COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión Nº 43/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 5 de diciembre de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en el marco de la tramitación del presente procedimiento (Expediente Nº: RO 2002/7379), se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN EN VIRTUD DE LA CUAL SE PROCEDE A DECLARAR CONCLUSO EL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN SUSCITADO ENTRE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y PRIMUS TELECOMMUNICATIONS IBÉRICA, S.A.U., POR DESISTIMIENTO DEL INTERESADO.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Planteamiento del Conflicto.

La entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA) se dirigió a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) mediante un escrito fechado el día 16 de julio de 2002, por el cual se interponía un Conflicto de Interconexión con la entidad PRIMUS TELECOMMUNICATIONS IBÉRICA, S.A.U. (en adelante, PRIMUS), en relación con el Preacuerdo suscrito entre las dos entidades el día 16 de abril de

2001, concretamente sobre la constitución, entrega y pago de los Puntos de Interconexión (en adelante, PdIs) entre las redes de ambos operadores.

A) Los argumentos de TELEFÓNICA.

TELEFÓNICA planteaba en su escrito fundamentalmente lo siguiente:

- Que PRIMUS solicitó de TELEFÓNICA la constitución de una serie de PdIs entre ambas redes, de acuerdo con el Preacuerdo y el Proyecto Técnico firmados el 16 de abril de 2001.

- Que TELEFÓNICA tenía preparados para su apertura el día 28 de julio de 2001 el PdI de Madrid y el 4 de julio de 2001 el PdI de Barcelona (aunque su funcionamiento estaba vinculado al del PdI de Madrid para poder efectuar la señalización).

- Que desde el 23 de julio de 2001 hasta el 2 de octubre de 2001 no se pudo contactar con PRIMUS. Se realizaron pruebas para poner en marcha el PdI de Madrid el 29 de octubre de 2001, comunicándose a PRIMUS que se podría abrir dicho PdI si firmaba el previsto Acuerdo General de Interconexión (en adelante, AGI).

- Que PRIMUS retrasó la constitución de los PdIs por causas a ella imputables, impidiendo que TELEFÓNICA le hiciera entrega efectiva de los circuitos asociados a los PdIs.

- Que el 1 de febrero de 2002 se celebró una reunión entre ambos operadores, en la cual PRIMUS informó a TELEFÓNICA del nuevo enfoque que quería dar a su negocio y solicitando de TELEFÓNICA un nuevo proyecto que se ajustase a su nuevo planteamiento de negocio y en el que pudiesen utilizar las infraestructuras que tienen actualmente.

- Que en varios escritos TELEFÓNICA manifestó a PRIMUS que si su intención era no firmar el AGI debería cursar la petición de baja de los circuitos asociados a los PdIs constituidos.

- Que esta situación estaba ocasionando a TELEFÓNICA graves perjuicios económicos, en concreto, que PRIMUS adeudase una cantidad de 183.765,85 euros, impuestos indirectos incluidos.

- Que, de acuerdo con la doctrina de la CMT en casos anteriores, el derecho de TELEFÓNICA a percibir el pago no nace de la efectiva prestación del servicio sino, por el contrario, del cumplimiento de sus obligaciones, que no

tienen que coincidir necesariamente con la simple prestación del servicio: *"En efecto, si se hiciera depender el derecho a percibir el pago del cumplimiento del servicio que se trate, bastaría con la no aceptación de los circuitos solicitados, o su cancelación, para que no llegara a devengarse derecho alguno para la parte cumplidora".* (Resolución del Consejo de la CMT de 13 de julio de 2001, Expediente número: RO 2001/4323).

Como consecuencia de todo lo manifestado, TELEFÓNICA solicitaba de esta Comisión lo siguiente:

1. Que obligase a PRIMUS a aceptar los circuitos de interconexión asociados a los PdIs que TELEFÓNICA tenía intención de entregar.

2. Que declarase la obligación de PRIMUS de abonar a TELEFÓNICA la cantidad total de 183.765,85 euros, impuestos indirectos incluidos, cantidad que se vería incrementada con las cantidades correspondientes a las facturas mensuales que se sigan emitiendo, mientras estuviesen disponibles y en funcionamiento.

3. Que en el caso en que efectivamente no se fueran a utilizar dichos circuitos de interconexión por parte de PRIMUS, se autorizase a TELEFÓNICA a proceder a la desconexión de los mismos, liberando la ocupación de red que los mismos ocasionan.

B) Los argumentos de PRIMUS.

Por su parte, PRIMUS, tras tener acceso al escrito presentado por TELEFÓNICA, presentó ante esta Comisión un escrito de alegaciones fechado el día 8 de agosto de 2002, en el cual manifestaba fundamentalmente lo siguiente:

- Que en junio del año 2000, PRIMUS (entonces denominada "LCR Telecom España, S.A.") inició un proceso de negociación con TELEFÓNICA para hacer efectiva la interconexión de las redes de ambas, en el marco del cual el día 13 de junio de 2000 ambos operadores suscribieron un acuerdo de confidencialidad para dicho fin.

- Que tras la reestructuración de las compañías que forman parte del "Grupo PRIMUS" en España (y el cambio de denominación social), PRIMUS solicitó de TELEFÓNICA reiniciar el proceso de negociación de la interconexión entre ambos operadores, mediante dos cartas remitidas el 15 y el 30 de noviembre de 2000.

- Que el proceso de negociación de la interconexión solicitado por PRIMUS en noviembre de 2000 sufrió unos retrasos "insoportables" atribuibles únicamente a la conducta de TELEFÓNICA, retrasos que habían supuesto un incumplimiento tanto contractual como de las normas sectoriales y de la competencia por parte de TELEFÓNICA y que habían causado graves perjuicios a PRIMUS.

- Que finalmente el día 16 de abril de 2001 PRIMUS y TELEFÓNICA firmaron el Preacuerdo y, en Anexo, el Proyecto Técnico, para la interconexión de las redes de ambos operadores.

- Que desde el 23 de octubre de 2001 TELEFÓNICA había intentado cobrar a PRIMUS cantidades de dinero supuestamente relacionadas con el proceso de interconexión entre ambos operadores, cargos que PRIMUS había rechazado por considerar que no era exigible cantidad alguna al respecto al no estar operativa la interconexión entre ambas redes.

- Que el 1 de febrero de 2002 PRIMUS explicó a TELEFÓNICA que el proceso de interconexión entre ambos operadores había sufrido una demora de tal envergadura (señala retrasos de hasta 111 días en las diferentes fases de la puesta en marcha de la interconexión a través del PdI de Madrid, y de hasta 155 días en el PdI de Barcelona) que, en el contexto actual del mercado español y con la aprobación de la nueva Oferta de Interconexión de Referencia de TELEFÓNICA (en adelante, OIR 2001), no tenía sentido continuar con dicho proceso pero, en aras a aprovechar los trabajos ya efectuados por ambas partes, solicitó una oferta de TELEFÓNICA para un servicio de acceso nacional. En caso de que a TELEFÓNICA no le resultara de interés esta propuesta, PRIMUS se vería abocada a rechazar los trabajos de interconexión realizados hasta la fecha con efecto el 1 de febrero (fecha en que PRIMUS comunicó su decisión de no proceder con la interconexión al amparo de la OIR), al amparo de lo establecido en el Preacuerdo de 16 de abril de 2001.

Por todo lo anterior PRIMUS efectuaba las siguientes consideraciones:

a) Que las facturas emitidas por TELEFÓNICA por supuestos servicios de interconexión eran nulas.

b) Que Primus tenía derecho, conforme al Preacuerdo, a las normas de competencia y a la normativa sectorial aplicable, a anular la solicitud de los PdIs incluidos en el Proyecto Técnico por el retraso "insoportable" que, por causas únicamente imputables a TELEFÓNICA, se había ocasionado en la constitución de dichos PdIs.

c) Que PRIMUS tenía derecho a percibir de TELEFÓNICA penalizaciones por dicho retraso que ascenderían al menos a un importe de 61.211,20 euros (para el periodo comprendido desde el 18 de julio hasta el 30 de noviembre de 2001).

d) Que además PRIMUS tenía derecho a reclamar los daños y perjuicios que había sufrido como consecuencia del retraso de casi un año que había tenido que soportar en el lanzamiento de sus servicios de acceso indirecto, de los precios más elevados que había tenido que pagar a otros operadores que le habían proporcionado interconexión y acceso a sus servicios, de los costes adicionales que habían supuesto gestionar un proceso de interconexión durante un periodo de tiempo tan prolongado, y de la pérdida de imagen comercial que le habría causado la presentación de la denuncia contra PRIMUS.

e) Que TELEFÓNICA no tenía derecho a desconectar la red de PRIMUS ya que nunca había realizado la interconexión efectiva de ambas redes.

f) Por último, PRIMUS denunciaba que TELEFÓNICA había llevado a cabo prácticas abusivas de su posición de dominio sobre los mercados de la red telefónica publica y del servicio telefónico disponible al público, y que dichas prácticas abusivas habían causado graves e injustificados perjuicios a PRIMUS y habían impedido la competencia efectiva en el mercado en detrimento de los consumidores.

En consecuencia PRIMUS solicitaba de la CMT que se reconociese su derecho a rechazar cualquier trabajo de interconexión efectuado hasta la fecha por TELEFÓNICA, así como a recibir una compensación económica por los daños y retrasos que TELEFÓNICA le ha ocasionado.

Segundo.- Iniciación del procedimiento administrativo.

A la vista de las solicitudes presentadas por TELEFÓNICA y por PRIMUS, esta Comisión procedió a iniciar el correspondiente procedimiento administrativo, amparándose en la habilitación competencial establecida por la normativa sectorial de aplicación en materia de salvaguardia de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y, más concretamente, en lo que se refiere a la resolución de Conflictos de Interconexión, singularmente los artículos 1.Dos.1 y 1.Dos.2, letras c), e) y f), de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, así como el artículo 25 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

La CMT se acogió asimismo a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), norma procedimental a la que, que en virtud de lo dispuesto en la legislación anteriormente citada, sujeta el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la LRJPAC, dicho trámite fue comunicado a TELEFÓNICA y a PRIMUS mediante los correspondientes Oficios de esta Comisión fechados el día 14 de agosto de 2002, en los que se les informaba de que, en virtud de la solicitud de intervención presentada por la primera, había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo, con el número de expediente arriba indicado, y que podían, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir las alegaciones y presentar los documentos y otros elementos de juicio que estimaran pertinentes.

Tercero.- Actuaciones posteriores y el desistimiento de TELEFÓNICA.

Esta Comisión, al amparo de las previsiones del artículo 84 de la LRJPAC, inició un primer trámite de audiencia a los interesados, el cual les fue comunicado a TELEFÓNICA y a PRIMUS mediante sendos Oficios fechados el día 19 de septiembre de 2002.

Al amparo de dicho trámite de audiencia, ambos operadores efectuaron en plazo unas primeras alegaciones (TELEFÓNICA se ratificaba en su solicitud; y PRIMUS alegaba la eventual incompetencia de esta Comisión para resolver la presente controversia, al no haberse formalizado efectivamente ni el AGI ni la interconexión efectiva entre ambas redes, existiendo únicamente una controversia meramente contractual y no un Conflicto de Interconexión).

A la vista de dichas alegaciones, los Servicios de esta Comisión emitieron un informe preliminar sobre el procedimiento de referencia, fechado el día 11 de noviembre de 2002, tras el cual se volvió a dar a las partes un nuevo periodo de alegaciones dentro del citado trámite de audiencia, lo cual se les comunicó mediante sendos Oficios de la CMT fechados el día 11 de noviembre de 2002.

Ambos operadores, TELEFÓNICA y PRIMUS, remitieron a esta Comisión un escrito conjunto, fechado el día 29 de noviembre de 2002, en el cual comunicaban que habían llegado a un acuerdo para poner fin al conflicto de interconexión mediante la renuncia por ambas partes de sus respectivos derechos derivados del Preacuerdo de 16 de abril de 2001, y que en consecuencia TELEFÓNICA desistía de su solicitud de 16 de julio de 2002 y

ambas partes desistían asimismo de las pretensiones expuestas en sus alegaciones efectuadas en el marco de la tramitación del presente procedimiento, por lo que solicitaban que la CMT pusiese fin al procedimiento en curso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), en su artículo 87.1, contempla el desistimiento de su solicitud por parte del interesado como uno de los modos de terminación del procedimiento:

> *"Artículo 87. Terminación. 1.- Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el Ordenamiento Jurídico, y la declaración de caducidad. (...)."*

Los artículos 90 y 91 de la misma norma legal regulan el ejercicio, medios y efectos del derecho de desistimiento:

> *"Artículo 90. Ejercicio. 1.- Todo interesado podrá desistir de su solicitud o, cuando no esté prohibido por el Ordenamiento Jurídico, renunciar a sus derechos. 2.- Si el escrito de iniciación se hubiese formulado por dos o más interesados, el desistimiento o la renuncia sólo afectará a aquellos que la hubiesen formulado."*
>
> *"Artículo 91. Medios y efectos. 1.- Tanto el desistimiento como la renuncia podrán hacerse por cualquier medio que permita su constancia. 2.- La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declarará concluso el procedimiento salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento. 3.- Si la cuestión suscitada por la incoación del expediente entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento."*

Segundo.- Del contenido de los preceptos citados se desprende que todo interesado, y en este caso TELEFÓNICA, podrá desistir de su solicitud (artículo 90.1 de la LRJPAC).

Dicho desistimiento ha de realizarse por cualquier medio que permita su constancia (artículo 91.1 de la LRJPAC), requisito que cumple el referido escrito fechado el día 29 de noviembre de 2002 y suscrito por TELEFÓNICA (y por PRIMUS).

En consecuencia, si TELEFÓNICA ejercita su derecho de desistimiento (artículos 90.1 y 91.1 de la LRJPAC), la CMT ha de aceptar de plano dicho desistimiento y debe declarar concluso el procedimiento (artículo 91.2 de la LRJPAC), puesto que no se da un interés general para continuar el mismo ni se estima conveniente ni necesario sustanciar la cuestión objeto de aquél para su definición y esclarecimiento, a tenor de lo deducido del expediente tramitado al efecto.

En virtud de las consideraciones expuestas, y tras ejercitar TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. su derecho de desistimiento regulado en los artículos 90.1 y 91.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en cumplimiento de lo previsto por la normativa de referencia, y en particular por el artículo 91.2 de la citada Ley 30/1992,

RESUELVE

Único.- Aceptar el desistimiento presentado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en el procedimiento de referencia y, consecuentemente, declarar concluso el mismo, por no existir motivo alguno que justifique su continuación.

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que 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 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José Mª Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes