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 la

RESOLUCIÓN RELATIVA A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES SOBRE LA OBLIGACION POR PARTE DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U DE PROCEDER A LA MIGRACIÓN DE ENLACES POR TIEMPO A ENLACES POR CAPACIDAD DE LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A.U., SEGÚN LO ESTABLECIDO EN EL MODELO DE INTERCONEXIÓN POR CAPACIDAD DISPUESTO EN LA OFERTA DE INTERCONEXIÓN DE REFERENCIA DE 2001

Resolución del 28 de febrero de 2002 en el expediente DT 2002/5954

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 24 de enero de 2002 tiene entrada en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) escrito de Christian Hacker, actuando en nombre y representación de LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A.U. (en adelante, Lince) en el que se describe el incumplimiento por parte de Telefónica DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante Telefónica) en la adaptación del Acuerdo General de Interconexión (en adelante, AGI) suscrito entre ambos a la OIR 2001, en particular de la aplicación del modelo de interconexión por capacidad.

En concreto, se expone lo siguiente por parte de Lince:

1.- Que la OIR 2001 introduce un modelo de interconexión por capacidad complementario al modelo de interconexión vigente previamente a la aprobación de la OIR 2001, estando Telefónica obligada a facilitar la interconexión bajo el modelo temporal y bajo el modelo por capacidad en

condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y fundadas en criterios objetivos.

2.- Que la OIR 2001 dispone que el modelo de interconexión por capacidad se estructura en una oferta de servicios de interconexión por capacidad a la que pueden acogerse todos los operadores que lo deseen. Y que se establece un periodo de 60 días naturales a contar desde la entrada en vigor de la OIR 2001 para que Telefónica realice las adaptaciones necesarias en su red, quedando en suspenso las eventuales solicitudes de enlaces de interconexión por capacidad que se realizaran por los operadores durante ese periodo de tiempo y hasta su expiración, momento en el cual comenzarán a contar los plazos. Que dicho periodo de 60 días Lince sostiene que ha expirado.

SEGUNDO. Lince solicitó a Telefónica mediante escrito del 22 de agosto de 2001, la aplicación de las modificaciones económicas introducidas por la OIR 2001. Asimismo, mediante carta enviada a Telefónica el 26 de septiembre de 2001, solicitó la adaptación de su AGI a la OIR 2001, en particular la inclusión del modelo de interconexión por capacidad.

TERCERO. Lince reiteró a Telefónica su solicitud de adaptación, con carácter general, del AGI a la OIR 2001 mediante carta de 5 de noviembre de 2001.

CUARTO. Que después de iniciadas una serie de reuniones y contactos telefónicos para la implantación del modelo de interconexión por capacidad entre las partes, Lince, mediante carta enviada el 10 de diciembre de 2001, comunicó a Telefónica su deseo de disponer cuanto antes de la interconexión por capacidad, separando algunos aspectos no esenciales para ser tratados con posterioridad. En particular, la posibilidad de cursar el tráfico de los enlaces de capacidad hacia los de tiempo que se encuentren disponibles en el mismo PdI, hasta un porcentaje o con un límite determinado por acuerdo entre las partes (o, en su caso, resolución de la CMT). Lince también solicitó la aplicación de los precios de interconexión por capacidad una vez se hubieran excedido los plazos de migración por causa atribuible a Telefónica, de conformidad con lo dispuesto en la OIR.

QUINTO. Con fecha 10 de enero de 2002 Lince remitió a Telefónica formularios de pedido de migración de enlaces del modelo de interconexión por tiempo al modelo de interconexión por capacidad para tráfico de voz en Internet en cinco PdIs de los existentes entre ambos, así como una propuesta de procedimiento de migración operativa al nuevo modelo de interconexión. Adicionalmente, con fecha 11 de enero de 2002, Lince remitió a Telefónica una carta resumiendo el contenido de los mencionados pedidos así como el procedimiento de migración propuesto.

SEXTO. Que Telefónica no ha dado curso a ninguno de los pedidos efectuados por Lince, enviándole una carta con fecha 18 de enero de 2002 en la que incluye una serie de puntualizaciones que, en opinión de Lince, tienen por objeto denegar, de forma totalmente injustificada, la implementación del nuevo modelo. En consecuencia, mediante carta de 21 de enero de 2002, Lince contesta a las puntualizaciones formuladas por Telefónica, ninguna de las cuales puede en opinión de Lince, demorar o impedir la migración solicitada.

SÉPTIMO. Con motivo del incumplimiento alegado, Lince solicita a esta Comisión:

1.- Instar a Telefónica a poner efectiva e inmediatamente a disposición de Lince el modelo de interconexión por capacidad recogido en la OIR 2001.

2.- Instar a Telefónica a entregar a Lince los pedidos de migración de enlaces a interconexión por capacidad para tráfico de voz e Internet solicitados en los plazos que dispone la OIR 2001 para ello.

3.- Declarar expresamente que Lince está legitimado para:

- Mezclar tráfico de voz y de Internet en los mismos enlaces de interconexión por capacidad.
- Mantener un grado de ocupación real de los enlaces de interconexión por capacidad por encima del grado de ocupación teórico utilizado por la CMT.

4.- Reconocer de forma provisional la tasa de probabilidad de bloqueo de 1% superada la cual en la hora cargada media de los 5 días más cargados del mes determina la necesidad de ampliar los enlaces por capacidad debiendo realizarse la solicitud en un plazo no inferior a 10 días hábiles desde que las partes acuerden que concurre la condición antes citada en un PdI determinado.

5.- Instar a Telefónica a tener efectivamente disponibles los encaminamientos alternativos solicitados por Lince mediante carta de 27 de diciembre y a activarlos en los supuestos contemplados por la OIR. En particular, que esos encaminamientos se activen durante el plazo que medie entre la solicitud de ampliación de enlaces por capacidad y la entrega de las ampliaciones.

6.- Instar a las partes a efectuar la migración de acuerdo con el procedimiento propuesto por Lince. En particular, obligar a Telefónica a cursar una parte del tráfico objeto de migración por el haz general de tipo 7 en tanto no esté correctamente dimensionado el haz de capacidad, y mantener este mecanismo hasta que no se finalice el haz de capacidad con el dimensionado solicitado por Lince. De esta forma, Lince pretende evitar la pérdida de su tráfico durante el proceso de migración y hasta su finalización.

7.- Instar a Telefónica a aplicar los precios de interconexión por capacidad recogidos en la OIR 2001 a los enlaces que solicite Lince bajo este modelo, en los niveles correspondientes. En el caso de las centrales mixtas, que permita que el tráfico no correspondiente al nivel de interconexión asociado a los enlaces de capacidad sin coste adicional o, subsidiariamente, permita que curse ese tráfico por el haz de tiempo.

8.- Instar a esta Comisión a adoptar medidas cautelares, consistentes en la activación de la facturación de los precios por capacidad para los enlaces cuya migración se ha solicitado, a partir del momento en que hayan transcurrido los plazos establecidos por la OIR para proceder a la migración, de conformidad con lo que ésta dispone.

9.- En el supuesto de no estimar conveniente esta Comisión la adopción de la medida cautelar solicitada, que disponga la aplicación retroactiva de los precios de interconexión por capacidad a los enlaces cuya migración se haya solicitado por Lince desde el momento en que Telefónica debería haber completado la migración de acuerdo con los plazos establecidos para ello por la OIR.

10.- Declarar que el periodo de un año durante el cual el plazo mínimo de contratación de la capacidad es de tres meses, empieza a contar desde que Telefónica da curso efectivamente a los primeros pedidos de interconexión por capacidad del operador.

OCTAVO. **Comunicaciones de apertura.** Tras recibir el citado escrito, esta Comisión, en uso de la habilitación competencial prevista en la normativa sectorial de aplicación y en la legislación general de procedimiento administrativo, procedió a remitir a los interesados, Telefónica y Lince, sendos escritos cuya salida fue registrada el día 4 de febrero de 2002, mediante los cuales se les comunicaba que en virtud de la solicitud de intervención presentada por la segunda, había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo.

NOVENO. Con fecha 11 de febrero de 2002, Lince remite escrito a esta Comisión por el que informa de nuevas solicitudes de migración de enlaces realizadas a Telefónica, aportando los escritos y solicitudes correspondientes intercambiados con Telefónica. Asimismo, informa de que con fecha 8 de febrero de 2002, se recibió en Lince carta de Telefónica en la que este operador sostiene que la Ley de Acompañamiento a la Ley de Presupuestos Generales del Estado, le impide ofertar el modelo de interconexión por capacidad para voz e Internet.

DÉCIMO. Con fecha 20 de febrero de 2002, tiene entrada otro escrito de Lince en el registro de esta Comisión, por el cual realiza una serie de

consideraciones adicionales relacionadas con el punto “Grado de ocupación del haz de interconexión” del escrito de Lince de fecha 24 de enero de 2002.

A los anteriores antecedentes de hecho les resultan de aplicación los siguientes,

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1.Habilitación competencial.

En relación con la solicitud de intervención presentada por Lince, las competencias de la CMT para intervenir en este caso derivan de lo 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.

En consecuencia, se debe concluir que esta Comisión está especialmente habilitada para conocer y resolver sobre el conflicto planteado por Lince.

II.2. Habilitación legal para la adopción de medidas cautelares.

El artículo 1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las telecomunicaciones dispone en su punto seis que la CMT, 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.

En desarrollo de lo anterior, el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, faculta a la CMT 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.

La regulación expuesta sobre adopción de medidas cautelares se completa con lo dispuesto en el artículo 72 de la LRJPAC, norma 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, de 24 de abril, antes citada.

II.3.Concurrencia de los presupuestos necesarios para la adopción de una medida cautelar.

Primero.- La presente medida cautelar tiene por objeto evitar provisionalmente los perjuicios causados a Lince durante la tramitación del presente procedimiento como consecuencia de la situación actual, en la que Telefónica no ha procedido a considerar la solicitud de Lince de migración de determinados enlaces por tiempo a los correspondientes por capacidad, acogiéndose para ello a las condiciones establecidas en la vigente OIR aprobada para Telefónica. Se deben garantizar las condiciones para que dicha situación no se repita en el futuro, y sin perjuicio de lo que en su día se

resuelva. Ello teniendo en cuenta que la presente medida se dicta con el fin de asegurar la eficacia de la resolución que finalmente se dicte.

Segundo.- Concurren en el presente procedimiento los elementos necesarios que justifican la adopción de una medida cautelar, a saber: existencia de 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 fundada en derecho y se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes (STC 108/1984, de 26 de noviembre y Auto del TC de 9 de diciembre de 1987).

a) Existe una norma jurídica que permite la adopción de las medidas cautelares en el marco del presente expediente.

Como ya se ha señalado en la presente resolución, 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 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, así como en el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

b) Apariencia de buen derecho.

En principio, del análisis preliminar realizado por esta Comisión, se concluye que las condiciones para que los operadores puedan competir en igualdad de condiciones con la oferta de servicios de Telefónica se ven seriamente comprometidas por la insuficiente implicación de ésta en la consecución de acuerdos de interconexión por capacidad con los operadores que así lo solicitan.

Por otro lado, el punto 1 del artículo 9 del Reglamento de Interconexión establece que los operadores dominantes ofrecerán la interconexión a su red respetando el principio de no discriminación y de transparencia en relación con las condiciones técnicas, económicas, operativas y comerciales, en particular, frente a los operadores de redes y servicios de telecomunicación que puedan requerir esta interconexión. Las condiciones técnicas y económicas deben describirse, de forma suficientemente desglosada, en la OIR que a tales efectos Telefónica debe hacer pública. Dichos principios, pues, se ven amenazados por la dilación, por parte de Telefónica, en la habilitación de las

migraciones a enlaces de capacidad solicitadas, aun cuando los operadores, y en este caso particular, Lince, se acojan a las condiciones establecidas en la OIR publicada.

Por todo ello, las medidas que se toman en esta resolución, dirigidas a garantizar que los operadores puedan acogerse al modelo de capacidad en los términos propuestos en la OIR, están ajustadas a derecho.

c) Necesidad y urgencia de la medida

Las medidas cautelares aprobadas en la presente resolución son necesarias y urgentes para asegurar la eficacia de la resolución definitiva que se adopte en el procedimiento en el cual se enmarcan, existiendo elementos de juicio suficientes para ello, tal y como ya se ha expresado, y según exige el artículo 72 de la LRJPAC y el artículo 1.seis de la Ley 12/1997, de 24 de abril.

En efecto, la adopción de las presentes medidas resulta necesaria para que la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público por parte de los operadores se pueda realizar en condiciones de verdadera competencia frente a la oferta minorista equivalente de Telefónica.

La puesta en marcha de una oferta competitiva por parte de los operadores que hacen uso de los servicios de interconexión de Telefónica, requiere la realización de un detallado análisis de mercado y previsiones de demanda para concluir en un plan de negocio que se fundamenta sobre los precios y condiciones incluidas en la OIR de Telefónica. Aún más, la adopción de un modelo de interconexión por capacidad se ha considerado fundamental por parte de esta Comisión para que aquellos operadores puedan competir en unas condiciones que se aproximan en gran medida a las del operador dominante. En consecuencia, limitaciones o restricciones eventuales de los términos publicados en la OIR de Telefónica, que no se fundamenten en un incumplimiento de los requisitos esenciales en la prestación de los servicios de interconexión, pueden afectar severamente a los intereses económicos de los operadores.

La modalidad de enlaces por capacidad que permite cursar tráfico tanto vocal como de acceso a Internet por ellos, a la que pretende acceder Lince, ha sido establecida por esta Comisión con objeto de que los operadores con intereses de negocio globales, tanto en servicios de voz como en servicios de acceso a Internet, se beneficien de la optimización de recursos de capacidad que supone la modalidad mixta de enlaces. La obligación que tiene Telefónica de prestar dicha modalidad según lo establecido en su propia OIR ha sido confirmada por esta Comisión en su Resolución de fecha 21 de febrero de 2002, por la cual se

deniega la solicitud de Telefónica de modificar el actual modelo de interconexión por capacidad.

Asimismo, el desarrollo de acuerdos de interconexión por capacidad se probará esencial para fomentar ofertas alternativas a las del operador dominante. En particular, conviene prestar especial atención a la incidencia que dicho modelo va a tener en la aparición de ofertas de acceso a Internet atractivas e innovadoras frente a las correspondientes ofertas de tarifa plana de horario reducido o a la oferta minorista ADSL de Telefónica. Actualmente, este mercado está viviendo momentos de gran convulsión, puesto que en unos pocos meses gran número de usuarios se han acogido a variadas ofertas de este tipo, siendo Telefónica quien ha conseguido el mayor porcentaje de clientes frente al total. Por esta razón, esta Comisión tiene que reaccionar ante limitaciones en la oferta mayorista de Telefónica que impidan al resto de operadores estimular la demanda de los ciudadanos mediante ofertas realmente competitivas y alternativas a las del operador dominante.

Así las cosas, es evidente la necesidad y urgencia inaplazable de las medidas que aquí se establecen.

Conforme a los anteriores hechos y fundamentos de derecho, esta Comisión

ACUERDA

Adoptar la siguiente medida cautelar:

Primero.- Telefónica de España, S.A.U. y Lince Telecomunicaciones, S.A.U. harán sus mejores esfuerzos para que, en el plazo de 24 días hábiles a partir de la fecha de la presente Resolución, se haga efectiva la implantación operativa de aquellos enlaces por capacidad que solicite Lince Telecomunicaciones, S.A.U. en su proyecto técnico, de acuerdo a los términos publicados en la Oferta de Interconexión de Referencia vigente. Dicho plazo incluye la aprobación del proyecto técnico correspondiente, así como las pruebas de conformidad e interoperabilidad necesarias.

Segundo. Sin perjuicio de ulteriores acuerdos por parte de ambos interesados, el dimensionamiento de los enlaces por capacidad, así como las condiciones de sobrecarga que aplicarán en el acuerdo objeto de esta medida cautelar, serán las que con carácter general determina la Oferta de Interconexión de Referencia actualmente vigente en su apartado 7.8.7.

Tercero. En caso de que transcurra el plazo de 24 días hábiles para la implantación operativa de la migración sin que ésta se haya llevado a cabo, por causas imputables a Telefónica de España, S.A.U., el tráfico de interconexión demandado para ser cursado por los enlaces de interconexión por capacidad será facturado, a partir de ese momento, de acuerdo al modelo de interconexión por capacidad.

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