



## 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 22/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 21 de junio de 2007, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el cual, en relación con el Expediente RO 2006/1255, se aprueba la siguiente

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN SUSCITADO ENTRE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y GEMYTEL SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A. EN MATERIA DE IMPAGO DE SERVICIOS DE INTERCONEXIÓN Y DE CAPACIDAD PORTADORA.**

### 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, ascendía hasta ese momento a un total de 508.787,51 euros.
- Asimismo, TESAU alega que GEMYTEL tenía una deuda no vencida que ascendía a 6.328,51 euros, por lo que resultaría una deuda total de 515.116,02 euros, de los que 26.479,53 euros lo eran en concepto de servicios de interconexión y 488.636,49 euros por los servicios de capacidad portadora.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 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 enviados a GEMYTEL, mediante varias cartas-burofax, siendo la última de las mismas de fecha 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 Oferta de Interconexión de Referencia de TESAU que garantizase las cantidades adeudadas así como las que se adeudasen en el futuro hasta que se emitiera una resolución definitiva.

**SEGUNDO.-** A la vista de la solicitud presentada por TESAU el 10 de octubre de 2006, esta Comisión, mediante sendos escritos del Secretario de esta Comisión, 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 al 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 GEMYTEL *“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:
  - La inexistencia de alternativas a TESAU en relación a estos servicios. Según GEMYTEL, los lugares en los que presta sus servicios son principalmente municipios de Andalucía que no superan los 10.000 habitantes y en los que no existen operadores alternativos a TESAU para la prestación de estos servicios. Por ello, a pesar de haber sufrido continuas caídas de los circuitos de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tecnología SHDSL de TESAU, se ha visto imposibilitada para cambiar de proveedor.

- 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 desde el año 2004, no haya facturado de conformidad con los precios acordados.
- Que, 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.

Por último, GEMYTEL pone de manifiesto que no tendrá ninguna objeción en 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.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**QUINTO.-** Con fecha 18 de diciembre 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, en el que solicitaba poder recibir las alegaciones completas de TESAU, de fecha 10 de octubre de 2006, con objeto de *“realizar alegaciones complementarias a las ya realizadas”*.

Mediante escrito, del Secretario de esta Comisión, de fecha 20 de diciembre de 2006, se procedió a considerar pertinente lo solicitado por GEMYTEL, dándole traslado de copia del escrito de TESAU.

**SEXTO.-** Con fecha 9 de enero de 2007, se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU en el que 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

**SEPTIMO.-** 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, *“en la última Consolidación de los tráficos de Interconexión (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:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 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 (...).”*

**OCTAVO.-** Mediante escrito de fecha 23 de enero de 2007, TESAU vino a dar contestación al requerimiento de información efectuado por esta Comisión, en el cual manifestaba:

- En relación a los servicios de capacidad portadora que presta a GEMYTEL, no le consta en sus archivos a TESAU, la existencia de algún acuerdo firmado, sino únicamente la oferta comercial, de fecha 27 de julio de 2003, junto con la oferta de acceso y transporte, alegando que estas ofertas y los precios incluidos en las mismas, han sido las vigentes para ambas partes desde la citada fecha, habiendo aceptado GEMYTEL las mismas e incluso solicitado, a través de correos electrónicos de fechas 7 y 16 de junio de 2005, la ampliación del contrato de capacidad portadora a varias provincias de Huesca, Zaragoza, Barcelona, Gerona, Lérida y Tarragona, así como la oferta de circuitos de 2 Mb a las nuevas provincias.

En cuanto a las manifestaciones de GEMYTEL, recogidas en su escrito de 27 de noviembre de 2006, en relación a la falta de alternativas diferentes a TESAU para la prestación de servicios de capacidad portadora, TESAU alega que *“es completamente incierta, dada la*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*existencia de múltiples operadores en el mercado (ONO, Jazztel, Renfe, Iberdrola, British Telecom, etc...) para la prestación de estos servicios.”*

Que, en fecha 14 de septiembre de 2004, GEMYTEL remitió un correo a TESAU donde manifestaba, *“que estaba recibiendo ofertas de AUNA y Xtra Telecom para la prestación de estos servicios de capacidad portadora en las provincias de Sevilla y Huelva, por lo que solicitaba una reunión con representantes de TELEFÓNICA DE ESPAÑA para revisar las ofertas vigentes.”*

- Con respecto a la ausencia de facturación correcta, que está de acuerdo en que, a petición de GEMYTEL, en marzo de 2006 TESAU envió regularización de las facturas por la cantidad de 385.000 euros, de acuerdo a los precios establecidos en la oferta comercial de 27 de julio de 2003.
- En relación a la discontinuidad de los servicios de capacidad portadora: TESAU indica que en las continuas reuniones mantenidas con GEMYTEL, nunca manifestó ninguna queja sobre la calidad del servicio prestado, ni le consta alguna reclamación formal hecha por GEMYTEL.

TESAU señala que *“en el último año 2006, GEMYTEL ha registrado únicamente 31 averías (24 por circuitos de capacidad portadora y 7 por servicios RTB y RDSI) de las cuales 18 fueron imputables a GEMYTEL (58,06%) y solamente 13 a TELEFÓNICA DE ESPAÑA (un 41,94%), siendo la duración total (sin descontar las paradas del reloj por horario de GEMYTEL) de todas las averías de escasamente 30 horas.”*

Por tanto, TESAU manifiesta que *“las alegaciones de GEMYTEL (...) carecen de fundamento, al haber TELEFÓNICA DE ESPAÑA procedido al escalado y resolución de las pocas averías sufridas por GEMYTEL en plazos verdaderamente cortos de tiempo y siendo una gran parte de las mismas, responsabilidad del propio GEMYTEL”.*

Finalmente, TESAU añade que *“GEMYTEL tampoco aporta ninguna acreditación documental o de cualquier otro tipo acerca de las supuestas lesiones «directas e indudables de la base de clientes de Gemytel» sufridas como consecuencia de las (ínfimas) averías de los servicios de capacidad portadora.”*

- En cuanto a las indemnizaciones por indisponibilidad de los circuitos, al igual que las reclamaciones por averías, TESAU comenta que GEMYTEL no ha reclamado en las reuniones mantenidas compensación alguna por indisponibilidad de los circuitos de capacidad portadora.

No obstante, TESAU continua diciendo que GEMYTEL le remitió, en fecha 17 de marzo de 2006, una propuesta de liquidación de las





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cantidades pendientes de pago, por los servicios prestados hasta el 1 de marzo de 2006, donde alegaba indisponibilidades de los circuitos de capacidad portadora.

En esa propuesta, se diferenciaba entre *“los incumplimientos absolutos (“Circuitos en los que se ha solicitado baja”), de los relativos (“Circuitos que han mantenido un nivel de disponibilidad aceptable, aunque con errores y cortes de 4 o mas veces por mes”).*

Sin embargo, TESAU considera *“desproporcionada e injustificada la propuesta de liquidar estas presuntas indisponibilidades absolutas y relativas en 43.521,135 euros y 22.674,53 euros, respectivamente, procediendo además a efectuar una incomprensible reducción del 50% y 10% sobre cada dicho tipo de indisponibilidades.*

(...)

*De conformidad como se realiza con el resto de los clientes de los servicios de capacidad portadora, TELEFÓNICA DE ESPAÑA únicamente compensará por incumplimiento de los niveles de estos servicios con la parte proporcional correspondiente de la cuota.”*

- Por los servicios de interconexión, y en cuanto a la alegación de GEMYTEL sobre la no capacidad de contrastar datos de las facturas que no coincidían con los suyos (*“puesto que se nos ratifican llamadas a destinos que GEMYTEL tiene prefijado enviar por operadores alternativos”*), para TESAU es responsabilidad única y exclusivamente de GEMYTEL, dado que esta entidad no ha realizado la inversión oportuna en sus sistemas de información para poder controlar el tráfico derivado de estos servicios. De este modo, GEMYTEL al no adherirse al sistema CODIFI, ha venido aceptando las cantidades facturadas por TESAU.

Que, a pesar de que GEMYTEL, en su escrito de 27 de noviembre de 2006, mostraba intención de abonar en fechas próximas la cantidad de 11.104,44 euros, TESAU no ha recibido dicho abono. Además, la deuda por servicios de interconexión mantenida por GEMYTEL, a fecha 4 de enero de 2007, ha aumentado a 11.712,55 euros.

- Sobre la deuda mantenida: *“GEMYTEL ha reconocido en numerosas ocasiones la deuda que mantiene con TELEFÓNICA DE ESPAÑA, dado que ha firmado las correspondientes actas de Telereunión y Consolidación que reconocían las mismas, así como ha procedido a remitir a mi representada la mencionada propuesta de liquidación por la que GEMYTEL reconoce una deuda con TELEFÓNICA DE ESPAÑA de 247.591,94 euros.*  
(...).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Que las dificultades económicas de GEMYTEL han propiciado que no exista la posibilidad de un acuerdo negociado entre ambas partes sobre la deuda, a pesar de los continuos contactos que según TESAU han mantenido.

Que la deuda que GEMYTEL mantiene, a fecha 4 de enero de 2007, asciende a la cantidad de 614.026,50 euros, de los que 578.093,04 euros corresponden a deuda vencida.

En justificación de las alegaciones realizadas, TESAU aporta, la Oferta de capacidad portadora hecha a GEMYTEL, correos electrónicos mantenidos con GEMYTEL, relación de facturas emitidas pendientes de pago y de las incidencias habidas en los circuitos de capacidad portadora producidas en 2006.

**NOVENO.-** Mediante escrito, de fecha 24 de enero de 2007, TESAU remitió a esta Comisión copia del Acta de Presencia, levantada por el Notario del Ilustre Colegio de Madrid D. Ángel Almoguera Gómez con el número 254 de su protocolo, en el domicilio a efecto de notificaciones de GEMYTEL, en calle Islas Marquesas, 25, 1º de Madrid, la cual da fe de que *“Después de varias llamadas sin que nadie conteste (...). Llamo reiteradas veces a la vivienda situada en la planta primera (objeto de requerimiento) incluso golpeando la puerta con la mano, sin que nadie conteste. Además compruebo que las persianas de la vivienda se encuentran bajadas sin que existan indicios de haber alguien dentro”*.

**DÉCIMO.-** En fecha 25 de enero de 2007, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones emitió una Resolución en virtud de la cual adoptaba una medida cautelar, consistente en permitir a TESAU la suspensión automática de los servicios de interconexión y de capacidad portadora a GEMYTEL, hasta tanto que no acreditara el pago de las cantidades debidas.

**UNDÉCIMO.-** Esta Comisión, tras varios intentos de notificación a GEMYTEL, del requerimiento de información, de fecha 12 de diciembre de 2006 (el cual se consiguió notificar el 11 de enero de 2007, en domicilio distinto al comunicado a efectos de notificaciones a esta Comisión o del inscrito como domicilio social), no ha recibido por parte de GEMYTEL, contestación al citado requerimiento. Igualmente GEMYTEL tampoco ha presentado alegaciones complementarias, tal y como propuso realizar en su escrito de 18 de diciembre de 2006.

**DUODÉCIMO.-** Mediante escritos de fecha 30 de marzo de 2007, con salida de esta Comisión el día 4 de abril de 2007, se ha puesto en conocimiento de los interesados que ha quedado instruido el procedimiento de referencia, y que, como resultado de la instrucción, e inmediatamente antes de la propuesta de resolución, se ha elaborado un Informe preliminar por los Servicios de esta Comisión.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJPAC, se ha conferido a los interesados un plazo de diez días hábiles para que, si a su derecho interesaba, realizaran las alegaciones y presentaran los documentos y justificaciones que estimaran pertinentes. Asimismo, se ha dado traslado de copia del Informe preliminar elaborado por los Servicios de esta Comisión de fecha 3 de noviembre de 2005.

**DECIMOTERCERO.-** Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, D. Pablo Carvajal Gonzalez, en nombre y representación de TESAU, presentó escrito de alegaciones, que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 25 de abril de 2007, en el que venía a poner en conocimiento de esta Comisión su conformidad con las conclusiones del Informe Preliminar de los servicios de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y, solicitaba que se procediera a adoptar con la mayor antelación posible una resolución en el presente expediente administrativo.

**DECIMOCUARTO.-** Transcurrido el plazo conferido en el trámite de audiencia, no se ha recibido en esta Comisión alegación alguna por parte de GEMYTEL.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Habilitación competencial**

En relación con la solicitud de intervención presentada por TESAU, las competencias de esta Comisión para intervenir se derivan de lo dispuesto en la normativa sectorial.

En concreto, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.2, indica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto, entre otras cuestiones, el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y la resolución de los conflictos entre operadores. Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de esta Comisión para actuar en esta materia, recogida en el apartado 3.1etra d) del mismo artículo, que establece que es función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso o interconexión.

El artículo 11.4 de la LGTel establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, 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 del mismo texto legal.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A tales efectos, el artículo 14 de la LGTel señala que conocerá la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo.

Asimismo, el artículo 14 de la LGTel establece que será la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones quien conozca de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de la propia Ley y de sus normas de desarrollo.

### **SEGUNDO.- Objeto del procedimiento.**

El presente procedimiento tiene por objeto resolver el conflicto de interconexión y acceso planteado por TESAU contra GEMYTEL en relación con el incumplimiento, por parte de esta última entidad, de las obligaciones de pago en relación a los servicios de interconexión y capacidad portadora<sup>1</sup> previamente prestados por TESAU.

En concreto en el presente procedimiento TESAU solicita a esta Comisión, que debido al elevado importe al que asciende la cantidad debida por GEMYTEL, así como la situación de posible disolución y liquidación de la citada entidad de la que ha podido tener conocimiento a través de anuncios en el BORME, que 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.

### **TERCERO.- La naturaleza jurídica de los Acuerdos de Interconexión y Acceso.**

Una vez determinada la competencia de esta Comisión para intervenir en el conflicto planteado, y antes de analizar las cuestiones de fondo en él propuestas, es necesario analizar la naturaleza jurídica de los acuerdos de interconexión y acceso con el objeto de, posteriormente, poder determinar las cuestiones que pueden ser objeto de resolución en el mismo, por tratarse de relaciones reguladas en el Capítulo III del Título II de la LGTel (acceso a redes y recursos asociados e interconexión).

#### **A.- Acuerdos de Interconexión**

Los Acuerdos de Interconexión, según se ha puesto de manifiesto por esta Comisión en distintas ocasiones, gozan de una doble naturaleza, pública y privada, puesto que regulan las relaciones entre dos operadores que disfrutan y soportan, a un tiempo, un derecho y una obligación de interconexión.

---

<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**, tal y como se analizará en el Fundamento de Derecho Tercero.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido el artículo 11.2 de la LGTel y el artículo 22.2 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento de Mercados), establecen que *“los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas tendrán derecho y, cuando se solicite por otros operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, la obligación de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, con el objeto de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad”*.

Esta obligación de negociación se completa en el apartado 4 del artículo 11 de la LGTel cuando habilita a esta Comisión para intervenir con objeto de fomentar y garantizar la adecuación del acceso, la interconexión -que constituye un tipo particular de acceso entre los operadores de redes pública- y la interoperabilidad de los servicios. De este modo, si iniciadas las negociaciones a las que se refiere el apartado 11.2 de la LGTel los operadores no alcanzan un acuerdo para interconectar sus redes, esta Comisión puede sustituir la voluntad de las partes de modo que quede garantizada tanto la interconexión como la interoperabilidad de los servicios.

En definitiva, puede afirmarse que la interconexión de las redes públicas de comunicaciones electrónicas constituye un deber y, al mismo tiempo, un derecho: los operadores están obligados a negociar la interconexión si otros operadores se lo solicitan y, al mismo tiempo, tiene derecho a solicitar y a obtener la interconexión de los demás operadores.

Sin embargo, a pesar de estas especialidades, el AGI es un contrato privado. Así, el apartado 3 del artículo 11 de la LGTel, establece que *«no existirán restricciones que impidan que los operadores negocien entre sí acuerdos de acceso e interconexión»*. Por tanto, se afirma la libertad de las partes tanto para negociar las condiciones de interconexión de sus redes como para decidir el contenido de los acuerdos que lleguen a firmar.

El único límite a la libertad de pactos recogida en el Derecho común consiste en la posibilidad de intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la formación de la voluntad contractual de las partes, aunque conforme al principio de intervención mínima que ha de regir la actuación de la Administración, esta intervención sólo se podrá producir en los casos en que esté justificada y tenga por objeto fomentar y garantizar la adecuación de la interconexión, la interoperabilidad de los servicios o la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel.

Por otra parte, en su faceta estrictamente contractual, el AGI es un contrato de arrendamiento de servicios, definido en el artículo 1.544 del C.c. como aquél en que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, sobre la base de su naturaleza contractual, y sin perder de vista las capacidades de intervención que asisten a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (aunque sometidas al principio de intervención mínima), los AGIs quedan sujetos, tanto en su interpretación como en su ejecución, a las normas propias del Derecho común.

### **B.- Acuerdos de Acceso.**

Por lo que respecta a los Acuerdos de Acceso<sup>2</sup> (entendiendo el término “Acuerdo de Acceso” como el que regula la prestación de servicios de suministro de acceso a recursos de red, distintos de los regulados por la OIR: acceso a ancho de banda y capacidad de red, alquiler de circuitos o servicios de capacidad portadora<sup>3</sup>, etc...), al igual que los Acuerdos de Interconexión, se trata de contratos privados, en concreto contratos de arrendamiento de servicios, regulados en el artículo 1.544 del C.c., por lo que las partes firmantes del Acuerdo de Acceso se obligan recíprocamente a prestarse determinados servicios de acceso a cambio de un precio cierto por los mismos.

En consecuencia, establecido el carácter contractual de los Acuerdos de Acceso, al igual que los Acuerdos de Interconexión, éstos se encuentran sometidos a las reglas generales de la contratación civil, sin perjuicio de las particularidades derivadas de la regulación de las comunicaciones electrónicas, en concreto, las facultades de intervención mínima de esta Comisión en la formación de la voluntad de las partes contratantes, según lo establecido en la LGTel.

### **CUARTO.- Reglas generales de la contratación civil aplicables a los Acuerdos de Interconexión y de Acceso entre TESAU y GEMYTEL.**

Centrándonos en los citados acuerdos entre TESAU y GEMYTEL, por los cuales la primera ha estado prestando servicios de interconexión y de capacidad portadora a GEMYTEL, ambos cumplen con todos los requisitos de validez fijados por el Derecho Común, en relación con los contratos, en los artículos 1254 y siguientes del C.c.

En este sentido, establece el artículo 1261 C.c. que no hay contrato sino cuando concurre el consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que por el contrato se establezca.

---

<sup>2</sup> De acuerdo a la definición de Acceso recogida en el Anexo II de la LGTel y según se estableció en la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 27 de marzo de 2003, en virtud de la cual se procede a resolver el conflicto de acceso suscitado entre los operadores IBERBANDA, S.A. y LAMBDANET, 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.

<sup>3</sup> Los servicios de capacidad portadora, se tratan de servicios no regulados que se rigen por acuerdos comerciales entre los operadores y TESAU.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, conforme al artículo 1262 C.c., el consentimiento de las partes contratantes se manifiesta, por el concurso de la oferta y la aceptación de la cosa y de la causa.

El objeto del contrato, conforme al artículo 1271 C.c. puede consistir en la prestación de un servicio siempre que no sea contrario a las leyes o a las buenas costumbres. El objeto de los contratos vigentes entre TESAU y GEMYTEL consiste -con respecto el AGI- en la prestación de servicios de interconexión entre ambas redes (servicios de acceso y terminación, tránsito, de conexión a la red, de interconexión translocal y transmetropolitano y de datófonos), y – con respecto el Acuerdo de Acceso- en la prestación de servicios de capacidad portadora (servicios de conexión y de continuidad con enlaces únicos y con múltiples enlaces)

La causa en los contratos remuneratorios (entre los que se incluye el de arrendamiento de servicios), consiste conforme a lo dispuesto en el artículo 1274 C.c. en *«el servicio (...) que se remunera»*. Por tanto, para ambos operadores, la causa del AGI y de los Acuerdos de Acceso será, el precio que cobran por los mismos, cuando prestan los servicios, y cuando lo reciben, los servicios que les son prestados y por los que pagan el precio. Por tanto, el precio se muestra como uno de los elementos esenciales tanto de los Acuerdos de Interconexión como de Acceso, ya que el contrato de arrendamiento de servicios es necesariamente remuneratorio.

En cuanto a la forma de los contratos, dispone el artículo 1278 C.c. que *«los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en la que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez»*. Por su parte, establece el artículo 1258 C.c., que *«los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley»*.

Precisamente, en relación a la forma, es necesario aclarar la manifestación hecha por GEMYTEL en su escrito de 27 de noviembre de 2006, con respecto a los servicios de capacidad portadora -*“Respecto del servicio (que no contrato ante la ausencia del mismo) de capacidad portadora que mantenemos con TESAU”*- con la que parece dar a entender que no existe un contrato entre GEMYTEL y TESAU en referencia a los servicios citados.

De acuerdo con las alegaciones de TESAU, realizadas en su escrito de 23 de enero de 2007, si bien reconocía la no existencia de un acuerdo firmado con GEMYTEL, adjuntaba la oferta comercial realizada para la citada operadora [CONFIDENCIAL] según sus peticiones, de fecha 25 de julio de 2003, así como correos electrónicos intercambiados entre ambas entidades, en uno de los cuales, de fecha 7 de junio de 2005, GEMYTEL le solicitaba *“Ampliación de/*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contrato de capacidad portadora vigente entre las partes a las provincias de Huesca, Zaragoza, Barcelona, Gerona, Lérida y Tarragona”.

Por tanto, si bien es verdad que, en relación a los servicios de capacidad portadora, ninguna de las partes ha acreditado la existencia de un Acuerdo de Acceso escrito y firmado por a las operadoras, similar al AGI, no se puede negar la existencia de un contrato entre ambas, puesto que tal y como se ha comentado anteriormente, en relación a la forma de los contratos, de acuerdo con el artículo 1278 y 1.258 del C.c., los contratos válidos son obligatorios con independencia de la forma en la que se hayan celebrado, y se perfeccionan por el mero consentimiento, momento desde el cual obligan.

El Acuerdo de Acceso ente TESAU y GEMYTEL incluye todos los elementos esenciales de todo contrato (artículo 1.261 del C.c.), objeto del contrato, causa de las obligaciones y prestación de consentimiento de ambas partes (existiendo éste desde el mismo momento en que GEMYTEL aceptó tácitamente la prestación de los servicios de capacidad portadora de conformidad con el contenido y precios establecidos en la oferta de TESAU).

Prueba de que GEMYTEL en realidad considera que existe un contrato en relación a los servicios de capacidad portadora, es el correo electrónico enviado a TESAU, de fecha 16 de junio de 2005, en el cual confirmaba expresamente su existencia: *“Te adjunto la oferta que tenemos en aplicación desde hace más de 2 años”*, habiendo solicitado en otro correo de 7 de junio de 2006, al que ya hemos hecho referencia en el párrafo precedente, la ampliación del objeto de citado contrato.

La doctrina jurisprudencial se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca del principio de libertad de forma en la contratación civil. Cabe mencionar la Sentencia Tribunal Supremo núm. 366/1999 (Sala de lo Civil), de 26 abril (RJ 1999\2696) que declara explícitamente: “(…) no afecta a la validez del contrato la no observancia de las complementarias formalidades escritas de orden administrativo, al garantizar ciertas exigencias sólo de trascendencia colegial, pues ha de atenderse al principio espiritualista que disciplina la contratación civil, por lo que las relaciones contractuales resultan eficaces y vinculantes, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que concurren los requisitos esenciales para su validez (…).”

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 6/2000 (Sala de lo Civil), de 20 enero, (RJ 2000\112) establecía que: “(…) en la doctrina científica no suscita controversia el principio espiritualista de nuestro ordenamiento jurídico, en el sentido de que no se precisa la forma escrita para poder entender que existe un contrato que ligue a las partes interesadas en este caso litigantes...; que la propia Sentencia impugnada, se ve obligada a reconocer en su fundamento jurídico 1º, que hubo un conjunto de relaciones habidas entre ambas desde más o menos un período de 20 años y que existen unas cartas...; el motivo, ha de prevalecer, ya que, en base a dicho principio





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*espiritualista, acogedor de la génesis de la relación contractual entre las partes, en el sentido de admitir la verdad jurídica trasunto del viejo adagio de que, «de cualquier forma que uno quiera obligarse, queda obligado», la búsqueda de la realidad contractual cuestionada, habrá de integrarse en base a los hechos que se consideran no cuestionados (...).»*

En consecuencia, aunque no haya constatación escrita de la existencia del contrato, no se puede dudar que ha existido aceptación tácita del objeto y la causa del mismo y que, por tanto, concurren todos los requisitos esenciales para su existencia, puesto que como principio elemental y básico de toda contratación, en nuestro Ordenamiento positivo rige el sistema espiritualista. Ninguna forma es exigida para la validez de los contratos, salvo casos muy concretos y especiales previstos en la Ley, entre los cuales no se encuentran los arrendamientos de servicios objeto de este conflicto.

Finalmente señalar que, cumplidos los requisitos de validez a que hace referencia los artículos 1261 y 1.278 C.c. ya mencionados, hemos de remitirnos a lo dispuesto en el artículo 1091 C.c., en cuya virtud, *«las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos»*. Por tanto, el AGI, de 26 de diciembre de 2003 y el Acuerdo de Acceso entre GEMYTEL y TESAU tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y son obligatorios en todos sus términos desde la fecha en que fueron acordados por ambas.

**QUINTO.- Sobre la obligación de pagar el precio pactado por la prestación de servicios de interconexión como uno de los elementos esenciales del Acuerdo General de Interconexión entre TESAU y GEMYTEL y su incumplimiento por parte de GEMYTEL.**

Como ha quedado apuntado en el Fundamento de Derecho Tercero, los Acuerdos de Interconexión no son sino el instrumento contractual que viene a disciplinar las relaciones de interconexión entre dos operadores y, conforme a su naturaleza, tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes.

El AGI es un contrato de arrendamiento de servicios consistente en la prestación de determinados servicios de tráfico de interconexión a cambio de un precio cierto. Por tanto, nos encontramos ante un contrato remuneratorio en el que, tanto la prestación de los servicios de interconexión, como el pago del precio por la prestación de éstos, conforman las obligaciones esenciales.

En relación con el precio de los servicios de interconexión, y de acuerdo a la doctrina establecida por esta Comisión ante procedimientos de naturaleza similar<sup>4</sup>, el impago de servicios previamente consumidos es un incumplimiento grave de una de las obligaciones esenciales del mismo, y consecuentemente

<sup>4</sup> Entre otras, ver las Resoluciones del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de diciembre de 2004 (Exp. RO 2004/1617), de 27 de marzo de 2003 (Exp. RO 2002/8001) y de 24 de enero de 2003 (Exp. RO 2002/7917).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

puede ser alegado por TESAU como causa de resolución del AGI, de acuerdo con lo establecido en el mismo.

El AGI de 26 de diciembre de 2003, firmado por TESAU y GEMYTEL detalla en su Cláusula 7.2 y en los Anexos 2 y 2-C, los procedimientos a seguir en relación con la facturación de los servicios y el pago de los mismos. Así tras establecer la facturación mensual de los importes derivados de la prestación de los servicios (Punto 7.2.1), la consolidación (Puntos 7.2.2) y compensación de los mismos (Puntos 7.2.3 y 7.2.4), la cláusula 7.2.5 establece que “la cantidad no compensada a favor de una u otra parte (de las que se adeuden por razón de la ejecución del AGI, una vez facturadas y consolidadas) será satisfecha por la parte deudora el mismo día de la compensación”.

Por su parte, la cláusula 7.3 del AGI, detalla las consecuencias de un eventual retraso en el pago disponiendo su punto primero que, la no realización por alguna de las partes del pago puntual de una cantidad debida, tendrá por efecto colocar automáticamente a la parte deudora en situación de mora, sin necesidad de requerimiento alguno de la otra parte, quedando obligada al abono de intereses. Igualmente, señala el apartado 7.3 que las cantidades objeto de discrepancia, una vez reconocida la procedencia del cobro, devengarán intereses de demora desde el momento en que debieron ser pagadas hasta la fecha efectiva de su pago, calculándose dichos intereses sobre la cantidad que finalmente resulte.

Con respecto a las causas generales de extinción del Acuerdo, el apartado 16.1.4, señala que el Acuerdo se extinguirá «por resolución fundada en grave incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones esenciales contenidas en este Acuerdo, una vez transcurridos 2 meses desde que la parte incumplidora haya exigido a la otra, por escrito, el cumplimiento de las mencionadas obligaciones. La apreciación de la concurrencia de esta circunstancia habrá de efectuarse por las partes de mutuo acuerdo o, en su caso, someterse a la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Efectuado el requerimiento, y ante la falta de acuerdo entre las partes en la apreciación del incumplimiento, cualquiera de ellas podrá acudir a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones».

Haciendo hincapié en lo anterior, la Cláusula número 16.2 establece que la resolución del AGI no supone renuncia a otras acciones a las que tuviesen derecho. Asimismo, la Cláusula número 16.3 prevé que la extinción del Acuerdo no exonerará a las partes del cumplimiento de sus obligaciones pendientes.

Por otra parte, la Cláusula 12.1 del AGI determina que «cualquiera de las partes podrá solicitar de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la desconexión de la red, (...) cuando, concurriendo alguna de las causas de extinción previstas en la Cláusula 16, la naturaleza de ésta haga indispensable la desconexión de la red de alguna de las partes».



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, de conformidad con la información de que dispone esta Comisión, la deuda vencida, que GEMYTEL mantiene por los servicios de interconexión y para la conexión a la red de TESAU (en adelante, circuitos), asciende a 144.056,88 euros<sup>5</sup> impuestos indirectos e intereses de demora incluidos, a fecha 4 de enero de 2007.

Dicha cuantía ha sido suficientemente acreditada por TESAU mediante la aportación de las actas de consolidación, los burofax enviados a GEMYTEL reclamando las facturas correspondientes a los meses de mayo, junio y julio de 2006, así como por la relación de facturas debidas vencidas y exigibles referente al periodo 2004-2006.

En relación con las actas de consolidación correspondientes a los meses citados, es de destacar el hecho de que sólo se han utilizado los datos aportados por TESAU, puesto que tal y como se constata, en la parte de desarrollo y acuerdos, en las Actas de Consolidación firmadas entre ambos operadores, TESAU es el único operador que aporta datos en formato CODIFI<sup>6</sup>.

Según lo establecido en el apartado 1 del Anexo 2C del AGI, GEMYTEL tenía como fecha para la puesta en funcionamiento del CODIFI, en la facturación de tráficos de interconexión entre TESAU y GEMYTEL, la de la firma del acuerdo. De no cumplirse dicha fecha se facturaría con los datos aportados de TESAU, no procediendo a realizar comparación de ficheros con posterioridad al calendario establecido, quedando cerrado dicho periodo para la regularización.

De acuerdo con las alegaciones de TESAU, de 23 de enero de 2007: *“esta entidad no ha realizado la inversión oportuna en sus sistemas de información para poder controlar el tráfico derivado de estos servicios (...) al no haberse adherido al sistema CODIFI, ha venido aceptando las cantidades facturadas por TELEFÓNICA DE ESPAÑA”,* por tanto, GEMYTEL no ha podido formular propuestas de regularización en el caso de discrepar de los datos aportados por TESAU, puesto que no ha adoptado las medidas necesarias para disponer del sistema CODIFI.

Consecuencia de lo anterior, no se puede considerar fundada la alegación de GEMYTEL de su escrito de 27 de noviembre, en la que ponía de manifiesto que *“(...) Gemytel ha adoptado una actitud colaboradora con TELEFÓNICA firmando todas las actas sin capacidad de poder contrastar datos que no cuadraban con la empresa, puesto que nos ratifican llamadas a destinos que Gemytel tiene prefijado enviar por operadores alternativos. (...) hemos dado*

<sup>5</sup> Servicios de interconexión y circuitos para servicios de conexión a la red de Telefónica de España [11.712,55 (interconexión)+132.344,37(circuitos)+121,74 (intereses de demora)].

<sup>6</sup>CODIFI: procedimiento que regula el tratamiento, intercambio y contraste de información de facturación.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por correctas las actas de consolidación ante nuestra imposibilidad de contrastar datos”.

Las actas de consolidación constituyen un documento privado válido y en las que aparece claramente la voluntad contractual de las partes, de modo que existe un reconocimiento de deuda por parte de GEMYTEL y un consentimiento para que dicha deuda se plasme en las facturas correspondientes. Estas facturas se emitieron en plazo y fueron presentadas al cobro por TESAU. Además, por medio de los distintos burofaxes a los que anteriormente se ha hecho referencia, se ha exigido nuevamente el pago de las facturas debidas durante el periodo de 2004 a 2006.

Este reconocimiento de deuda efectuado por GEMYTEL constituye prueba suficientemente clara y válida en Derecho de que asume consciente y voluntariamente la existencia de una deuda correspondiente a los servicios de interconexión prestados por TESAU y, por tanto, la obligatoriedad de abonar los importes facturados y compensados en base a las actas de constante referencia y a las facturas emitidas por TESAU a partir de las mismas.

Teniendo en cuenta los términos en los que se estipuló el AGI, “la cantidad no compensada será satisfecha por la parte deudora el mismo día de la compensación” (Punto 7.2.5), por lo que no existe, base contractual que pueda justificar el retraso en el pago. Esta previsión contractual ha de interpretarse, no obstante, conforme a lo dispuesto en el Anexo 2C del AGI en el que las partes han fijado como fecha para la emisión de facturas el día 7 o primer día hábil posterior del mes correspondiente y, como fecha de vencimiento de las facturas, la correspondiente a 8 días laborables con posterioridad a la fecha de emisión.

En cuanto a la facturación por utilización de circuitos de interconexión, el Anexo 2C del AGI establece, que la facturación emitida recogerá las cuotas de abono correspondientes a los circuitos de interconexión que estuviesen en servicio al comienzo del mes. La fecha de emisión y vencimiento de la factura será el 19 de cada mes y se producirá de forma automática e independiente de la consolidación de tráfico. Por lo que no cabe, al igual que ocurre con la compensación por servicios de interconexión, base contractual que justifique el retraso en el pago.

A los efectos que nos ocupan en el presente procedimiento, que no son otros que decidir si los impagos de GEMYTEL de las facturas ya vencidas correspondientes a los servicios prestados durante el periodo 2004 a 2006 suponen una causa de resolución del AGI firmado entre TESAU y GEMYTEL, es necesario determinar si se han cumplido los requisitos de la Cláusula 16.1.4 del AGI vigente entre ambos operadores: ha de determinarse si se ha producido el requerimiento escrito y si han transcurrido los dos meses desde que se realizó el citado requerimiento.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para justificar el cumplimiento de la exigencia contractual de requerimiento escrito a la parte deudora, TESAU adjuntaba a su escrito de inicio de 10 de octubre de 2006, dos burofaxes de 23 de mayo y 31 de julio de 2006 en los que reclamaba a GEMYTEL el pago de las cantidades que esta entidad adeudaba a TESAU en concepto de interconexión y circuitos.

Estos burofaxes han de ser considerados requerimientos de pago de los recogidos en la Cláusula 16.1.4 del AGI puesto que vienen a reclamar el pago de las facturas de deudas vencidas por la prestación de servicios de interconexión y circuitos.

Por su parte, GEMYTEL, en la contestación al requerimiento practicado por esta Comisión con fecha 30 de octubre de 2006, no ha aportado ningún dato que justifique su pago, si no que al contrario, ha admitido la deuda existente en interconexión a favor de TESAU sin que hasta la fecha haya procedido al pago de la misma

En consecuencia, se considera que GEMYTEL no ha satisfecho las reclamaciones de pago realizadas por aquella entidad, incurriendo en incumplimiento grave de sus obligaciones (el impago de los servicios de interconexión consumidos), lo que constituye una causa de extinción del AGI, en virtud de su Cláusula número 16.1.4.

### **SEXTO.- En relación con la solicitud de TESAU para que la Comisión le autorice a resolver el AGI de 26 de diciembre de 2003 y a la desconexión de su red de la de GEMYTEL, por impago.**

En relación con la cuestión concreta que nos ocupa, de los escritos y documentos aportados por TESAU, y de conformidad con lo contratado en el AGI vigente entre las partes, se deduce que TESAU procedió a facturar a GEMYTEL los servicios de interconexión de las redes, de interconexión de circuitos y de capacidad portadora, además de otros conceptos como portabilidad y telefonía (cuya deuda no es objeto de este conflicto y, asimismo, tratarse de servicios que no se encuentran regulados en el marco de la OIR), previamente prestados a GEMYTEL, cuya cuantía total acumulada asciende a 610.726,87 euros, incluidos intereses de demora, a fecha 4 de enero de 2007.

Tal y como se ha comentado anteriormente, dicha suma adeudada, no ha sido satisfecha por GEMYTEL ni total, ni parcialmente, habiendo mostrado, en su escrito de 27 de noviembre de 2006, disconformidad con la cuantía liquidada por TESAU en relación a los servicios de capacidad portadora, puesto que afirma que ha sufrido caídas de los citados servicios debido a la indisponibilidad de los circuitos bajo tecnología SHDSL<sup>8</sup>, que perjudicó de

<sup>7</sup> Cifra obtenida al deducir de la deuda total acreditada por TESAU (614.026,50) las cantidades facturadas por servicios de portabilidad y de telefonía igualmente debidas, que figuran en la relación de facturas presentadas por TESAU, al no ser objeto del conflicto.

<sup>8</sup> SHDSL (Single-Pair High-bit-rate Digital Subscriber Line)



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

forma directa a los cliente de GEMYTEL, y que por ello solicitó a TESAU que le detrajera de las facturas giradas una indemnización por las caídas de servicio sufridas.

Por el contrario, en el citado escrito, venía a mostrar intención de abonar en fechas próximas la deuda mantenida en concepto de servicios de interconexión, sin que se haya producido pago alguno.

A través del Boletín Oficial del Registro Mercantil, se ha tenido conocimiento de la situación de insolvencia de GEMYTEL, la cual anunció convocatoria de Junta Extraordinaria de accionistas para acordar la disolución y liquidación de la entidad, por encontrarse en situación de pérdidas que han dejado reducido su patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social<sup>9</sup>, o bien la presentación en concurso de acreedores.

Asimismo, la dificultad para efectuar notificaciones de facturas y escritos, tanto por parte de TESAU como de esta Comisión, así como la información que se desprende del Acta Notarial presentada por TESAU en nuestro Registro, el 24 de enero de 2007, han puesto de manifiesto el posible cierre del domicilio de GEMYTEL comunicado a efecto de notificaciones.

En cuanto a la posibilidad de desconexión de las redes, como ya se ha señalado, la **Cláusula 12 del AGI, prevé que cualquiera de las partes podrá solicitar a esta Comisión la desconexión de las redes cuando concurra alguna de las causas de extinción previstas en la Cláusula 16.**

Dicha Cláusula 12 recogida en el AGI vigente entre TESAU y GEMYTEL supone una previsión contractual asumida por ambas partes para que esta Comisión intervenga en ejercicio de su competencia de resolución de conflictos relativos a la interpretación y ejecución de los AGIs, recogida en los artículos 11.4 de la LGTel y 23.3 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

En consecuencia, esta Comisión, con el objeto de resolver el presente conflicto de interconexión, sólo podrá declarar que se cumplen los requisitos del artículo 16.1.4 del AGI que permite la resolución contractual y la consiguiente desconexión de las redes de ambos operadores, petición que TESAU reiteradamente ha solicitado en los distintos escritos presentados.

Pues bien, apreciada, en el Fundamento de derecho cuarto, la concurrencia de los requisitos del artículo 16.1.4 del AGI, en el que se establece como causa de extinción del citado Acuerdo su resolución fundada en el grave incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones esenciales contenidas en el

---

<sup>9</sup> Artículo 260.4 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobada por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Acuerdo, una vez transcurridos 2 meses desde que la parte cumplidora haya exigido a la otra, por escrito, el cumplimiento de las mencionadas obligaciones, resta por analizar a esta Comisión, para determinar si es procedente o no acceder a la solicitud de TESAU, si la naturaleza de dicha causa de extinción del AGI hace indispensable o no la desconexión de las redes implicadas, valorando la incidencia en el mercado de dicha desconexión definitiva, y velando especialmente por la protección de los usuarios y por la interoperabilidad de los servicios.

En definitiva, esta Comisión no puede resolver teniendo en cuenta únicamente los términos contractuales del AGI cuya resolución se solicita, sino que ha de velar en sus Resoluciones porque los ciudadanos accedan sin limitaciones a los servicios de comunicaciones electrónicas y a que dichos servicios estén soportados en redes interconectadas que les permitan comunicarse entre ellos de manera eficaz.

Una vez establecido dicho principio general, hay que determinar, si en este caso concreto, la desconexión de las redes de TESAU y de GEMYTEL supone o no para los usuarios una merma sustancial en las posibilidades de acceso a los servicios de telecomunicaciones.

Pues bien, la desconexión de la red de GEMYTEL de la del operador dominante no supondría dificultades insuperables o excesivamente gravosas, ni trastornos de importancia, para los usuarios en general ni para los clientes de la primera en particular, ya que, por una parte, GEMYTEL tiene escasos clientes de acceso directo<sup>10</sup>, y en cuanto a sus clientes de acceso indirecto, una eventual desconexión de la red de GEMYTEL de la de TESAU no les privaría del acceso a los servicios de telecomunicaciones, puesto que seguirían disfrutando de los proporcionados por el proveedor de acceso directo y por los demás operadores de acceso indirecto existentes en el mercado, así como, en todo caso, del Servicio Universal de Telecomunicaciones; y por último, la amplia oferta existente en el mercado español de servicios de telefonía fija (tanto de acceso directo como de acceso indirecto y de tarjetas telefónicas prepago) permitiría a los afectados, si lo desean, sustituir los que les prestaba GEMYTEL sin mayores problemas y en un breve espacio de tiempo.

En conclusión, y como consecuencia de lo anteriormente expuesto, esta Comisión considera que, ante el incumplimiento contractual de GEMYTEL, no existe impedimento alguno para autorizar a TESAU a resolver, conforme a la Cláusula número 16.1.4, el AGI vigente entre TESAU y GEMYTEL, de 26 de diciembre de 2003 y, sobre la base de la Cláusula número 12, a desconectar las redes de ambos operadores.

Todo ello sin perjuicio del debido cumplimiento de las obligaciones contractuales de GEMYTEL que, con independencia de la resolución del

---

<sup>10</sup> De acuerdo con los últimos datos proporcionados por GEMYTEL a esta Comisión, la citada entidad cuenta con algo más de 600 clientes de acceso directo.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Acuerdo de Interconexión con TESAU, continúa obligada al pago de los servicios que, conforme al AGI, le han sido prestados.

### **SEPTIMO.- Sobre el incumplimiento de GEMYTEL de las obligaciones de pago por los servicios de capacidad portadora prestados por TESAU.**

Ya se señaló en el Fundamento de Derecho tercero, que los servicios de capacidad portadora, son servicios no regulados que se rigen por acuerdos comerciales entre los operadores, en concreto, a través de los denominados Acuerdos de Acceso, que al igual que el Acuerdo de Interconexión se trata de un contrato de arrendamiento de servicios regulados en el artículo 1.544 del C.c. Por lo tanto, dado su carácter contractual el mismo se rige, por las reglas generales de las obligaciones contractuales dimanadas de los contratos privados, y en concreto por las disposiciones del Código Civil al respecto.

Pues bien, entre TESAU y GEMYTEL existe un Acuerdo de Acceso tácito, por el cual las partes se comprometieron recíprocamente a prestarse servicios de capacidad portadora a cambio de un precio cierto por los mismos (en este caso, de acuerdo a los precios fijados en la Oferta de TESAU previamente pactados con GEMYTEL, de fecha 25 de julio de 2003). Sin embargo, en el citado Acuerdo no se reguló cláusula alguna relativa, entre otros, a la calidad del servicio, responsabilidad de las partes, criterios de resolución de conflictos entre las partes o causas de extinción del acuerdo.

Sentadas estas cuestiones, y dada la habilitación competencial de esta Comisión en relación a la resolución de los conflictos de acceso, conviene analizar si el impago de las deudas por los servicios de capacidad portadora previamente consumidos por GEMYTEL debe reputarse incumplimiento grave de las obligaciones contractuales y, por tanto, constituye, causa suficiente para que TESAU inste la resolución del contrato, en virtud del artículo 1.124 del C.c.

Tal y como ha reconocido TESAU en sus alegaciones, GEMYTEL hasta marzo de 2006 estuvo recibiendo facturas por los servicios de capacidad portadora, cuyos importes desde mayo de 2004 hasta febrero de 2006, no se ajustaban a los establecidos en el contrato comercial de 27 de julio de 2003, procediendo TESAU, a consecuencia de una reclamación de GEMYTEL, a regularizar dicha situación. Sin embargo, a pesar de la citada regularización, GEMYTEL se ha negado hasta el momento al pago de los servicios de capacidad portadora recibidos, desprendiéndose de la relación de facturas presentadas por TESAU, una deuda líquida, vencida y exigible que asciende a 447.594,84 €, IVA incluido, a fecha 4 de enero de 2007.

GEMYTEL justifica su impago debido a la falta de contestación, por parte de TESAU, a las reclamaciones formales efectuadas, consecuencia de la indisponibilidades sufridas en algunos de los circuitos de capacidad portadora que le ha supuesto la baja de clientes finales en sus servicios de telecomunicaciones.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante, con respecto a esta cuestión, es interesante resaltar que de acuerdo a la documentación obrante en el expediente y aportada por ambas operadoras, GEMYTEL, desde 2004 hasta marzo de 2006, no efectuó ninguna reclamación a TESAU acerca de la indemnización por las incidencias sufridas en los circuitos. Sin embargo, el 17 de marzo de 2006, días después de recibir notificación de TESAU regularizando las facturas de acuerdo a los precios acordados en la oferta de capacidad portadora, y comunicándole la deuda pendiente hasta esa fecha, GEMYTEL decidió enviar una carta a TESAU en la cual le proponía liquidación de la facturación consolidada disminuyendo del importe comunicado por TESAU una cantidad, en concepto de indemnización por indisponibilidad de los circuitos, por un importe, que GEMYTEL unilateralmente estimó, en 43.521,135 – reducción del 50% de la facturación por los circuitos de indisponibilidad absoluta - y 22.674,53 – reducción del 10% por los circuitos con indisponibilidad relativa.

Remitiéndonos a lo establecido para el caso de impagos por los servicios de interconexión, el impago de servicios previamente consumidos es un incumplimiento grave de una de las obligaciones esenciales del contrato, y la existencia de eventuales discrepancias existentes entre ambos operadores no puede justificar en ningún caso el impago reiterado de deudas, que en el presente conflicto ha llegado a suponer acumular una deuda de 447.594,84 euros.

Dicha deuda, ha sido acreditada suficientemente por TESAU, a través de la relación de facturas vencidas desde mayo de 2004 hasta septiembre de 2006, además de por un burofax, de fecha 31 de julio de 2006, en el que le reclamaba la deuda regularizada y generada desde mayo de 2004 hasta febrero del 2006.

El artículo 1.124 del C.c. establece, con carácter general, la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones pendientes y, además la de resolver el contrato por incumplimiento de la otra parte: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita para las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”.

Por ello, de acuerdo con lo establecido en el Derecho Común y a falta de estipulación al respecto sobre esta cuestión en el Acuerdo de Acceso, TESAU como parte cumplidora de sus obligaciones contractuales, tiene derecho a exigir a GEMYTEL el cumplimiento de su obligación de contraprestación por los servicios recibidos y/o, además, resolver la relación contractual existente entre ambas operadoras en relación a los servicios de capacidad portadora, puesto que el impago de la elevada suma que GEMYTEL adeuda a TESAU provoca



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

una situación de inseguridad jurídica que le ha supuesto a TESAU, hasta la notificación de la Resolución de 25 de enero de 2007 de esta Comisión, estar financiando los servicios prestados por GEMYTEL, situación que no es coherente en un mercado en régimen de libre competencia, como son los servicios de capacidad portadora actualmente no sujetos a regulación.

Por lo que respecta a las caídas de los circuitos que GEMYTEL alega y consecuencia de las cuales solicitó a TESAU que se compensase parte de la deuda que mantenía con ésta mediante el reconocimiento de una indemnización por las indisponibilidades sufridas en los citados circuitos, se trata de una cuestión jurídico-privada, a la cual esta Comisión no puede extender su competencia.

De acuerdo la Sentencia de la Audiencia Nacional, sección octava de Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de diciembre de 2005 (RJ 1161/2003):

*“(...) sólo en aquellos aspectos de dichos acuerdos que afecten a principios de trascendencia jurídico pública puede intervenir el Organismo Regulador, quedando fuera de su ámbito las cuestiones jurídico privadas que sean ajenas a tales principios. (...) el Organismo Regulador no puede extenderse en el ejercicio de esta competencia a discernir cuestiones jurídico privadas las cuales quedan incorporadas a los acuerdos de interconexión por voluntad de las partes y que sean ajenas a los intereses públicos implicados.”*

Al ser los servicios de capacidad portadora servicios sujetos a acuerdos comerciales entre los operadores, y visto que no se perjudican intereses jurídicos-públicos objeto de salvaguarda por esta Comisión de acuerdo a la LGTel, la determinación de los posibles daños y perjuicios producidos, así como la apreciación de la procedencia o no de la indemnización constituye una cuestión jurídico-privada. Por tanto, si GEMYTEL considera que el comportamiento de TESAU le ha ocasionado algún tipo de perjuicio que deba ser indemnizado deberá hacer valer su derecho a ser resarcido ante la Jurisdicción ordinaria.

Por todo lo que antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

### RESUELVE

**PRIMERO.-** Declarar que, en el Conflicto de Interconexión planteado entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y GEMYTEL SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A., ha quedado acreditada la concurrencia de la causa de resolución recogida en la Cláusula número 16.1.4 del Acuerdo General de Interconexión, de 26 de diciembre de 2003, vigente entre ambos operadores, a saber, el



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incumplimiento grave por parte de GEMYTEL SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A. de una obligación esencial, cual es el pago de determinados servicios de interconexión previamente consumidos, consolidados y facturados, y el transcurso de 2 meses desde que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. efectuó el requerimiento por escrito del cumplimiento de dicha obligación.

**SEGUNDO.-** Ante el incumplimiento de la obligación a que se refiere el número anterior y, considerando que no existe impedimento legal alguno, ni perjuicio al interés general ni a terceros, se autoriza a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. a ejercer la facultad de resolver el Acuerdo General de Interconexión de 26 de diciembre de 2003, de acuerdo con lo establecido en su Cláusula 12, y a proceder a la desconexión total (incluyendo la liberalización de los circuitos alquilados para la conectividad de ambas redes) de su red de la de GEMYTEL SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A., debiendo comunicar a esta Comisión la fecha de efectividad de dicha desconexión.

Asimismo, GEMYTEL SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A. deberá comunicar inmediatamente, tras la notificación de la presente resolución y antes de la desconexión efectiva de las redes de ambos operadores, a sus clientes de acceso directo, la interrupción del servicio telefónico fijo que puedan sufrir.

**TERCERO.-** Por lo que respecta a los servicios de capacidad portadora, esta Comisión considera que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. tiene derecho a invocar el artículo 1.124 del Código Civil, para extinguir directamente el Acuerdo de Acceso si lo estima pertinente, y en todo caso para exigir el abono de las deudas pendientes.

**CUARTO.-** Con la notificación a las partes de la presente Resolución, se considera extinguida la eficacia de la medida cautelar adoptada mediante Resolución del Consejo de esta Comisión, de 25 de enero de 2007, en la cual se estimó conveniente permitir a TESAU la suspensión automática de los servicios prestados a GEMYTEL, hasta el momento en que se acreditase el pago de la deuda vencida, líquida y exigible existente, y en todo caso, hasta la notificación de la Resolución que ponga fin al presente procedimiento.

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.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera