



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 nº 03/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 25 de enero de 2007, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ADOPTA UNA MEDIDA CAUTELAR CONSISTENTE EN LA SUSPENSIÓN A GEMYTEL SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A. DE LOS SERVICIOS DE INTERCONEXIÓN Y CAPACIDAD PORTADORA PRESTADOS POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., MIENTRAS NO ACREDITE EL PAGO DE LAS CANTIDADES DEBIDAS.**

#### I

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 10 de octubre de 2006, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU), en el cual solicitaba la autorización para la resolución definitiva del vigente Acuerdo General de Interconexión (en adelante, AGI), de 26 de diciembre de 2003, suscrito en dicha fecha por la solicitante y la entidad GEMYTEL SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A. (en adelante, GEMYTEL), así como la desconexión de su redes, como consecuencia del impago de las cantidades derivadas de la prestación de servicios de interconexión y de capacidad portadora:

- Según lo expuesto en el escrito de solicitud de TESAU, la deuda vencida que la entidad GEMYTEL mantiene con TESAU, asciende hasta el momento a un total de 508.787,51 euros.
- Asimismo, TESAU alega que GEMYTEL tiene una deuda no vencida que asciende a 6.328,51 euros, por lo que resulta una deuda total de 515.116,02 euros, de los que 26.479,53 euros son en concepto de interconexión y 488.636,49 euros por los servicios de capacidad portadora.
- TESAU ha adjuntado a su escrito de solicitud copias de las Actas de Consolidación y de la relación de las facturas acreditativas de las cantidades impagadas; asimismo ha aportado copias de los requerimientos de pago por escrito a GEMYTEL, mediante facturas periódicas y varias cartas-burofax, la última de las cuáles fue remitida el día 28 de julio de 2006.

Asimismo, TELEFÓNICA solicitaba la adopción de una medida cautelar consistente en obligar a GEMYTEL a constituir un aval en las condiciones establecidas en la vigente



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Oferta de Interconexión de Referencia de TESAU que garantizase las cantidades adeudadas así como las que se adeudasen en el futuro hasta que se emita una resolución definitiva.

**SEGUNDO.-** A la vista de la solicitud presentada por TESAU el 10 de octubre de 2006, esta Comisión, mediante escrito de fecha 30 de octubre de 2006, notificó a las partes la apertura del correspondiente expediente administrativo (con número de referencia RO 2006/1255), y asimismo se requirió a GEMYTEL para que, en un plazo de diez días, formulase las alegaciones y presentase los documentos que tuviese por conveniente con el fin de conocer con más detalle las circunstancias concretas del caso.

**TERCERO.-** Con fecha 27 de noviembre de 2006, se recibió en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de D. Bernabé Noya Mur, en nombre y representación de GEMYTEL, por el que ponía de manifiesto:

- Con respecto del contrato de interconexión: que GEMYTEL ha adoptado una actitud colaboradora con TESAU firmando todas las actas de consolidación sin capacidad de contrastar datos que no coincidían con los suyos, alegando GEMYTE *“puesto que se nos ratifican llamadas a destinos que GEMYTEL tiene prefijado enviar por operadores alternativos”*.

Sin perjuicio de lo anterior, GEMYTEL manifiesta su intención de abonar en fechas próximas la deuda que mantiene con TESAU.

- Con respecto al servicio de capacidad portadora: GEMYTEL manifiesta que no existe contrato con TESAU sobre el referido servicio, y que han sido las siguientes causas las que han dado lugar a la existencia del conflicto:
  - Las numerosas caídas del servicio de capacidad portadora, que han perjudicado de forma directa a los clientes de GEMYTEL, puesto que han sufrido cortes de forma habitual en los servicios de acceso a Internet y de telefonía.
  - Las reclamaciones de incidencias comunicadas a TESAU, sin que hubiera dado contestación a las mismas, ni hubiese abonado cantidad alguna como indemnización por la indisponibilidad de los servicios de capacidad portadora, habiendo sufrido GEMYTEL bajas de clientes finales.
  - La ausencia de facturación correcta, puesto que TESAU ofreció a GEMYTEL una oferta de servicios de capacidad portadora distinta a la que tenía en sus sistemas de facturación, lo que ha ocasionado que TESAU no haya facturado de conformidad con los precios acordados.
  - Que, desde el año 2004, TESAU no ha emitido facturas de acuerdo con los precios pactados. En marzo de 2006, y a instancia de GEMYTEL, TESAU envió regularización de las facturas por importe de 385.000 €, cantidad con la que GEMYTEL le indicó estar de acuerdo, salvo porque debía restar las indemnizaciones por indisponibilidad de los circuitos. Solicitud que aún no ha recibido contestación.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por último, GEMYTEL pone de manifiesto que no tendrá ninguna objeción de cumplir con su obligación de pago, siempre y cuando TESAU abone todas y cada una de las indemnizaciones debidas por las caídas de los servicios de capacidad portadora.

**CUARTO.-** Una vez analizada toda la documentación remitida y por ser necesario para la determinación y conocimiento de los hechos puestos de manifiesto por ambas partes en el marco del expediente, mediante sendos escritos, de fecha 12 de diciembre de 2006, esta Comisión requirió, al amparo de lo previsto en el artículo 78.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), para que en el plazo de diez días, ambas operadoras, remitieran la siguiente información, con aportación de la correspondiente documentación acreditativa (correos electrónicos, faxes, otros ...), en relación a la Oferta de servicios de capacidad portadora:

- ✓ La oferta comercial de TESAU hecha a GEMYTEL.
- ✓ El acuerdo, en caso de existir, entre TESAU y GEMYTEL sobre las condiciones de prestación de los referidos servicios.

**QUINTO.-** Con fecha 9 de enero de 2007, se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU por el cual solicitaba ampliación del plazo inicialmente concedido para la contestación del requerimiento de información efectuado por esta Comisión, de fecha 12 de diciembre de 2006, recibido por TESAU el 29 de diciembre del mismo año.

Asimismo, en el citado escrito TESAU alegaba:

- Que, la difícil situación económica de GEMYTEL ha propiciado que hasta el momento no exista posibilidad de un acuerdo negociado entre ambas partes sobre la deuda objeto de conflicto, a pesar de los continuos contactos mantenidos entre representantes de TESAU y GEMYTEL.
- Que las deudas que la entidad GEMYTEL mantiene con TESAU a día 4 de enero de 2007 asciende a las siguientes cantidades:

Deuda vencida	Deuda no vencida	Deuda total
578.093,04	35.933,46	614.026,50

- Que esta Comisión, autorice la desconexión de las redes de ambos operadores, la resolución del AGI vigente entre TESAU y GEMYTEL, así como declare la obligación de pago por parte de GEMYTEL de las cantidades que adeuda a TESAU en conceptos de interconexión y de capacidad portadora.

Asimismo solicitaba que se acuerde la adopción de la medida cautelar consistente en la constitución, por parte de GEMYTEL, de un aval que garantice el pago de las cantidades adeudadas y de los importes que se devenguen en el futuro.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**SIXTO.-** Con fecha 22 de enero de 2007, se recibió en el Registro de esta Comisión nuevo escrito de TESAU, en el cual presenta las siguientes alegaciones:

- Que desde el 20 noviembre de 2006 al 24 de diciembre de 2006, *“se ha producido un importante incremento de los tráficos cursados por GEMYTEL, resultando una liquidación a favor de TELEFÓNICA DE ESPAÑA por importe de 17.000 euros, de los cuales el 90% (15.000 euros) corresponden al tránsito a móviles.”*
- Que según ha podido conocer TESAU, se ha publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, de fecha 21 de diciembre de 2006, la convocatoria de la Junta General Extraordinaria de accionistas de GEMYTEL para su celebración el pasado 4 de enero, con el siguiente orden del día:
  - Ratificación del acuerdo de disolución y liquidación.
  - Nombramiento de Liquidador.
- Que el 22 de enero de 2007, TESAU ha levantado acta notarial, otorgada por el Notario de Madrid D. Ángel Almoguera Gómez, en el domicilio a efectos de notificaciones de GEMYTEL, fijado en el Acuerdo General de Interconexión suscrito entre ambas operadoras, en calle Isla Marquesas, 25,1º, de Madrid. TESAU manifiesta, que en el citado domicilio no fue posible localizar a ningún representante o empleado de la entidad, al encontrarse estas instalaciones cerradas.
- Que TESAU, a la vista de estos hechos, teme que la deuda pueda continuar creciendo *“y que GEMYTEL pueda disolverse y liquidarse con anterioridad a que esa CMT pueda adoptar una resolución en el presente expediente administrativo.”*
- En consecuencia, TESAU solicita a esta Comisión, que autorice de manera urgente e inmediata *“la medida cautelar consistente en la desconexión de las redes de TESAU y GEMYTEL, permitiendo la resolución del Acuerdo General de Interconexión vigente entre ambas entidades y declarando a su vez la obligación de pago por parte de GEMYTEL de las cantidades que adeude a TELEFÓNICA DE ESPAÑA en concepto de servicios de interconexión y servicios de capacidad portadora (...).”*

