COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 21/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 13 de junio de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN RELATIVA A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES TENDENTES A HACER EFECTIVA LA APERTURA DE LA INTERCONEXIÓN EN BARCELONA ENTRE LAS REDES DE ONONET COMUNICACIONES S.A.U. Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (Expediente RO 2002/6915)

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Petitum.

Con fecha 29 de mayo de 2002, María Consuelo Roger Rull, en nombre y representación de la entidad ONONET COMUNICACIONES S.A.U. (en adelante ONONET) plantea conflicto de interconexión contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA), para que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dicte Resolución sobre las condiciones jurídicas y económicas de la interconexión entre las redes de ONONET y TELEFÓNICA, en la provincia de Barcelona, solicitando igualmente que la interconexión se haga efectiva inmediatamente en tanto se resuelve el expediente que a tal efecto se instruya.

Segundo.- Situación de la negociación entre las partes.

ONONET solicitó a TELEFÓNICA mediante carta de fecha 29 de septiembre de 2000 la apertura de las negociaciones de interconexión. El 15 de noviembre de

2000, se firma un Acuerdo de confidencialidad y el 24 de abril de 2001 el Preacuerdo Técnico.

Con fecha 4 de abril de 2002 se realizaron las pruebas de transmisión y las de servicio de interconexión correspondientes al punto de interconexión de Barcelona al que se hace referencia en el Anexo I del Preacuerdo Técnico firmado entre ambas entidades, identificado como PdI_1 de Barcelona. Mediante documento de fecha 10 de abril de 2002, firmado por la representación de ambas entidades, *«se da por terminada la fase de pruebas quedando pendiente de la firma del Acuerdo General de Interconexión (AGI) para la apertura definitiva del servicio de interconexión entre ONONET y TELEFÓNICA, en las condiciones fijadas en dicho AGI».*

ONONET remitió con fecha 16 de mayo de 2002 carta a TELEFÓNICA en la que proponía que se llevase a cabo la apertura de la interconexiónen las mismas condiciones provisionales establecidas de forma cautelar por esta Comisión en Resolución de fecha 8 de noviembre de 2001, dándole tres días para que la interconexión fuera efectivamente abierta, a contar desde la recepción de la carta.

Transcurrido este período de tres días, sin obtener contestación por parte de TELEFÓNICA, ONONET acudió a esta Comisión solicitando su intervención.

Finalmente, en contestación a la carta de ONONET de fecha 16 de mayo, TELEFÓNICA remitió carta a ONONET en la que acepta las condiciones ofrecidas por ésta aunque condiciona la apertura de la interconexión a la firma de un Acuerdo General de Interconexión donde se establezcan expresamente estas condiciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En el artículo 1.Dos.2, letra e) de la Ley 12/1997, de 24 de abril de Liberalización de las Telecomunicaciones (en adelante, Ley 12/1997) y en los artículos 19.2 y 22 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se establece que *«es función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de interconexión de redes si los obligados a permitirla no lo hicieren*

voluntariamente, o si no llegasen los interesados a un acuerdo satisfactorio sobre la forma y condiciones en que aquélla deba llevarse a efecto».

Asimismo, el artículo 25 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel) concreta dicha habilitación, al establecer que se puedan adoptar medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.

Segundo.- Habilitación legal para la adopción de medidas cautelares.

El artículo 1º de la Ley 12/1997 dispone en su punto seis que 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. También el artículo 25 de la LGTel reconoce la posibilidad de adoptar medidas provisionales hasta que se dicte la resolución definitiva.

En desarrollo de lo anterior, el artículo 31 de Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones faculta a esta Comisión para adoptar medidas cautelares, una vez incoado el procedimiento correspondiente de oficio o a instancia de parte, pudiendo consistir las mismas 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.

Esta regulación sobre adopción de medidas provisionales se complementará con lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de abril de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la cual se rige esta Comisión en el ejercicio de las funciones públicas que la Ley le atribuye, conforme establece el artículo 1.Uno párrafo 2 de la Ley 12/1997.

Tercero.- Concurrencia de los presupuestos necesarios para la adopción de medidas cautelares.

Mientras se tramita el correspondiente procedimiento administrativo, es preciso arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar la efectiva aplicación de la

normativa sobre interconexión, sin perder de vista el bien jurídico protegido por la misma, esto es, la garantía de la competencia efectiva y la protección del derecho de los consumidores a disfrutar de los servicios facilitados por diferentes operadores. Es por esto, que la presente resolución tiene por objeto la adopción de una medida cautelar que asegure el efecto útil de la resolución que en su día se dicte en el expediente abierto como consecuencia de la solicitud de ONONET.

Es necesario que concurran los siguientes elementos para justificar la adopción de una medida cautelar: elementos de juicio suficientes, necesidad para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer e inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o violación de derechos amparados en leyes.

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).

a) Existencia de norma jurídica que permita la adopción de medidas cautelares.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones está facultada para la adopción de dichas medidas cautelares, tal y como se ha puesto de manifiesto anteriormente. Concretamente, la habilitación legal se encuentra en el artículo 1. Seis de la Ley 12/1997 en relación con el artículo 1.Dos.1 y 1.Dos.2 e) del mismo texto legal y el artículo 25 de la LGTel, así como el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

b) Apariencia de buen derecho.

La interconexión se define en el anexo de la LGTel como *«la conexión física y funcional de las redes de telecomunicaciones utilizadas por el mismo o diferentes operadores, de manera que los usuarios pueden comunicarse entre sí o acceder a los servicios de los diferentes operadores».*

Son los titulares de redes públicas de telecomunicaciones los que están obligados a facilitar la interconexión de éstas con las de todos los operadores del mismo tipo de redes y servicios telefónicos disponibles al público que los

soliciten, según se determina en el artículo 22 de la LGTel y 2.1 del Reglamento de Interconexión. En este mismo artículo, en su punto 3º, se faculta a la CMT para que, en el ámbito de sus competencias, fomente que la interconexión que se produzca sea adecuada para satisfacer las necesidades de los usuarios, y garantice la eficacia de las interconexiones que se lleven a cabo.

De esta forma, no se podrán negar los operadores a facilitar la interconexión cuando esta le es solicitada en los términos previstos en el artículo 22 de la LGTel, siendo la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la única habilitada para limitar o suspender la interconexión en los casos normativamente previstos. Del mismo modo, cuando los titulares de las redes no las hayan interconectado, habiéndose agotado todas las posibilidades de acuerdo al respecto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá exigir que se haga efectiva la interconexión y, cuando proceda, establecer las condiciones para la misma.

De la documentación presentada, se comprueba que ambas compañías han llegado a un preacuerdo técnico que ya se ha cumplido puesto que los puntos de interconexión existen y se han realizado satisfactoriamente las pruebas de transmisión y las de servicio necesarias para su inmediato funcionamiento, sin perjuicio de que el acuerdo pueda formalizarse y completarse con elementos que son ahora prescindibles para su puesta en marcha. La falta de estos últimos elementos no justifica el retraso por parte de TELEFÓNICA. En estas circunstancias, parece oportuno aplicar a estas negociaciones *ex novo* la misma filosofía que la OIR de Telefónica (**11.15.**6.b) recoge para las modificaciones de un AGI ya existente:

«Cuando se revisen tanto los aspectos técnicos como los económicos del Acuerdo, y, en particular, en caso de introducción de nuevos servicios no incluidos en este Acuerdo y que estén incluidos en la OIR o se estén prestando a otros operadores con el mismo tipo de licencia, la negociación se realizará, salvo acuerdo contrario, separando ambos aspectos. Una vez alcanzado un consenso o preacuerdo en las cuestiones técnicas, se pondrá en vigor provisionalmente, continuando separadamente la negociación de las materias económicas o comerciales.

»Durante dicha fase de vigencia provisional de la parte técnica, se aplicarán las condiciones económicas previstas en la OIR para ese tipo de servicios, los precios que se estén aplicando a otros operadores por esos servicios, o, si se tratase de servicios nuevos no incluidos en ninguna de estas categorías, los previstos en el acuerdo vigente o en la OIR para los servicios que presenten

mayor semejanza técnica al que es objeto de la negociación, salvo que las partes acuerden otras condiciones provisionales.

...

»Cuando se alcance el acuerdo definitivo sobre la revisión contractual, se acordarán los ajustes necesarios derivados de la aplicación retroactiva, a esta fase provisional de las condiciones económicas definitivas».

ONONET, solicitó a TELEFÓNICA, para obtener la rápida apertura de la interconexión en el punto de interconexión de Barcelona, que se adoptaran provisionalmente las medidas recogidas en la Resolución de esta Comsión de fecha 8 de noviembre de 2001 por la que se adoptaron medidas cautelares tendentes a hacer efectiva la interconexión entre TDC Sanlúcar S.A. y Telefónica de España, S.A.U. y que entendió aplicables los precios establecidos por la OIR 2001 para los servicios prestados por TELEFÓNICA a TDC y, cautelarmente, precios equivalentes a los recogidos en la OIR para los servicios equivalentes prestados por TDC.

En el presente caso, nos encontramos ante la necesidad de fijar *ab initio* las condiciones económicas que han de regir entre ambos operadores por los servicios de interconexión mutuamente prestados y en consecuencia, procede cautelarmente aplicar el mismo criterio tenido en cuenta por esta Comisión en su resolución de 13 de septiembre de 2001 en la que se llegaba a la conclusión de que *«los precios de terminación de llamadas en redes de operadores fijos no dominantes cuando la llamada se origina en la red de un operador fijo dominante, deben basarse en los precios de servicios de terminación de llamadas aplicados a la red del operador fijo dominante y referidos al modelo de red de referencia de la OIR»*. Esto constituye la aplicación de una suerte de reciprocidad en la determinación de los precios de terminación en las redes interconectadas, cuando una de ellas sea la del operador dominante, resultando aplicables los precios previstos en la OIR en cada momento.

c) Necesidad y urgencia de la medida.

La medida cautelar propuesta en el presente expediente es necesaria para evitar que el retraso en la resolución del conflicto demore el comienzo de la prestación de servicios a sus clientes en condiciones adecuadas por parte de ONONET.

En aras a la promoción de la competencia y a hacer posible el funcionamiento adecuado de ONONET, es necesario, que se ponga en marcha la interconexión en el punto de interconexión de Barcelona. En este sentido, si ONONET no interconecta su red con la de TELEFÓNICA, se podría producir un perjuicio difícil de cuantificar, pero en cualquier caso importante, ya que supondría la no posibilidad de iniciar el servicio por su parte, debido a que la red de TELEFÓNICA, y el número de abonados de acceso directo de ésta, son los mayores del mercado y ofrece servicios de tránsito con los demás operadores.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, esta Comisión

ACUERDA

Adoptar la siguiente medida cautelar:

Primero.- Que TELEFÓNICA abra la interconexión de su red con la de ONONET en el punto de interconexión de Barcelona, al que se hace referencia en los antecedentes de hecho y que las partes identifican como PdI_1 de Barcelona, el siguiente día hábil al de la notificación de la presente Resolución.

Segundo.- Que hasta la adopción de la resolución definitiva, las partes aplicarán las condiciones económicas siguientes:

- Respecto de los servicios que preste TELEFONICA, los previstos en la OIR actualmente vigente para cada servicio o, si se tratase de servicios nuevos no incluidos en ninguna de estas categorías, los previstos en la OIR para los servicios que presenten mayor semejanza técnica al que es objeto de la negociación, salvo que las partes acuerden otras condiciones provisionales.

- Respecto de los servicios que preste ONONET, los precios se fijarán sobre la base de los precios aplicables a la red de TESAU para servicios equivalentes según el modelo de red de referencia considerado en la OIR.

Una vez adoptada la resolución definitiva en este procedimiento, se acordarán los ajustes necesarios derivados de la aplicación retroactiva, a esta fase provisional, de las condiciones económicas definitivas.

El incumplimiento de la presente resolución puede ser considerado como infracción muy grave de conformidad con lo dispuesto en le artículo 79.15 de la Ley 11/1998 de 24 de abril, 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, 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 le 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.

EL SECRETARIO

Vº.Bº EL PRESIDENTE

José Giménez Cervantes

José María Vázquez Quintana