COMISIÓN 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 08/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 28 de febrero de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba en el expediente número 2001/4372 la siguiente

RESOLUCIÓN SOBRE EL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN ENTRE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U Y LINCE TELECOMUNICACIONES S.A., PARA LA APLICACIÓN DE LOS PRECIOS DE LA OIR 2000 AL ACUERDO GENERAL DE INTERCONEXIÓN VIGENTE ENTRE AMBAS PARTES.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante escrito que tuvo entrada en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) con fecha 1 de marzo de 2001, la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TESAU) se ha dirigido a esta Comisión poniendo de manifiesto la falta de acuerdo existente en las negociaciones llevadas a cabo con Lince Telecomunicaciones S.A. (en adelante LINCE) para la aplicación del Acuerdo General de Interconexión firmado por ambas partes.

TESAU, expone que TESAU y LINCE venían aplicando los precios de interconexión de conformidad con las medidas cautelares adoptadas por la CMT mediante resolución de 27-7-2000 y que LINCE comunicó a TESAU su voluntad de que, respecto de dichos números, se aplicasen los nuevos precios de interconexión recogidos en el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

La resolución del consejo de la CMT de 8-11-2000 sobre la solicitud de intervención de LINCE respecto de la 'Tarifa plana personal' que comercializa Terra establece lo siguiente:

"Dado que la modificación de la OIR de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U., aprobada recientemente por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos ha entrado en vigor, de acuerdo con lo previsto en el Acuerdo de 19 de octubre, el día 1 de noviembre de 2000, pero la aplicación de los nuevos precios de interconexión establecidos en dicho Acuerdo se hacen depender del cumplimiento de ciertas condiciones, la presente Resolución confirma las medidas cautelares adoptadas en resoluciones de fecha 27 de julio y 28 de septiembre de 2000 y dispone la continuación de la aplicación de las mismas en las siguientes condiciones:

1. *Respecto de los nuevos números CASI se comuniquen a partir del 1 de noviembre de 2000 y mientras no se modifiquen los acuerdos de interconexión, serán de aplicación los precios establecidos en la nueva Oferta de Interconexión de Referencia de acuerdo con los correspondientes servicios de interconexión que aparecen en dicha oferta y de las características de los Puntos y Niveles de Interconexión ya acordados entre los operadores.*

2. *Respecto de los números CASI comunicados por los operadores en cumplimiento de lo dispuesto en las resoluciones de la CMT de fecha 27 de julio y 28 de septiembre de los corrientes seguirán siendo de aplicación las medidas contenidas en dichas resoluciones, con las siguientes salvedades:*

   - *Los operadores interconectados comunicarán a Telefónica su voluntad de que respecto de dichos números se apliquen los nuevos precios de interconexión recogidos en el Acuerdo de la Comisión Delegada de Asuntos Económicos.*
   - *A partir de esa comunicación, Telefónica aplicará dichos precios de interconexión de la misma forma que se ha descrito en el apartado anterior.*

En el supuesto de que transcurridos diez días a contar desde la notificación de esta resolución no se hubiera realizado la comunicación a que se refiere este apartado, Telefónica podrá aplicar respecto de dichos números las condiciones generales de interconexión contendidas en los acuerdos de interconexión actualmente en vigor."

TESAU comenzó a aplicar los nuevos precios y servicios de interconexión recogidos en la modificación de la OIR, y TESAU indica que comunicó a LINCE las condiciones para la aplicación de los precios de interconexión para la tarifa

plana contenido en el apartado 4 del Acuerdo por el que se modifica la OIR. TESAU indica que comunicó a LINCE lo siguiente:

"Los números correspondientes a las líneas de abonado que se acojan a la tarifa plana para acceso a internet deberán comunicarse a Telefónica de España S.A.U., por los operadores interconectados con una antelación mínima de 15 días al de efectividad para el usuario."

Por lo tanto, TESAU indica que los precios de interconexión vendrán dados por el número de líneas de abonado comunicados por el operador, que TESAU entiende deberán ser aquellos que han contratado tarifa plana de acceso a Internet con el operador.

TESAU informa que LINCE introduce un concepto para consolidación de la facturación que es "el número de logines correspondientes a los Números A de los clientes que han contratado tarifa plana con LINCE". TESAU informa que LINCE ha comunicado un número de líneas de abonado y un número de logines menor (ambos números no se incluyen en el escrito al ser datos confidenciales de acuerdo a la indicación de LINCE). TESAU indica que en el momento de la reunión de consolidación, LINCE pretende que el número de precios planos de interconexión facturables sea el correspondiente al número de logines y no al número de líneas de abonado y que los minutos no facturables en función del tiempo sean todos los originados en la totalidad de las líneas de abonado comunicadas. TESAU se niega a aceptar la las condiciones de aplicación de los precios planos de interconexión propuesta por LINCE y los representantes de LINCE se niegan a aceptar las cantidades que los representantes de TESAU presentan a LINCE.

La propuesta de TESAU consiste en que se aplique los precios planos de interconexión al número de líneas de abonado comunicadas y facturar el tráfico originado en el resto de las líneas de abonado comunicadas por tiempo, de acuerdo con los precios correspondientes del AGI.

Telefónica solicita que:

1. Se admita la interpretación de TESAU sobre las condiciones de aplicación del precio plano de interconexión para el acceso a Internet admitiendo que el número de unidades de precio plano de interconexión facturables corresponde al número de líneas de abonado.

2. Se inste a LINCE a aceptar las cantidades facturables, de acuerdo al cálculo realizado conforma a las condiciones fijadas en el punto anterior.

TESAU solicita que en el caso que no se admita su interpretación anterior, la CMT acuerde a instar a LINCE a que determine las líneas planas vendidas por él y que admita el resto de tráfico a facturarse por minuto.

Segundo.- Mediante escrito que tuvo entrada en la CMT con fecha 11 de mayo de 2001, la entidad LINCE alega los siguientes puntos:

i. Las condiciones de aplicación de los precios de interconexión planos de la OIR 2000 establecidos por la resolución de esta Comisión de noviembre no determina la aplicación del apartado 4 de la Orden de 31 de octubre.
ii. La Orden de 31 de octubre no reconoce que exista o deba existir una relación biunívoca entre números A y tarifas planas contratadas por el operador interconectado.
iii. La postura de TESAU tiene efectos anticompetitivos en el mercado del acceso a Internet a través de la RTC e impide a los operadores emular la oferta de tarifa plana de Terra
iv. Propuestas de LINCE para efectuar la facturación de la tarifa plana asociada a su numeración CASI tienen en cuenta las consideraciones anteriores así como el interés de los usuarios en disponer de movilidad ofreciendo a la vez las necesarias garantías de objetividad.

El desarrollo del punto **i** sobre la aplicabilidad del apartado 4 de la Orden de 31 de Octubre, LINCE indica que en la mencionada resolución "(...)Respecto de los números CASI comunicados por los operadores en cumplimiento de lo dispuesto en las resoluciones de la CMT de fecha 27 de julio y 28 de septiembre de los corrientes seguirán siendo de aplicación las medidas contenidas en dichas resoluciones, con las siguientes salvedades:

- Los operadores interconectados comunicarán a Telefónica su voluntad de que respecto de dichos números se apliquen los nuevos precios de interconexión recogidos en el Acuerdo de la Comisión Delegada de Asuntos Económicos.
- A partir de esa comunicación, Telefónica aplicará dichos precios de interconexión de la misma forma que se ha descrito en el apartado anterior. (...)".

LINCE hace también mención al apartado anterior en el que establece que "Respecto de los nuevos números CASI se comuniquen a partir del 1 de noviembre de 2000 y mientras no se modifiquen los acuerdos de interconexión, serán de aplicación los precios establecidos en la nueva Oferta de Interconexión de Referencia de acuerdo con los correspondientes servicios de interconexión que aparecen en dicha oferta y de las características de los Puntos y Niveles de Interconexión ya acordados entre los operadores.".

LINCE informa que comunicó a TESAU mediante carta de 15 de noviembre los números CASI.

Ahora bien, sostiene que las condiciones para la aplicación de los mencionados precios de interconexión planos que establece la Resolución de 8 de noviembre no se extienden al apartado 4 de la Orden de 31 de octubre, por la que se publica el acuerdo de la Comisión Delegada, y ello es porque la resolución de esta Comisión se refiere únicamente a la aplicación de acuerdos "los correspondientes servicios de interconexión que aparecen en dicha oferta y de las características de los Puntos y niveles de Interconexión ya acordados entre operadores".

De acuerdo a LINCE, los correspondientes servicios de interconexión" se refieren a acceso o terminación y las "características de los Puntos y Niveles de Interconexión" se refieren a Local/metropolitano o tránsito simple.

El desarrollo del punto **ii**, LINCE indica que la Orden de 31 de octubre no establece ninguna conexión necesaria entre una tarifa plana de cliente y un número A.

Respecto al punto **iii**, LINCE indica que la interpretación de TESAU obliga a que LINCE no pueda ofrecer una oferta comercial que prescinda del factor de movilidad. LINCE indica que está claro que el grupo TELEFÓNICA ofrece tarifas planas con movilidad a través de su filial Terra Networks España S.A.U. (en adelante TERRA) de manera que las condiciones de interconexión ofrecidas por TESAU a los operadores alternativos deben permitir que estos puedan emular las ofertas ofrecidas por TERRA y, en general, por el grupo TELEFÓNICA.

LINCE indica también que su sistema no permite a un usuario abrir dos sesiones a la vez.

En el punto **IV**, LINCE ofrece dos métodos diferentes para poder facturar por 'logines[1]' en vez de números A dados a TESAU.

Método 1: Facturación por logines con auditorías periódicas.

LINCE piensa que la relación entre logines y números A que están relacionados entre si, no tiene ningún interés para TESAU siendo además una información con valor comercial exclusivamente al revelar pautas de comportamiento de los clientes de LINCE o de los ISP que utilizan que no

[1] Cada usuario necesita un identificador (login) y una clave secreta (password) para acceder al servidor de LINCE de internet. Así, cada usuario que posea una tarifa plana con LINCE posee un 'login'. Por ello, LINCE indica que las tarifas planas a pagar están relacionadas con los logines en vez de con los números A de los abonados.

deben ser objeto de comunicación a un competidor. LINCE entiende que no es necesario ni oportuno proporcionar esa información a TESAU.

El método consistiría en informar a TESAU del número de tarifas planas mensuales que se deben pagar (tanto local como tránsito simple) y que un tercero haga una auditoría trimestral para poder asegurar a TESAU que se ha facturado correctamente. Indica LINCE que este sistema es más complejo y tiene dificultades ya que al no existir un número A principal por login, puede existir varios números A con diferentes niveles de interconexión: uno local y otro tránsito simple, de manera que no se puede aproximar el nivel de precio plano de interconexión aplicable a cada caso.

Método 2: Facturación por números A corregida según porcentaje de movilidad

En este segundo punto propone definir una proporción de movilidad total de manera que se puede corregir el número de precios planos en función de este.

Así, si la movilidad es de un p%, el número de precios planos a pagar a TESAU con tarifa local se corregiría por el factor (1-p) y el número de precios planos con tarifa de tránsito simple debería corregirse por (1-p) también.

Tercero.- Mediante resolución de fecha 9 de agosto de 2001 esta Comisión aprobó la oferta de interconexión de referencia (en adelante, OIR) de TESAU para el año 2001. En dicha oferta se aprueba la llamada interconexión por capacidad.

Cuarta.- Con fecha 19 de octubre de 2001 tuvo salida de esta Comisión el informe de los servicios de esta Comisión donde se concluye que *"...LINCE deberá proporcionar a TESAU todos los números que se acogen a la tarifa plana de Internet en interconexión para la aplicación de la Orden de 31 de Octubre de 2000. LINCE tiene obligación a pagar un precio plano de interconexión a TESAU por cada número de línea de abonado comunicado que se acoge a la tarifa plana descrita en la Orden de 31 de octubre de 2000. Para el resto de números de líneas de abonado deberá facturarse por minuto.*

Dicha revisión ha de tener efectos retroactivos a agosto de 2000, procediéndose por ambas partes a las compensaciones a que hubiera lugar en razón del tráfico cursado entre la fecha de efectividad de la aplicación del modo de facturación por tarifa plana y la fecha de resolución que dicte la CMT resolviendo el presente procedimiento."

Quinto.- Con fecha 8 de noviembre de 2001 tuvo entrada en esta Comisión documento de LINCE de alegaciones al informe de los servicios escrito por esta Comisión.

En dicho documento, LINCE alega que el informe de esta Comisión admite que TERRA ofrece la misma tarifa plana con movilidad que LINCE y, en general, el grupo TELEFÓNICA ofrece la misma oferta con movilidad y sin movilidad.

Por otro lado, indica que la disponibilidad del modelo de interconexión por capacidad no garantiza poder emular las ofertas del grupo TELEFÓNICA por dos razones: la primera basada en que transcurrirán meses hasta que se modifique el acuerdo entre LINCE y TELEFÓNICA y por otra parte que la migración total o parcial de todo o parte del tráfico, de voz o de Internet, al modelo de interconexión es una opción al operador alternativo, no pudiendo presumirse que LINCE, ni ningún operador, migrará efectivamente su tráfico de tarifa plana o de otro tipo a este modelo. LINCE afirma que no puede corregirse una distorsión competitiva grave y reconocida mediante la posibilidad de teórica y voluntaria de migrar a un nuevo modelo de interconexión.

A juicio de LINCE, el informe obligaría a excluir la movilidad mientras no se adapte al modelo de capacidad generando enormes perjuicios económicos y competitivos. Además, LINCE expone que el Grupo TELEFÓNICA favorece su propio servicio ADSL en detrimento de la tarifa plana (a través de la RTC) ofrecida al mercado residencial. Esta actitud refuerza la posición dominante del Grupo TELEFÓNICA.

Para LINCE, el informe no fundamenta la afirmación del informe sobre las posibilidades de fraude que se producirían por vía de la movilidad ya que los sistemas de LINCE no permiten que existan un acceso para un usuario nada más que desde números asociados al servicio que ha contratado un usuario, que autentifican a los usuarios mediante login/password y que solo permiten tener una conexión activa con un login/password. Además, LINCE indica que como toma ya las medidas necesarias para evitar el fraude y está dispuesta a someterse a auditorías periódicas, la imposibilidad que TELEFÓNICA actúe ex ante no puede primar sobre el interés de prestar el servicio. Para LINCE, que varios usuarios distintos accedan a Internet, mientras no lo hagan simultáneamente, no sería fraudulento ya que tampoco lo sería si varias personas de la misma familia lo hace. En este punto, LINCE dice que el estudio técnico presupone que la compartición de login es fraudulenta y, por lo tanto, la movilidad también es fraudulenta.

LINCE reitera que la orden de 31 de Octubre de 2000 no establece ninguna conexión entre una tarifa plana de cliente y un número A, por una parte, o entre un precio plano de interconexión, como pretende TELEFÓNICA, sino que obliga al operador a informar a TELEFÓNICA de los números A asociados a un esquema de tarifa plana, sin determinar si uno o varios números A puede corresponder a una tarifa plana contratada.

LINCE termina haciendo una serie de propuestas de para poder garantizar la movilidad, que son:

- Método 1: Facturación por logines con auditorías periódicas. Explicado anteriormente.
- Método 2: Facturación por números A corregida según porcentaje de movilidad. También explicado anteriormente.

LINCE alega también que la conclusión del informe en la que se dice que *"LINCE tiene la obligación de pagar un precio plano de interconexión a TESAU por cada número de línea de abonado comunicado que se acoge a la tarifa plana descrita en la Orden de 31 de octubre de 2000. Para el resto de números de líneas de abonado deberá facturarse por minuto"* no está fundada y es desproporcionada. La retroactividad del pago por minuto de las líneas asociadas al servicio crea ex novo una desventaja competitiva para LINCE durante el periodo de aplicación de la retroactividad ya que el grupo TELEFÓNICA ha ofrecido movilidad durante todo o parte del periodo de regulación.

Por último, LINCE solicita que dicte resolución instando la aplicación de:

i. El método 1 (Facturación por logines con auditorías periódicas), o subsidiariamente
ii. mediante el método 2 (Facturación por números A corregida según porcentaje de movilidad) o, subsidiariamente
iii. facturar un precio plano por cada número de línea de abonado comunicado a TELEFÓNICA desde que se dicte la Resolución (sin retroactividad) o subsidiariamente
iv. LINCE proceda a una regularización retroactiva satisfaciendo un precio plano de interconexión sin que en ningún caso proceda a pagar precios por minuto.

Sexto.- Con fecha 11 de febrero de 2002 tuvo salida de esta Comisión un requerimiento de información a TERRA solicitando la siguiente información:

i. Fecha en que TERRA comenzó a ofrecer el servicio de Tarifa plana con movilidad a sus usuarios.
ii. Fecha en que TERRA dejó de ofrecer la tarifa plana con movilidad geográfica a nuevos usuarios.
iii. Fecha en la que TERRA suprimió la movilidad a los usuarios que ya la poseían.

Séptimo.- Con fecha 18 de febrero de 2002 tuvo entrada en esta Comisión escrito de TERRA cumpliendo el requerimiento de información y comunicando que comenzó a ofrecer la tarifa plana con movilidad el 10 de julio de 2000 y dejó de prestar el servicio de tarifa plana con movilidad el 31 de julio de 2001.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1.- En lo referente a la habilitación competencial de la CMT para intervenir en el presente Procedimiento.

En relación con la solicitud de intervención presentada por CAPCOM, las competencias de la CMT para intervenir en este caso derivan de los dispuesto en las siguientes normas sectoriales:

Primero.- La Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre (en adelante Ley 12/97), en su artículo 1.Dos.1, establece que 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 los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector; idéntica previsión se establece en el artículo 4 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante Reglamento de la CMT).

Segundo.- Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de la CMT para actuar en esta materia, recogida en el artículo 1.Dos.2, letra e), de la citada Ley 12/97, y en los artículos 19.2 y 22 del mencionado Reglamento de la CMT, que establecen que es función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de interconexión de redes si hubiese un desacuerdo sobre la forma y condiciones de hacer efectiva la misma.

Asimismo, tanto el artículo 25 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante LGT), como en el artículo 2.6 del Reglamento de interconexión, acceso a las redes públicas y a la numeración, aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio (en adelante RIN), establecen que la CMT habrá de resolver los conflictos relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión.

Las disposiciones nacionales reseñadas forman parte de la transposición al ordenamiento jurídico nacional de lo establecido en la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad de los servicios mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP), publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) L-199, de 26 de julio de 1997; en particular derivan de lo establecido en su artículo 9, relativo a los cometidos

generales de las Autoridades Nacionales de Reglamentación en materia de interconexión.

Tercero.- La CMT 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, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante LRJPAC), texto legal que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la citada Ley 12/97 y en el artículo 2 del asimismo citado Reglamento de la CMT, regula el ejercicio de las funciones públicas que la CMT tiene encomendadas.

Por tanto, se debe concluir que esta Comisión está especialmente habilitada para conocer y resolver el Conflicto de Interconexión entre TESAU y LINCE planteado por la primera.

II.2.- En lo referente a la utilidad de la oferta de uso de tarifa plana con movilidad a los usuarios.

La tarifa plana tiene por objeto ofrecer a todos los usuarios de la red pública telefónica fija la posibilidad de acceder a Internet con un precio fijo (2750 pesetas mas IVA en el caso de TESAU) con un horario entre las cero y ocho horas y entre las dieciocho y la veinticuatro de lunes a viernes y de cero a veinticuatro horas los sábados, domingos y festivos.

Esta oferta tiene sentido dentro del ámbito de la aplicación de los objetivos del Gobierno a “promover el desarrollo y la utilización de los nuevos servicios, redes y tecnologías cuando estén disponibles y el acceso a éstos, en condiciones de igualdad, de ciudadanos y entidades (...)” como se indica en el apartado d) del artículo 3 de la Ley General de las Telecomunicaciones (en adelante LGT). Evidentemente, de nada serviría la utilización de nuevos servicios si éstos no se hicieran accesibles más que a una minoría de usuarios.

TESAU, de acuerdo a la orden de 31 de Octubre de 2000 por la que se aprueban las condiciones particulares de contratación de la nueva tarifa plana, ofrece ésta a sus usuarios. La oferta de tarifa plana de TESAU no incluye movilidad. El concepto de movilidad consiste en la posibilidad de poder acceder desde cualquier teléfono a Internet sin tener el usuario que pagar un extra por acceder desde diferentes terminales de la red telefónica fija mientras sea el mismo usuario. Este concepto de movilidad fomenta el uso de Internet entre los usuarios finales, ya que en desplazamientos vacacionales o de descanso de fin de semana, los usuarios pueden utilizar Internet y pagar solamente una vez por el acceso a Internet sin tener que pagar un extra en el segundo acceso de la red telefónica fija. Este pago extra puede retraer el acceso al servicio por parte del usuario.

Se podía observar que el grupo Telefónica, a través de TERRA, ofrecía la misma tarifa plana que TESAU incluyendo movilidad a los usuarios.

Por lo tanto, la tarifa plana es una herramienta para fomentar el acceso Internet por los usuarios. Además, el concepto de movilidad es bueno para los usuarios, permitiendo no retraer el uso de Internet debido a un aumento de costes.

II.3.- En lo referente al perjuicio que pudiera ocasionarse a TESAU al permitir precios planos con movilidad a terceros operadores.

Si un segundo operador, en este caso LINCE, quisiera ofrecer movilidad a sus usuarios, de acuerdo al apartado 4 de la Orden de 31 de Octubre de 2000 donde se modifica la Oferta general de interconexión de referencia de TESAU, debería comunicar a TESAU los números correspondientes a las líneas de abonado que se acojan a la tarifa plana para acceso a Internet.

De acuerdo a la información suministrada por LINCE a esta Comisión, en la tarifa plana con movilidad que ofrece, un usuario solo puede abrir una sesión a la vez a través del ISP.

Sin embargo, es extraordinariamente difícil controlar que es un único usuario el que está accediendo desde dos terminales distintos y además, TESAU no tiene la posibilidad de controlarlo. Si varios usuarios, cometiendo fraude, estuvieran "compartiendo" la misma identidad ("login") repartiéndose el horario, TESAU estaría perjudicada al utilizarse los recursos de interconexión de una manera distinta a la esperada, ya que no sería el mismo patrón de acceso a Internet en el caso de un único usuario con movilidad que el de varios usuarios cometiendo un supuesto fraude y compartiendo "login". En este punto, si bien puede admitirse que la compartición de un login por varios usuarios no se puede presuponer que sea fraudulento, no es menos cierto que el riesgo de compartición del servicio de acceso a Internet debe ser asumido por LINCE, no por TESAU.

Suponiendo que un usuario sólo pudiera acceder desde un solo terminal a la vez, la utilización de recursos de red de TESAU de un usuario con movilidad no se solaparían. Es decir, cuando estuviera conectado en un número, no lo estaría en otro, estando los recursos asociados en el segundo número libres, sin "gastar" un exceso de recursos de interconexión a TESAU.

Por lo tanto, aunque un usuario de Internet con movilidad se puede conectar desde diferentes números, sólo estará utilizando los recursos de TESAU relacionados a una llamada a la vez en un momento determinado. Por lo tanto, no sería necesario pagar varios precios planos de interconexión cuando existiera movilidad, con la condición de una única sesión activa en un momento por usuario.

No obstante lo anterior, debe recordarse que los precios de interconexión están orientados a costes y, por lo tanto, la tarifa plana ha de estarlo. Ese precio orientado a costes es un precio promediado que ha de tener en cuenta el uso de elementos de red de un usuario tipo de tarifa plana de acceso a Internet. Sin embargo, dada la mayor comodidad que para el usuario supone la tarifa plana con movilidad, derivada de la posibilidad de hacer uso de la misma desde diferentes lugares, cabe presuponer, al menos teóricamente, que existe en este caso un mayor uso de los elementos de red que respecto de los casos en que no existe movilidad. En estos casos, el precio plano de interconexión sería insuficiente para remunerar a TESAU por el uso de los elementos de red en interconexión.

II.4.- En lo referente a la necesidad de cumplimiento por parte de LINCE del apartado 4 de la Orden de 31 de octubre.

LINCE sostiene que las condiciones para la aplicación de los mencionados precios de interconexión planos que establece la Resolución de 8 de noviembre no se extienden al apartado 4 de la Orden de 31 de octubre. Ello es porque la resolución de esta Comisión se refiere únicamente a la aplicación de acuerdos "*los correspondientes servicios de interconexión que aparecen en dicha oferta y de las características de los Puntos y niveles de Interconexión ya acordados entre operadores*".

De acuerdo a LINCE, "*los correspondientes servicios de interconexión*" se refieren a acceso o terminación y "*las características de los Puntos y Niveles de Interconexión*" se refieren a Local/metropolitano o tránsito simple.

Sin embargo, la modificación de la OIR según la Orden de 31 de octubre incluye tres puntos para poder definir completamente el servicio: el tipo de servicio (acceso a Internet), las condiciones económicas y las condiciones de aplicación (apartado 4). Evidentemente, un servicio no queda completamente definido si no están incluidos los tres puntos, que es como se describe en la Orden de 31 de octubre. Si el apartado 4 no aplicara según explica LINCE en su escrito, TESAU no podría saber desde cuando aplicar los precios planos para los distintos números A dados por LINCE. Por otro lado, la resolución de 8 de Noviembre de la CMT a la que hace referencia LINCE, determina los precios de aplicación a los números CASI comunicados por los operadores antes y después del 1 de Noviembre a TESAU. La resolución de 8 de Noviembre no define nuevas condiciones de aplicación distintas a las de la Orden Ministerial (apartado 4) y, por lo tanto, dicho apartado 4 debe cumplirlo LINCE.

II.5.- En lo referente si la postura de TESAU tiene efectos anticompetitivos en el mercado del acceso a Internet a través de la RTC e impide a los operadores emular la oferta de tarifa plana de Terra.

De acuerdo con la resolución de 27 de Julio de 2000 sobre la denuncia de LINCE respecto de la "TARIFA PLANA PERSONAL" que comercializa TERRA por la que se adoptan medidas cautelares, se entiende que *"(E)n definitiva, el mercado relevante sería el de provisión de acceso a INTERNET, bien se realice ese acceso mediante la marcación por el usuario de un número geográfico, bien mediante la marcación de un número de inteligencia de red. "*

También se demostró en dicha resolución que *"...si bien TERRA no podría ser considerada operador dominante en el mercado nacional de servicios de provisión de acceso a Internet a través de RTC y RDSI, no es menos cierto que, a través de algunas de las compañías que lo integran, el grupo empresarial al que TERRA pertenece ostentaría posiciones de dominio en diversos sectores conexos a aquél: todos los correspondientes a los servicios que constituyen el soporte necesario para que un PSI pueda proveer los servicios de acceso a la Red."*

LINCE alega que el grupo Telefónica, a través de TERRA, ofrecía la misma tarifa plana con movilidad que LINCE, por lo que el pago de una tarifa plana por número A hace económicamente imposible ofrecer dicha movilidad a los clientes y, por tanto, emular las ofertas del grupo TELEFÓNICA.

Las medidas cautelares adoptadas por esta Comisión con fecha 27 de julio de 2000 obligaban a TESAU a ofrecer tarifa plana en interconexión en condiciones tales que fuera emulable la oferta que comercializaba TERRA, lo que permitía a LINCE pagar una sola tarifa plana por login, sin cargo adicional por los demás números A comunicados.

Sin embargo, estas medidas cautelares dejaron de surtir efectos con la aceptación por LINCE de las condiciones de tarifa plana de interconexión introducidas por el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Si LINCE estimaba que tales condiciones no permitían emular la tarifa plana con movilidad que ofrecía el Grupo Telefónica a través de TERRA, debía haber solicitado a esta Comisión, bien la modificación de la OIR de Telefónica, bien la adopción de las medidas precisas para garantizar tal emulabilidad (medidas que esta Comisión podría haber adoptado al amparo de las competencias que le confieren las letras c) y f) del artículo 1.Dos.2 de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones).

No obstante, en la resolución del presente conflicto de interconexión, esta Comisión no puede desconocer que parte de las razones que justificaron la adopción de la medida cautelar subsistían aún después de la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia por Orden de 31 de octubre.

En esta situación, el mantenimiento por LINCE del atributo de la movilidad en su oferta de tarifa plana, si se le aplicaran estrictamente las condiciones de la

citada Oferta de Interconexión, le generaría una dificultad adicional de competir con el grupo TELEFONICA que, a través de TERRA, comercializaba una tarifa plana con similares características.

Esta situación de imposibilidad competitiva desapareció cuando TERRA suprimió la oferta de tarifa plana con movilidad geográfica, tanto para nuevas suscripciones como para aquellos que disfrutaban de dicho servicio. Dicha fecha fue el 31 de julio de 2001.

En otro orden de cosas, y en cuanto a la alegación de que el modelo de interconexión por capacidad no garantiza emular las ofertas del grupo Telefónica, debido a que es una opción del operador y que pueden pasar meses hasta que se modifique el acuerdo, esta Comisión está de acuerdo totalmente que es una opción que se le ofrece a los operadores para agregar tráfico y que en ningún momento se les obliga a utilizarla. Si los operadores obtienen algún tipo de beneficio, deben decidir el uso de este tipo de interconexión por capacidad. Además, está claro que no hay en la OIR 2001 ninguna obligación a los operadores para aplicar la interconexión por capacidad.

Sobre si la oferta de TERRA de ADSL refuerza la posición dominante del grupo Telefónica, éste no es el momento para pronunciarse sobre dicho punto al no estar directamente relacionado con el conflicto de interconexión

II.7. Solución adoptada por esta Comisión

El artículo 2.6 del Reglamento de Interconexión señala que “los conflictos que se produzcan en relación con los acuerdos de interconexión se resolverán por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley General de Telecomunicaciones.

A efectos de dirimir los conflictos anteriormente mencionados, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá en cuenta, en particular, los siguientes criterios:

a) El interés del usuario...

c) La conveniencia de fomentar ofertas innovadoras en el mercado y de dotar a los usuarios de una amplia gama de servicios de telecomunicación de ámbito nacional y comunitario.

d) La disponibilidad de alternativas técnica y comercialmente viables a la interconexión solicitada.

e) La conveniencia de garantizar la igualdad en las condiciones de acceso...

h) Las posiciones relativas de las partes en el mercado.

i) El interés público.

j) La promoción de la competencia...".

La apreciación de estas circunstancias, cuya relevancia ha sido expuesta a lo largo de esta resolución, hacen que esta Comisión haya de dictar una resolución en la que se valore, esencialmente:

- El uso adicional de recursos de interconexión de los usuarios de tarifa plana con movilidad.

- El hecho de que durante gran parte del periodo de tiempo a que el conflicto se refiere el Grupo Telefónica, a través de TERRA, ha estado comercializando una tarifa plana personal con movilidad (que, aunque diferente desde diversos puntos de vista respecto de la de LINCE, era percibida como similar por los potenciales clientes), si bien esa oferta fue ya retirada con fecha 31 de julio de 2001.

En definitiva, esta Comisión entiende que desde la aceptación por LINCE de los precios fijados en el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de modificación de la O.I.R. de TESAU, LINCE debe pagar tantas tarifas planas de interconexión como logines haya comunicado a TESAU. Para aquellos 'logines' que tienen acceso desde una segunda línea de abonado, LINCE y TESAU habrán de negociar el pago de una cantidad adicional, teniendo en cuenta el número medio de minutos cursados a la numeración CASI de Lince a través de esas segundas o sucesivas líneas y el nivel de interconexión correspondiente.

En el caso de que las partes no llegaran a un acuerdo sobre la cuantía de ese pago adicional, podrán plantear nuevo conflicto ante esta Comisión, acreditando:

- En el caso de LINCE, por cada tarifa plana contratada por sus usuarios, el login comunicado a TESAU que corresponda a cada usuario, así como los números A asociados a cada login y el número de minutos por mes consumidos por cada número A.

- En el caso de TESAU, el mayor consumo de recursos de interconexión y el mayor coste que ha supuesto la tarifa plana con movilidad de LINCE respecto de la tarifa plana normal.

Sin embargo, desde el momento en que el grupo TELEFONICA, a través de TERRA, ha dejado de ofrecer tarifa plana con movilidad, dejan de tener aplicación las consideraciones expuestas en esta resolución acerca de la imposibilidad de LINCE de emular, en las condiciones previstas en la OIR, la oferta del indicado grupo de telecomunicaciones. Siendo la promoción de la competencia el criterio fundamental tomado en consideración al resolver el presente conflicto, esta Comisión estima que a partir de 1 de agosto de 2001, y con el fin de equiparar las condiciones en que todos los agentes del mercado pueden ofrecer tarifa plana, LINCE habrá de abonar los servicios de interconexión que ha demandado a TESAU con aplicación estricta de las condiciones fijadas en la Oferta de interconexión vigente en cada momento.

En virtud de las consideraciones de hecho y de Derecho expuestas, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

Primero.- Para el periodo comprendido entre la aceptación por LINCE de las condiciones fijadas en el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de modificación de la O.I.R., y el 31 de julio de 2001, LINCE deberá pagar a TESAU un precio plano de interconexión por login más una retribución adicional, negociada entre ambas partes con arreglo a los criterios fijados en la presente resolución, por aquellos logines en los que exista más de un número de abonado asociado.

Segundo.- Desde el día 1 de agosto de 2001, LINCE habrá de abonar a TESAU los servicios de interconexión que ésta le haya prestado con aplicación estricta de lo previsto en la Oferta de Interconexión de Referencia de TESAU vigente en cada momento.

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 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