadas medidas provisionales es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.2.e), en relación con el artículo 14, del Estatuto Orgánico de la CNMC.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Medidas provisionales solicitadas por Telefónica

El objeto de la presente resolución es resolver sobre la solicitud de medidas provisionales formulada por Telefónica.

En su escrito de interposición del conflicto, Telefónica ha informado de que tiene firmado un acuerdo mayorista de interconexión con Voiped, en virtud de su solicitud, de fecha 11 de mayo de 2020, de adhesión a la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR-IP)³ (en adelante, el acuerdo mayorista). Dicho acuerdo tiene por objeto la prestación por Telefónica a Voiped (y viceversa) de servicios

³ Oferta de Interconexión de Referencia de Llamadas sobre la Red de Comunicaciones VoIP de Telefónica de España, S.A.U. para Operadores de Redes Públicas de Comunicaciones (OIR-IP 2019).

mayoristas de interconexión entre sus redes, que permiten que Voiped preste sus servicios minoristas en el mercado español.

Como antecedente de este conflicto, Telefónica manifiesta que, desde el mes de junio de 2022, Voiped comenzó a demorarse en el pago de las facturas emitidas por los servicios de interconexión prestados, reuniéndose por tal motivo ambas entidades en fecha 16 de junio de 2023. En esta reunión ambas operadoras llegaron a un acuerdo sobre la constitución de un plan de pagos de las facturas pendientes y vencidas por importe de **[CONFIDENCIAL]**, emitidas entre el 27 de febrero y el 23 de mayo de 2023. Dicho plan consistía en el abono de dicho importe durante la consolidación de dos meses de tráficos en interconexión, hasta la completa extinción de la deuda. Las facturas mencionadas por Telefónica serían las siguientes:

[CONFIDENCIAL]

Según Telefónica, Voiped incumplió dicho acuerdo de plan de pagos -aunque se constata que pagó alguna factura, como la de febrero anterior-, acumulándose además el impago de otras facturas adicionales. A fecha 3 de agosto de 2023 estaban pendientes los siguientes importes:

[CONFIDENCIAL]

El mismo 3 de agosto de 2023 Telefónica remitió un burofax a Voiped requiriendo el pago de las facturas pendientes. Asimismo, requirió a Voiped la constitución de una garantía de pago conforme a lo dispuesto en el apartado 14.2 del acuerdo mayorista.

Con posterioridad a dicho burofax, ambas partes se intercambiaron varios correos electrónicos en los que acordaron el pago de las dos últimas facturas más recientes, en lugar de las más antiguas, efectuando Voiped únicamente el pago de una de ellas. Según Telefónica, a pesar de las comunicaciones emitidas por esta empresa y aportadas al expediente, Voiped no hizo frente al pago de ninguna otra factura.

De este modo, la situación de la deuda existente a fecha de la interposición del conflicto era la siguiente:

[CONFIDENCIAL]

En este contexto, Telefónica ha indicado que ha interpuesto el presente conflicto para solicitar la resolución del acuerdo mayorista con Voiped ante el impago por ésta de los servicios mayoristas prestados por aquélla.

Asimismo, ha solicitado que la CNMC dicte medidas provisionales por las que se obligue de manera cautelar a Voiped a garantizar el pago de los servicios prestados por Telefónica, mediante la constitución de un aval o un sistema de prepago, conforme a lo establecido en el apartado 14.2 del AGI, autorizándose asimismo a Telefónica a suspender la prestación de los servicios si Voiped no constituyera el aval o efectuase el pago.

SEGUNDO.- Requisitos necesarios para la adopción de medidas provisionales

De conformidad con el artículo 56.1 de la LPAC, el órgano competente para resolver el procedimiento podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas cuando ello sea necesario para *“asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”*. Según el apartado 4 del mismo precepto, *“no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”*.

La doctrina y jurisprudencia han sistematizado los presupuestos necesarios para obtener la tutela provisional. Tales requisitos son los siguientes:

- La existencia de apariencia de buen derecho (*“fumus boni iuris”*) o de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida.
- Previsión razonable de la necesidad y urgencia de la medida (*“periculum in mora”*) para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.
- La inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.
- Es necesario que la medida a adoptar sea proporcional e idónea en la ponderación que hace la Administración entre el interés público que trata de satisfacer la actuación administrativa y los posibles perjuicios que se irroguen a los afectados por la misma.

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

TERCERO.- Valoración de la concurrencia de los anteriores requisitos en el presente procedimiento

A. *Fumus boni iuris*

En relación con la apariencia de buen derecho (verosimilitud o apariencia de que el Derecho asiste al eventual beneficiario de la medida), el acuerdo mayorista de referencia fue acordado y firmado libremente entre Telefónica y Voiped en el año 2020, previendo expresamente su cláusula 17.1 como causa de extinción del mismo *“la resolución fundada en el grave incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones esenciales contenidas en este Acuerdo, una vez transcurridos 2 meses desde que la parte cumplidora haya requerido a la otra, por escrito, el cumplimiento de las mencionadas obligaciones”*.

Adicionalmente, la OIR-IP dispone, en su apartado 12, que *“cualquiera de las partes podrá solicitar, conforme a lo previsto en la legislación vigente en cada momento, la desconexión de la red (...) cuando concurriendo alguna de las causas de extinción previstas en la cláusula 17, la naturaleza de ésta haga indispensable la desconexión de la red de alguna de las Partes”*.

Siendo el pago de los servicios mayoristas de interconexión prestados por Telefónica una obligación esencial del contrato a cumplir por el operador alternativo, en el presente caso, Voiped, y habiéndose acreditado el impago invocado por Telefónica así como el requerimiento de pago de las facturas por parte de ésta a Voiped, existe apariencia de buen derecho de que los impagos de las facturas por parte de Voiped suponen un incumplimiento contractual y conllevarían la posible desconexión de los servicios mayoristas de interconexión por parte de Telefónica, tal y como se prevé en el acuerdo general de interconexión y en la OIR-IP.

Sobre la constitución del aval o garantía de pago requerida por Telefónica a Voiped, la OIR-IP, a la que se adhirió Voiped el 11 de mayo de 2020, señala en el apartado 14.2.1 del Anexo V (y, por tanto, forma parte del acuerdo mayorista) lo siguiente:

“Una vez abierta la interconexión VoIP, Telefónica de España podrá exigir su constitución cuando el operador se encuentre en alguno de los siguientes supuestos:

- a. Situación concursal declarada por el juzgado, o al menos solicitada por el deudor.*
- b. Una vez se constate la existencia de un impago sin causa justificada en derecho, o demora en el pago, de una factura emitida por esta entidad,*

relativa a servicios de interconexión VoIP prestados en el marco del presente Acuerdo o a servicios distintos de interconexión VoIP. Para ello, se considera constatada la existencia de un impago o demora en el pago, cuando se emita la factura y se presenta a su cobro conforme a las normas establecidas en el presente Acuerdo”.

Sobre las características y forma de constitución del aval, ha de estarse a lo dispuesto en el apartado 14.2.2 de dicho Anexo V de la OIR-IP, y al apartado 14.2.3 del mismo anexo en lo que se refiere al mecanismo de prepago.

En ambos apartados citados se establece que el importe del aval o del prepago se compondrá de la media de las cantidades totales facturadas al operador en los últimos tres meses correspondientes a los servicios de interconexión que se estén prestando en el marco del AGI.

Como ha acreditado Telefónica, la operadora requirió a Voiped, ante el impago de las facturas, la constitución de un aval, pero Voiped no atendió tal petición.

Voiped alega su disconformidad con la adopción de la medida provisional. En primer lugar, Voipe discrepa sobre la suscripción de un plan de pagos con Telefónica. Debe señalarse a este respecto que dicha discrepancia no es óbice para la adopción de la medida provisional, ya que en el presente caso lo que se ha acreditado por parte de Telefónica es la existencia de unas facturas que han sido impagadas y cuyo impago no ha sido cuestionado por Voiped.

Voiped ha manifestado únicamente su disconformidad con la inclusión entre las cantidades reclamadas de unos importes (en total, unos 75.000 euros) que a su juicio corresponderían a un sobrecoste no tarificable por la falta de notificación por parte de Telefónica de unos tráficos irregulares. En este punto, debe señalarse, que según la propia Voiped, *“la irregularidad de dichas llamadas no ha sido comunicada por Telefónica a Voiped en los meses de diciembre de 2022 a febrero de 2023”*. Pero este aspecto no suprime la existencia de varias facturas impagadas posteriores a esas fechas y sobre las cuáles se calcularía el aval o prepago a constituir, teniendo en cuenta que dichos mecanismos se constituyen según la OIR-IP sobre un período diferente, el de los tres últimos meses facturados, que en el presente caso son los meses de agosto, septiembre y octubre de 2023, según la información aportada por Telefónica. La cuestión de la discrepancia por la existencia de tráficos irregulares será, por ello, objeto de análisis en el procedimiento principal del conflicto.

Sobre la solicitud subsidiaria de Telefónica consistente en la autorización a dicha entidad a la desconexión de los servicios en caso de que Voiped no proceda a la constitución del mecanismo de aseguramiento de pago, debe señalarse que, si bien la OIR-IP no señala nada expresamente para los casos de constitución

de aval, en el caso del prepagado se señala que en caso de no haberse constituido éste, Telefónica podrá acudir a la CNMC y solicitar la desconexión de los servicios. Se entiende no obstante que esta solicitud no ha de otorgarse en vía provisional, pues se adelantaría la decisión principal del procedimiento.

Por tanto, en este marco, concurre el requisito de apariencia de buen derecho en la solicitud principal, y la adopción de la medida provisional relativa a la constitución de un mecanismo de aseguramiento de pago solicitada por Telefónica es conforme a lo establecido en el contrato y a la OIR-IP.

B. *Periculum in mora*

En relación con la necesidad y urgencia de la medida provisional solicitada, debe señalarse que el incumplimiento de la obligación contractual de pago de los servicios de interconexión por parte de Voiped está generando a Telefónica un considerable perjuicio económico (según la operadora alcanza el [CONFIDENCIAL], debido que el impago de las facturas es continuado en el tiempo, lo que provoca el crecimiento exponencial de la deuda.

Así, la continuación de la prestación de servicios de interconexión a Voiped sin que ésta atienda sus obligaciones de pago incrementaría todavía más la deuda existente con Telefónica, lo que justifica que la adopción de la medida solicitada sea necesaria y tenga también carácter de urgente.

Dado lo que antecede, existen por consiguiente razones de necesidad y urgencia que justifican la adopción de la medida provisional solicitada por Telefónica.

C. *Proporcionalidad de la medida*

Debe tenerse en cuenta que Telefónica solicita como medida provisional la constitución de un aval o garantía de pago, que son medidas de aseguramiento del pago ya previstas en la OIR y en el contrato con Voiped.

Dicha medida no ocasiona perjuicios a terceros o usuarios finales, que seguirían manteniendo los servicios prestados por Voiped o bien podrían contratarlos con otro operador.

Dado lo que antecede, se concluye que existen en la presente fase del procedimiento elementos de juicio suficientes que permiten, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.1 de la LPAC, la adopción de la medida provisional solicitada por Telefónica consistente en exigir a Voiped la constitución de un mecanismo de aseguramiento de pago.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en uso de las competencias que tiene atribuidas,

RESUELVE

PRIMERO. Estimar la solicitud de medida provisional formulada por Telefónica de España, S.A.U. en el seno del procedimiento de referencia, concretamente, obligar a Voiped Telecom, S.L.U. a constituir un aval o un sistema de prepago, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.2 del Anexo V de la OIR-IP, que garantice el pago de los servicios prestados por Telefónica de España, S.A.U.

SEGUNDO. Voiped Telecom, S.L.U. deberá comunicar, en un plazo de 10 días hábiles desde la notificación de la presente resolución, si opta por la figura del aval o el prepago, y deberá formalizar uno de los dos, en un plazo de un mes desde la notificación de la presente Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a Telefónica de España, S.A.U. y a Voiped Telecom, S.L.U., haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.