## II

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **PRIMERO.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.**

TESAU, en su escrito de 10 de octubre de 2006, planteó ante esta Comisión conflicto de interconexión y acceso frente a GEMYTEL, como consecuencia del impago de las cantidades derivadas de la previa prestación de servicios de interconexión y de capacidad portadora<sup>1</sup>, por el cual solicitaba la autorización para la resolución definitiva

<sup>1</sup> Servicio de capacidad portadora o servicio de alquiler de circuitos punto a punto soportado sobre la red de TESAU que, al igual que los servicios de Interconexión, se consideran un **arrendamiento de servicios** (entre otras, Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en virtud de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del vigente AGI suscrito entre ambas operadoras, de fecha 26 de diciembre de 2003, así como para desconectar sus redes.

Adicionalmente, TESAU solicitaba la adopción de medida cautelar por esta Comisión, consistente en la constitución de aval que garantice las cantidades adeudadas así como las que se adeudasen en el futuro hasta que se emita una resolución definitiva, ante la posible insolvencia de GEMYTEL y el riesgo de no cobrar la deuda que tiene pendiente por lo elevado de su cuantía.

Sin embargo, posteriormente y como consecuencia del conocimiento de la situación de posible disolución y liquidación de GEMYTEL, a través de un escrito de fecha 22 de enero de 2007, TESAU ha solicitado a esta Comisión, la adopción urgente e inmediata de una medida cautelar consistente en la desconexión de las redes de TESAU y GEMYTEL, permitiendo la resolución del Acuerdo General de Interconexión vigente entre ambas entidades y declarando a su vez la obligación de pago por parte de GEMYTEL de las cantidades que adeude a TESAU en concepto de servicios de interconexión y servicios de capacidad portadora.

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*

---

la cual se procede a resolver el conflicto de acceso suscitado entre los operadores IBERBANDA, S.A. y LAMBDANET ESPAÑA, S.A.U. acerca del incumplimiento de la primera (por impago) de los contratos vigentes entre ambos para el suministro de capacidad y el acceso a otros recursos de red, de 27 de marzo de 2003).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*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.”*

### **SEGUNDO.- Habilitación legal para la adopción de medidas cautelares.**

De conformidad con el artículo 48.12 de la LGTel,

*“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”.*

La propia LGTel contempla, de forma específica, esta habilitación dada a la CMT para adoptar medidas cautelares con ocasión del ejercicio de sus funciones relativas a la resolución de conflictos de acceso. En el artículo 14.1 de esta Ley, antes citado, se indica que:

*“Ésta [la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones], 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”.*

Por su parte, el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado mediante Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante, RCMT), habilita a esta Comisión para, en el ejercicio de sus funciones, adoptar de oficio o a instancia de los interesados, una vez iniciado el correspondiente procedimiento, *“las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia (...) de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”.*

Según el mismo artículo 31 del Reglamento de la CMT, dichas medidas cautelares podrán consistir 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.

De acuerdo con los artículos 48.1 de la LGTel y 2 del RCMT, esta Comisión, en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas, adecuará sus actuaciones a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adelante, "LRJPAC"). Así, conforme a las previsiones contenidas en el artículo 72 de la citada LRJPAC, *"iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia 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 entre operadores.

### **TERCERO.- Concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de las medidas cautelares.**

La presente Resolución tiene por objeto adoptar una medida cautelar que asegure el efecto útil de la Resolución que en su día se dicte en el procedimiento iniciado por esta Comisión como consecuencia de la solicitud de TESAU. Esta medida permite a TESAU a proceder automática e inmediatamente, desde la notificación de la presente Resolución, a la suspensión en la prestación de servicios de interconexión y de capacidad portadora a GEMYTEL, hasta el momento en que dicha entidad acredite a TESAU y a esta Comisión el pago de las cantidades debidas, y en todo caso, hasta que se emita la Resolución definitiva del presente procedimiento

En efecto, mientras se tramita el correspondiente procedimiento administrativo, es preciso arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar la efectiva aplicación de la normativa sobre acceso e interconexión, sin perder de vista el bien jurídico protegido por la misma, esto es, el cumplimiento de las obligaciones de retribución tanto de los servicios de interconexión, previamente prestados por TESAU en las condiciones establecidas en el AGI vigente entre ambas partes y por la normativa general y sectorial de aplicación, como de los servicios de capacidad portadora.

De acuerdo con lo manifestado por TESAU, en su escrito de 22 de enero de 2007, esta Comisión ha podido comprobar el anuncio en los Boletines Oficiales del Registro Mercantil, de 17 de octubre y 21 de diciembre de 2006, de la celebración de Junta General Extraordinaria de accionistas de GEMYTEL, con objeto de ratificar los acuerdos de disolución y liquidación de la compañía, nombrar Liquidador y censurar la gestión del Administrador Justo Yacer, al encontrarse dicha entidad incurso en el artículo 260.4 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobada por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, el cual establece que las sociedades anónimas se disolverán *"por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente"*. Sin embargo, esta Comisión aún no ha recibido notificación de la extinción de la personalidad del operador, ni cese en la actividad como explotador de red o prestador de servicios de comunicaciones electrónicas.

Pues bien, teniendo en cuenta la situación de posible insolvencia y dado que existen indicios racionales de la existencia de una elevada cuantía de la deuda líquida, exigible y vencida (578.093,04 euros), cuya montante ha sido acreditado, mediante el envío de copias de las Actas de Consolidación y de la relación de las facturas acreditativas de las cantidades impagadas, no habiendo sido desmentidas por GEMYTEL desde la notificación de inicio del presente procedimiento y hasta la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adopción de la presente medida, y teniendo en cuenta asimismo que la misma pudiera crecer de manera muy notable en los próximos meses, siendo de tal magnitud que las posibilidades de cobro son cada vez menores y dependen del estado de solvencia de la empresa, es preciso que se impida el perjuicio para los intereses económicos de TESAU.

La medida cautelar a adoptar consiste, como ya adelantamos, en permitir a TESAU la suspensión automática en la prestación de servicios de interconexión y de capacidad portadora a GEMYTEL, hasta que dicha entidad acredite a TESAU y a esta Comisión el pago de las cantidades que hasta el momento se adeudan, y en todo caso, hasta que se emita la Resolución definitiva del presente procedimiento.

En el caso de que GEMYTEL acredite el pago de la deuda existente y quisiera reanudar la relación de servicios con TESAU, ésta podrá exigir, como condición para la rehabilitación de los servicios, un sistema excepcional de prepago que garantice el abono de los consumos futuros.

Este sistema de prepago tendrá las siguientes características:

1. Se considerará como cantidad objeto de prepago la facturación media correspondiente a los 6 meses inmediatamente anteriores a la suspensión de los servicios. Dicha cantidad se comunicará a esta Comisión.
2. La cantidad prepagada se calculará mensualmente.
3. Si una vez hecho efectivo el prepago por parte de GEMYTEL, TESAU detectara que el precio de los servicios prestados supera en un 10% a los servicios prepagados, TESAU comunicará esta circunstancia a GEMYTEL y le requerirá para que proceda a la ampliación del prepago en el plazo de 3 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 será comunicado también a la Comisión. Si en los 3 días siguientes al requerimiento no se hubiera procedido a la ampliación del prepago por parte de GEMYTEL, TESAU podrá suspender los servicios entre ambos operadores hasta que el prepago se haya ampliado.
4. El primer prepago deberá hacerse efectivo con una antelación de 3 días al restablecimiento de los servicios por parte de TESAU.
5. La fecha en que deberán hacerse efectivos los siguientes prepagos (exceptuando el primero) será el día 20 de cada mes anterior a aquél en que se prestan los servicios de interconexión y de capacidad portadora que se prepagan o el día laborable inmediatamente posterior al día 20 si éste no fuera laborable.
6. En los meses sucesivos, la cantidad a prepagar se calculará de acuerdo con los criterios anteriores, aunque al no poder ser conocida la facturación del mes en que se realiza el cálculo del prepago (se trata del mes en curso en el momento de realizar este cálculo) esta cantidad se sustituirá por la cantidad que hubiera sido pagada anticipadamente a TESAU<sup>2</sup>.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

7. La cantidad a prepagar será fijada mensualmente en la reunión de consolidación que se celebre conforme a los términos y en la fecha prevista en el AGI en vigor entre ambas partes, sin perjuicio de la presentación de una factura por pago anticipado de los servicios que van a ser prestados en el mes siguiente por TESAU a GEMYTEL con posterioridad a la reunión de consolidación y con al menos tres días laborables de antelación a la fecha en que hubiera de hacerse efectivo el prepago.
8. Si, llegada la fecha establecida para la realización del prepago, éste no ha sido prestado por GEMYTEL, TESAU deberá informar de manera inmediata a esta Comisión de su intención de volver a suspender la interconexión. La suspensión de la interconexión será efectiva el día primero del mes al que correspondiera el prepago no satisfecho.
9. 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 GEMYTEL fuera superior a la que resultara de la consolidación, GEMYTEL abonará la diferencia a TESAU. En caso contrario, es decir, si la cantidad prepagada no cubriera el precio de la totalidad de los servicios prestados por TESAU (impuestos incluidos), GEMYTEL abonará la diferencia.

En ningún caso se reducirá el importe del prepago de un mes como consecuencia y a cuenta del exceso del mes anterior.

10. La regularización de los pagos se realizara en la forma y en los plazos fijados en el AGI para el pago de los servicios de interconexión entre GEMYTEL y TESAU.
11. En el caso en que, transcurrido el plazo fijado en el AGI para el pago de los servicios prestados, GEMYTEL no hubiera procedido a la regularización de los pagos pendientes, TESAU podrá suspender la interconexión entre ambas entidades. La suspensión de la interconexión sólo tendrá efecto el día primero del mes siguiente a aquél en que se produjo el impago. Tan pronto como se produzca el impago de la regularización, se comunicará esta circunstancia a esta Comisión.
12. Esta sistema de prepago se mantendrá hasta tanto la entidad GEMYTEL no acredite encontrarse en situación clara solvencia económica.

---

<sup>2</sup> A modo de ejemplo, el cálculo del prepago correspondiente al mes de marzo de 2007 que, de acuerdo con el procedimiento establecido en esta Resolución, se calcularía en febrero y se haría efectivo en ese mismo mes, se realizaría del siguiente modo: se toman las facturas presentadas por TESAU a GEMYTEL correspondientes a los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2006 y la de enero de 2007. Para completar los seis meses inmediatamente anteriores al mes de marzo al que corresponde el prepago que estamos calculando faltaría incluir la factura correspondiente al mes de febrero. Sin embargo, esta factura no será conocida hasta la reunión de consolidación que se celebrará en marzo, de manera que esta última cantidad será sustituida a los efectos del cálculo de la media por la cantidad prepagada correspondiente al mes de febrero y que se hizo efectiva en el mes anterior. Sumadas las cantidades correspondientes a los 5 meses citados, junto a la correspondiente al prepago del mes de febrero y dividiendo esta cantidad por 6 (es decir, por el número de meses) se obtiene la cantidad a prepagar correspondiente al mes de marzo y que habrá de hacerse efectiva en febrero.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A tales efectos, el artículo 72.1 de la LRJPAC establece que, 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”* y *“si existen elementos de juicio suficientes para ello”*. Según el apartado 3 del mismo precepto, *“no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de imposible o difícil 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 cautelar. Tales requisitos son básicamente 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 necesaria 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.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares indicando que no se produce vulneración de derechos constitucionales siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, se adopten las medidas cautelares por resolución en Derecho y se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes (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 las medidas cautelares solicitadas por TESAU, de los requisitos anteriores.

### **Tercero.1.- Apariencia de buen derecho.**

Como ya se ha expuesto en los Antecedentes de Hecho de la presente Resolución, TESAU, en su escrito de 10 de octubre de 2006, denunciaba el impago reiterado por parte de GEMYTEL de las cantidades derivadas de la previa prestación de servicios de interconexión y de capacidad portadora, tras haber requerido reiteradamente el pago de dicha deuda mediante las correspondientes facturas periódicas y varias cartas-burofax.

Dichas cantidades adeudadas por GEMYTEL a TESAU en función de los conceptos correspondientes a servicios de interconexión y de capacidad portadora prestados entre los años 2004 y 2006, ascienden según TESAU a un total de 515.116,02 euros, cantidad total que se desglosa en los siguientes conceptos:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Servicios de tráfico de interconexión (26.479,53 euros hasta octubre de 2006, si bien documentalmente únicamente ha acreditado hasta julio de 2006);
- Servicios de capacidad portadora (488.636,49 euros hasta octubre de 2006, si bien documentalmente únicamente ha acreditado hasta julio de 2006).

TELEFÓNICA, alega que de la deuda total (515.116,02), 508.787,51 euros son deuda vencida y 6.328,51 deuda no vencida.

En su escrito de 9 de enero de 2007, TESAU viene a manifestar que desde octubre de 2006 hasta el 4 de enero de 2007, la deuda total ha sufrido un incremento de 98.910,48 euros, de los cuales 69.305,53 euros corresponden a deuda vencida y 29.604,95 a deuda no vencida. Por lo que la deuda vencida total, a fecha 4 de enero de 2007, asciende a 578.093,04 euros.

TELEFÓNICA ha justificado documentalmente todos estos extremos aportando copias de las Actas de Consolidación correspondientes a los periodos de mayo y junio, y de junio y julio de 2006, de la relación de facturas impagadas por los diversos conceptos y servicios hasta diciembre de 2006, y de las cartas-burofax remitidas a GEMYTEL requiriendo el pago de las cantidades antes citadas, fechadas los días 23 de mayo de 2006 y 31 de julio de 2006.

Por todo ello, TESAU entiende que GEMYTEL está incumpliendo gravemente una de las obligaciones esenciales contenidas en el AGI vigente entre ambos operadores, y en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula 16.1.4 del mismo, le habilitaba para resolver dicho AGI y para solicitar a esta Comisión autorización para la desconexión de ambas redes una vez transcurridos 2 meses desde el requerimiento de pago, el cual se hizo efectivo mediante las mencionadas facturas periódicas y cartas-burofax.

Una vez analizados los datos y documentación antes mencionada aportadas por TESAU (las Actas de Consolidación, la relación de facturas impagadas, y las cartas-burofax remitidas a GEMYTEL requiriendo el pago), y ante las alegaciones presentadas por GEMYTEL, hay que concluir que existen indicios suficientes para afirmar que existe una deuda vencida, líquida y exigible de GEMYTEL a favor de TESAU.

Las eventuales discrepancias existentes entre ambos operadores, las cuales deberían de ser subsanables de manera bilateral, a pesar de afectar a una parte sustancial de la deuda total, no puede justificar en ningún caso el impago reiterado de deudas, ya que el pago del precio es una condición esencial de cumplimiento de todo acuerdo, como así se refleja en la Cláusulas número 7 “Contraprestaciones económicas”, y número 9.2 “Procedimiento relativo al cumplimiento de los pagos dimanantes del Acuerdo”, así como en el Anexo 2 y 2-C “Facturación y Cobro”, del AGI vigente entre ambos operadores y en el artículo 1544 del Código Civil, el cual establece los arrendamiento de servicios como contratos remuneratorios<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Artículo 1.544 del Código Civil, dispone que “*en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar la obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto.*”



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **Tercero 2.- Existencia de una norma jurídica que permite la adopción de las medidas cautelares en el marco del presente procedimiento.**

Como se ha indicado anteriormente en el apartado segundo de esta Resolución "*Habilitación legal para la adopción de medidas cautelares*", 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 (y en su desarrollo, en el artículo 31 del RCMT), en relación con el artículo 14.1 del mismo texto legal; y en el artículo 72 de la LRJPAC.

### **Tercero 3.- Necesidad y urgencia de la medida cautelar a adoptar.**

La medida cautelar propuesta en el presente procedimiento es necesaria para asegurar la eficacia de la Resolución que pudiera recaer, y su adopción debe de ser urgente para evitar el riesgo de que continúe aumentando sustancialmente la deuda de GEMYTEL, y con ello, el perjuicio económico derivado de dicho impago a TESAU. De los datos aportados por TESAU se puede deducir razonablemente un previsible incremento sustancial de la cuantía de la deuda en los próximos meses, a la vista del aumento ya producido desde octubre de 2006 hasta enero de 2007. Este aumento, producido justo en el momento en que se está procediendo a la liquidación de GEMYTEL, resulta sorprendente, ya que no es razonable que una empresa en liquidación, a punto de desaparecer del tráfico mercantil, no sólo mantenga sino que incremente los servicios que presta a terceros. Si a este incremento en fase de liquidación se le une la circunstancia acreditada por TESAU del cierre de las oficinas de GEMYTEL, es legítimo considerar que el riesgo de impago es muy elevado, por lo que no puede existir duda alguna de la perentoria necesidad de adoptar la medida cautelar.

En caso contrario, de no actuar cautelarmente esta Comisión y con ello no permitir a TESAU la suspensión de los servicios de interconexión y capacidad portadora prestados a GEMYTEL, TESAU se encontraría obligada a seguir prestando estos servicios hasta la resolución definitiva del presente Conflicto de Interconexión (dadas las especiales obligaciones regulatorias a las que está sometida en su condición de operador dominante en los mercados nacionales de telefonía fija y de servicios de interconexión y acceso), sin existir ninguna seguridad de que pudiera cobrar la prestación de los citados servicios en un futuro, además de producirse el hecho contradictorio de verse obligada a subvencionar a un competidor

Por tanto, es preciso que la medida cautelar se aplique, y que se haga de manera inmediata, para garantizar a TESAU que la importante deuda ya existente no se va a incrementar durante la tramitación del presente procedimiento.

### **Tercero 4.- Proporcionalidad e idoneidad de la medida cautelar a adoptar.**

La medida es idónea y proporcional al resultado perseguido, y no supone para GEMYTEL un perjuicio de imposible reparación ni tampoco una violación de derechos amparados en Leyes.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En efecto, la adopción de esta medida cautelar no supone para GEMYTEL un perjuicio de imposible reparación, puesto que lo que se persigue es tratar de evitar que continúen aumentando las cantidades que adeuda, de manera que no pueda hacerse frente a las mismas y con ello siga incumpliendo gravemente las vigentes obligaciones contractuales que tiene con TESAU.

Por tanto, y como consecuencia de todo lo expuesto, esta Comisión debe permitir a TESAU la suspensión inmediata de los servicios a GEMYTEL, hasta que se emita la Resolución definitiva del presente Conflicto de Interconexión o, en su caso, hasta que dicha entidad acredite a TESAU y a esta Comisión el pago de la deuda vencida, momento en el que, si así lo solicitase, se la restituirán los servicios de interconexión y capacidad portadora, condicionada a la constitución de un sistema excepcional de prepago, como garantía de que se podrá atender a la facturación de los servicios que se consuman.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE

**PRIMERO.-** Permitir a TESAU la suspensión inmediata y automática en la prestación de servicios de interconexión y de capacidad portadora a GEMYTEL, hasta que se emita la Resolución definitiva del presente procedimiento o, en su caso, hasta que dicha entidad acredite a TESAU y a esta Comisión el pago de la deuda vencida y exigible existente.

**SEGUNDO.-** La acreditación, del pago de la cantidad anterior, a esta Comisión deberá efectuarse en el plazo máximo de 3 días hábiles, desde que se haya producido dicho pago.

**TERCERO.-** En el caso de que GEMYTEL acredite el pago de la deuda existente y quisiera la restitución de los servicios prestador por TESAU, ésta podrá exigir, como condición para la rehabilitación de los servicios, un sistema excepcional de prepago que garantice el abono de los consumos futuros. Este sistema de prepago tendrá las características determinadas en el FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO, sin perjuicio de que en el procedimiento de revisión de la medida cautelar estas características se puedan variar en función de las circunstancias concurrentes en ese momento o, a propuesta de cualquiera de los operadores, de considerarlas oportunas esta Comisión.

El incumplimiento de la presente Resolución puede ser considerado como infracción muy grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.r de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra los apartados primero y segundo de 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, sin perjuicio de lo dispuesto en el número dos del artículo 58 de la misma Ley.

Se le informa de que contra el apartado tercero de la resolución a la que se refiere el presente certificado no cabe recurso alguno, conforme a los artículos 50.2 y 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera