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 32/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 19 de septiembre de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en el marco de la tramitación del presente procedimiento (Expediente número RO 2002/7001), se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA CUAL SE ADOPTA UNA MEDIDA CAUTELAR PARA OBLIGAR A TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. A SUMINISTRAR A DESARROLLO DE LA TECNOLOGIA DE LAS COMUNICACIONES S.C.A. LOS ACCESOS ADSL SOLICITADOS CON FECHAS 17, 19 Y 29 DE JULIO DE 2002.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- D. Rafael Aranda Doncel, en nombre y representación de DESARROLLO DE LA TECNOLOGIA DE LAS COMUNICACIONES, S.C.A. (en adelante DTI), mediante escrito presentado en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) el día 17 de junio de 2002, planteó conflicto de acceso al bucle de abonado de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U (en adelante TELEFONICA).

DTI manifiesta en su escrito que con fecha 4 de abril de 2002 solicitó a TELEFONICA el alta de un puerto de acceso indirecto (pPAI) al bucle de abonado en modalidad "155 mbps óptico" para la demarcación de "Córdoba", solicitando asimismo, que se realizara la interconexión del citado puerto con las instalaciones de conmutación de DTI en la modalidad de entrega de señal usando fibras vacantes sobre el PDI de PROCONO, S.A. (en adelante PROCONO).

En relación con el establecimiento del pPAI, DTI alega que remitió su solicitud de alta con fecha 4 de abril de 2002, indicando el día 1 de mayo de 2002 como fecha deseada para el alta. El 30 de abril de 2002, TELEFONICA comunicó a DTI que ya tenían el pPAI activado, sin que TELEFONICA le hubiera entregado el código de usuario y contraseña para poder acceder al sistema web de TELEFONICA y poder gestionar las altas de los abonados. Ese mismo día DTI remitió a TELEFONICA los datos necesarios para que la entrega de señal se realizase utilizando infraestructuras de interconexión de PROCONO, mediante la utilización de fibras vacantes de su PDI. El 22 de mayo de 2002 TELEFONICA emitió la factura correspondiente al pPAI activado.

Con fecha 26 de julio DTI comunicó a esta Comisión que el día 17 de julio a las 13:00 horas quedaron terminados y recepcionados los trabajos de entrega de señal, desconociendo el solicitante si se trata de la entrega de señal solicitada o de una forma virtual de prestarla, quedando en espera de recibir el juego de palabras de paso y la dirección del sistema web en relación con el PAI solicitado, habiéndose producido un retraso en la entrega del servicio que se analizará en la resolución definitiva del procedimiento.

El día 19 de agosto se recibió en el registro de la CMT escrito presentado por DTI en el que aportaba información adicional sobre el conflicto que nos ocupa, aduciendo nuevos hechos y solicitando la adopción de nuevas medidas.

DTI manifiesta que con fecha 17 de julio de 2002 realizó mediante correo electrónico, dado que no disponen de las claves para el uso del Sistema de Gestión de Operadores, una solicitud de alta de acceso GIG-ADSL para dos líneas concretas de abonado. Al día siguiente TELEFONICA remitió a DTI un formulario específico para que efectuase dicha solicitud añadiendo DTI una línea de abonado adicional a las dos líneas anteriormente solicitadas. DTI reenvió a TELEFONICA el citado formulario ese mismo día. Los días 19 de julio y 29 de julio DTI remitió dos nuevas solicitudes para líneas concretas.

El 29 de julio, TELEFONICA remitió confirmación de la solicitud efectuada ese día por DTI, así como confirmación positiva de tramitación de las solicitudes anteriores.

Hasta la fecha únicamente se ha procedido a la instalación de uno de los accesos solicitados, no habiendo atendido TELEFONICA a ninguna de las numerosas reclamaciones efectuadas por DTI.

Segundo.- A la vista de la solicitud presentada por DTI, esta Comisión procedió a iniciar el correspondiente procedimiento administrativo, amparándose en la habilitación competencial establecida por la normativa de aplicación que se concreta más abajo.

Dicho trámite fue comunicado a los interesados, DTI y TELEFONICA, dirigiéndoles sendos escritos fechados el día 20 de junio de 2002 (cuya salida fue registrada el día 21 de junio), mediante los cuales se les informaba de que, en virtud de la solicitud de intervención presentada por la primera, había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo.

II. HABILITACION COMPETENCIAL DE LA COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES PARA INTERVENIR EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO

Primero.- De conformidad con el artículo 1.Dos.1 de la Ley 12/1997, la CMT tiene por objeto *"salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector"*.

Para el cumplimiento de ese objetivo general, el legislador ha encomendado a esta Comisión el ejercicio de determinadas funciones, entre ellas las recogidas en el artículo 1.Dos.2, letras c) y f), de la misma Ley 12/97:

- La letra c) establece que la CMT deberá *"velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias (...) para lo que dictará las resoluciones oportunas"*.
- La letra f) dice que la CMT deberá *"adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios"*.

Segundo.- En este mismo sentido, la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante LGT), establece en su artículo 25 que esta Comisión conocerá *"de los conflictos en materia de interconexión de redes si los obligados a permitirla no lo hicieran voluntariamente y de los relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión y de los producidos por el acceso a las redes públicas de telecomunicaciones"*.

Así el artículo 3.6 del Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes (RABA), se remite al citado artículo 25 de la LGT en cuanto a los conflictos que se produzcan en relación con el acceso al bucle de abonado.

Tercero.- Por su parte, el artículo 1.Seis de la citada Ley 12/97, y en su desarrollo el artículo 31 del Reglamento de la CMT, aprobado mediante Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante RCMT), habilitan a la CMT para, en el ejercicio de sus funciones, adoptar de oficio o a instancia de los interesados, una vez iniciado el correspondiente procedimiento, *"las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia (...) de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello"*.

Asimismo, el artículo el citado artículo 25 de la LGT dispone que, en el marco de la resolución de los conflictos de interconexión, la CMT puede adoptar *"medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva"*.

Cuarto.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la citada Ley 12/97 y en el artículo 2 del RCMT, esta Comisión, en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas, adecuará sus actuaciones a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).

En relación con la posibilidad de adoptar medidas cautelares, el artículo 72.1 de la citada LRJPAC establece que, *"Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo* (en este caso la CMT) *podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello"*.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO: CONCURRENCIA DE LOS PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA ADOPCIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR POR PARTE DE ESTA COMISIÓN

La presente resolución tiene por objeto adoptar una medida cautelar que asegure el efecto útil de la Resolución que en su día se dicte en el procedimiento iniciado por esta Comisión como consecuencia de la solicitud de DTI para que esta Comisión obligue a TELEFONICA a proveer el acceso indirecto al bucle de abonado y recursos asociados en las condiciones establecidas en el RABA y el la OBA.

En efecto, mientras se tramita el correspondiente procedimiento administrativo, es preciso arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar la efectiva aplicación de la normativa sobre acceso al bucle de abonado, sin perder de vista el bien jurídico protegido por el mismo, esto es, la garantía de la

competencia efectiva y la protección del derecho de los consumidores a disfrutar de los servicios de telecomunicaciones de alta velocidad facilitados por los diversos operadores en base al acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes por parte del resto de los operadores.

Para ello es preciso que dicha medida consista en ordenar a TELEFONICA a suministrar a DTI los accesos ADSL solicitados en fechas 17, 19 y 29 de julio de 2002, mientras se tramita el correspondiente procedimiento administrativo, y hasta tanto puedan determinarse con carácter definitivo las condiciones de acceso indirecto al bucle de abonado que han de aplicarse al caso concreto.

A tales efectos, concurren en el presente procedimiento todos los elementos necesarios que justifican la adopción de una medida cautelar:

- Existencia de elementos de juicio suficientes para adoptar la citada medida cautelar;
- Necesidad para asegurar la eficacia de la Resolución que pudiera recaer;
- Inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares *(ver, entre otras, las siguientes Sentencias: 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)*, concluyendo que no se produce vulneración de derechos constitucionales, incluso en el caso de que se tomen sin audiencia de las partes, siempre que:

- Exista una norma jurídica que permita su adopción;
- Se adopten las medidas cautelares por resolución fundada en Derecho;
- Y se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes.

III.1. Existencia de una norma jurídica que permite la adopción de las medidas cautelares en el marco del presente procedimiento

Como se ha indicado anteriormente en el Apartado II de esta Resolución *"Habilitación Competencial..."*, esta Comisión está facultada para adoptar medidas cautelares en el presente caso en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.Seis de la Ley 12/97 (y en su desarrollo, en el artículo 31 del RCMT), en relación con los artículos 1.Dos .1 y 1. Dos. 2, letras c) y f), del mismo texto legal; en el artículo 3.6 del RABA, en el artículo 25 de la LGT; así como en el artículo 72 de la LRJPAC.

III.2. Apariencia de buen derecho

Primero.- El procedimiento de alta de conexión en acceso indirecto desarrollado por la OBA, establece el procedimiento a seguir por parte del operador solicitante y por TELEFONICA, para efectuar la conexión. Así mismo se establecen los plazos en los que se deberán realizar las distintas actuaciones que contempla el procedimiento. Dicha regulación, garantiza el propio acceso y sus condiciones para la apertura del bucle de TELEFONICA, teniendo en cuenta su incidencia sobre la competencia en este mercado.

Segundo.- Según el escrito de DTI de 16 de agosto de 2002, la solicitud de altas de accesos GIG-ADSL se realizaron mediante correo electrónico puesto que TELEFONICA no había puesto a su disposición las claves para la utilización del Servicio de Gestión de Operadores, siendo esta suficiente para realizar las altas solicitadas.

Tercero.- TELEFONICA disponía de un plazo de 5 días laborables para aceptar o denegar las solicitudes realizadas por DTI, mientras que si no se indicaba una fecha determinada en la solicitud, en el plazo de 12 días laborables contados desde la solicitud, debería haberse producido el alta de conexión en acceso indirecto. No habiéndose respetado el procedimiento establecido al efecto.

III.3. Necesidad y urgencia de la medida cautelar a adoptar

Primero.- La medida cautelar propuesta en el presente procedimiento es necesaria para asegurar la eficacia de la Resolución que pudiera recaer, y su adopción debe de ser urgente, pues deberá producirse a la mayor brevedad para asegurar el efecto útil de la Resolución definitiva que se dicte en su día.

Segundo.- En efecto, el retraso injustificado por parte de TELEFONICA en atender las solicitudes de alta realizadas por DTI, impiden la utilización efectiva de los otros dos servicios, la constitución del "PAI" y de "entrega de señal", que DTI ha contratado con TELEFONICA y cuyas cuotas ya han sido facturadas al solicitante.

Asimismo, desde el punto de vista más general de la salvaguardia de la competencia en el mercado de las Telecomunicaciones, la no adopción de la medida cautelar de constante referencia debilitaría la posición competitiva de DTI en el mercado de los servicios de ADSL, puesto que imposibilita su entrada de manera efectiva en el mismo, con el consiguiente perjuicio económico para DTI derivado del retraso, y la puesta en funcionamiento de su oferta de servicios.

Por tanto, es preciso que la medida cautelar se aplique, y que se haga de manera inmediata, para evitar que se debilite de manera grave e irreversible la posición competitiva de DTI y se puedan producir eventuales perjuicios a sus legítimos intereses durante la tramitación del presente procedimiento.

Tercero.- Esta misma urgencia determina que se prescinda en el presente caso del trámite de audiencia, por otra parte no exigido en los preceptos que permiten la adopción de esta medida. La adopción de la medida *"inaudita parte"* no implica indefensión alguna, por cuanto la medida cautelar supone una verdadera llamada al interesado para que en la tramitación del procedimiento en curso pueda manifestar lo que a su derecho e intereses convenga y, en cualquier caso, siempre está abierta la posibilidad de interponer el correspondiente recurso administrativo o contencioso-administrativo.

III.4. Proporcionalidad e idoneidad de la medida cautelar a adoptar

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

Segundo.- Sin embargo, si no se adoptase la medida cautelar y se mantuviese la situación actual sí se producirían verdaderos perjuicios para los intereses de DTI, y en general para la libre competencia en el mercado referido y cuya apertura está comenzando a producirse.

Tercero.- Por tanto, es imperativa la intervención de esta Comisión, como garante de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, adoptando la medida cautelar objeto de la presente Resolución.

En razón de las consideraciones de hecho y de Derecho expuestas, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.Seis de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, así como en el artículo 25 de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

RESUELVE

Único: Obligar cautelarmente a TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U., a efectuar la entrega de los servicios de alta de conexión en acceso indirecto (que permite a un operador solicitar el alta en el servicio GigADSL para una línea concreta

de abonado) solicitados con fechas 17, 19 y 29 de julio de 2002 por DESARROLLO DE LA TECNOLOGIA DE LAS COMUNICACIONES, S.C.A., en el plazo de 6 días desde la recepción de la presente resolución, en las condiciones establecidas en el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes aprobado por Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre y en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado aprobada por Resolución de esta Comisión de 29 de abril de 2002.

El incumplimiento de la presente Resolución puede ser considerado como infracción muy grave, de conformidad con lo dispuesto en el 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 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 del 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

D. José María Vázquez Quintana.

D. José Giménez Cervantes.