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 17/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 16 de mayo 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 DEL CÓDIGO DE SELECCIÓN DE OPERADOR 1050 AL 10599 EN LOS ABONADOS PRESELECCIONADOS CON EUSKALTEL, S.A.

Resolución del 16 de mayo de 2002 en el expediente DT 2002/6655

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Mediante escrito que tuvo entrada en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) con fecha 22 de abril de 2002, la entidad EUSKALTEL, S.A., (en adelante EUSKALTEL) se ha dirigido a esta Comisión poniendo de manifiesto la falta de acuerdo existente en las negociaciones llevadas a cabo con TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TELEFÓNICA) para la migración del código de operador 1050 al 10599 en los abonados preseleccionados a favor de EUSKALTEL.

EUSKALTEL expone en su escrito que actualmente está utilizando para preselección el código de selección de operador 1050, asignado a RETEVISIÓN I, S.A.U. (en adelante, RETEVISIÓN). El uso de esta numeración se hace en virtud de la Resolución de la CMT de fecha 26 de abril de 2001, por la que se permite a EUSKALTEL compartir el uso del código 1050 asignado a RETEVISIÓN durante dieciocho meses a partir de la fecha de la aprobación de dicha Resolución.

SEGUNDO. Con la finalidad de migrar el código de sus abonados en preselección del 1050 en uso actualmente, al 10599 asignado por la CMT a EUSKALTEL, este operador expone que conjuntamente con RETEVISIÓN se dirigió a TELEFÓNICA para iniciar las negociaciones necesarias para la habilitación del procedimiento técnico oportuno y la fijación del coste del cambio.

TERCERO. Mediante carta de 8 de marzo de 2002 TELEFÓNICA da contestación a esta solicitud conjunta de EUSKALTEL y RETEVISIÓN indicando que no es posible realizar una migración masiva de clientes de un código de selección a otro en las centrales de conmutación, y que cualquier solución técnica implicaría hacer nuevos desarrollos en centrales, en los que habría que valorar coste y plazos de los mismos.

TELEFÓNICA añade en este escrito que desde el punto de vista legal y regulatorio, el procedimiento de migración de clientes solicitado, al ser operadores con códigos de selección diferentes, está contemplado en la Circular 1/2001 de forma específica como "Solicitudes iniciadas por un tercer operador". En consecuencia, TELEFÓNICA estima que, además de las limitaciones técnicas, no ve el suficiente respaldo jurídico para aplicar a EUSKALTEL un procedimiento y un coste distinto al del resto de los operadores.

CUARTO. Por medio de su escrito de 22 de abril de 2002, EUSKALTEL solicita a esta Comisión que resuelva el conflicto de interconexión planteado y requiera a TELEFÓNICA para aplicar el procedimiento óptimo de cambio masivo del código 1050 al 10599, determinando el precio en función del coste directo del mismo.

Asimismo, EUSKALTEL solicita a la CMT que, en el plazo de un mes tras la presentación de su escrito, se adopten medidas cautelares para que se aplique efectivamente el procedimiento de cambio que se determine, sin que sea necesario esperar a la determinación del precio del mismo. Esta solicitud se realiza en base a los perjuicios que se le causarían a EUSKALTEL por la dilatación de este plazo, lo que le impediría migrar de forma efectiva a un modelo de interconexión por capacidad y beneficiarse de las ventajas que este presenta, entre las que se encuentra la capacidad de competir con el operador dominante en relación a determinadas ofertas comerciales basadas en el aprovechamiento de costes marginales y capacidad de innovación. En este sentido, la migración del código de selección permitiría que el tráfico correspondientes a sus accesos indirectos fuera enrutado por TELEFÓNICA a través de los PdIs de EUSKALTEL, en lugar de hacerlo a través de los de RETEVISIÓN, como sucede actualmente debido al uso del código 1050.

QUINTO. 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, EUSKALTEL, RETEVISIÓN y EUSKALTEL, sendos escritos cuya salida fue registrada el día 30 de abril de 2002, mediante los cuales se les comunicaba que en virtud de la solicitud de intervención presentada por EUSKALTEL, había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo.

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 EUSKALTEL, 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.

La selección de operador y, concretamente la facilidad de preselección, forma parte de la interconexión y, así está contemplada en el RIN que dedica el capítulo V a regular la selección de operador.

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

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 EUSKALTEL durante la tramitación del presente procedimiento como consecuencia de la situación actual, en la que no se ha llegado a un acuerdo entre las partes para proceder a la migración del código de selección de operador 1050 al 10599 en los abonados preseleccionados con EUSKALTEL. 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.

Ante la falta de acuerdo entre las partes para proceder a la migración del código de selección de operador 1050 al 10599 en los abonados preseleccionados con EUSKALTEL, esta Comisión estima necesario garantizar las condiciones para que dicha situación no devenga en una desventaja competitiva para EUSKALTEL. De no llevarse a cabo esta migración de código de selección, a EUSKALTEL se le imposibilita el recibir el tráfico

correspondiente a sus clientes de preselección por los PdIs que este operador tiene establecidos con TELEFÓNICA, lo que le impide beneficiarse del modelo de interconexión por capacidad.

En principio, del análisis preliminar realizado por esta Comisión, se concluye que el retraso en esta migración de código de selección de operador dificulta el que EUSKALTEL pueda competir en igualdad de condiciones con la oferta de servicios de TELEFÓNICA, así como de otros agentes que operan en este mercado.

Por otra parte, el dispositivo Quinto.3 de la Circular 1/2001, de 21 de junio, de la CMT, establece que el operador de acceso estará obligado a negociar con los operadores beneficiarios de la preselección procedimientos de modificación masiva de preselecciones activadas.

Por todo ello, las medidas que se toman en esta resolución, dirigidas a garantizar que no se produce un retraso injustificado en la migración del código de selección 1050 al 10599 en los clientes preseleccionados por EUSKALTEL, 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 EUSKALTEL pueda migrar de forma efectiva al modelo de interconexión por capacidad y beneficiarse de las ventajas que este presenta, entre las que se encuentra la posibilidad de competir con el operador dominante en determinadas ofertas comerciales basadas en el aprovechamiento de costes marginales derivada de una estructura de costes fijos en interconexión, no dependientes del número de minutos cursados.

Un retraso en esta migración colocaría a EUSKALTEL en una clara situación de desventaja competitiva frente a TELEFÓNICA, pero también frente a otros operadores, al verse obligada a retrasar toda una serie de servicios innovadores basados en la oferta de interconexión por capacidad, de la que otros agentes en el mercado podrían estar beneficiándose plenamente, lo que impediría poder competir por un rápido posicionamiento en el mercado basado en nuevos servicios. Todo ello podría provocar a EUSKALTEL no sólo una

disminución en su cuota de captación de nuevos clientes, sino incluso en una pérdida de clientes que podrían sentirse atraídos por servicios que sus competidores ofrecen sobre el modelo de interconexión por capacidad.

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.- Euskaltel, S.A., Retevisión I, S.A.U., y Telefónica de España, S.A.U., harán sus mejores esfuerzos para que, en el plazo de 30 días laborables a partir de la fecha de notificación de la presente Resolución, se haya hecho efectiva la migración del código de selección de operador 1050 al 10599 en los abonados preseleccionados con Euskaltel, S.A.

Dicho plazo incluye la elaboración de un calendario de migración de abonados por centrales, que habría de acordarse en un plazo no superior a los primeros 5 días laborables, así como las actuaciones que con posterioridad habría que ejecutar en cada central siguiendo dicho calendario.

Segundo.- Siempre que ello contribuyera a la reducción de los plazos, el procedimiento técnico para ejecutar estos cambios consistirá en la migración en bloque de todos los clientes preseleccionados con el 1050 al 10599 para inmediatamente y sin solución de continuidad retornar al 1050 aquella relación de numeración indicada de forma previa por Retevisión I, S.A.U.

La solución técnica que elija Telefónica de España, S.A.U. para migrar en bloque todos los clientes preseleccionados con el 1050 al 10599 deberá ser la óptima en términos de plazos y costes. Para ello, en los sistemas de conmutación en que esta operación no requiera hacer nuevos desarrollos en el software de las centrales, se deberá proceder al cambio de código de selección de todos los clientes de una misma central de forma simultánea, mediante la ejecución de los oportunos comandos, “scripts”, o parcheo de datos. En cualquier caso, esta operación podría ir precedida de pruebas en maqueta si fuera conveniente para asegurar su correcto funcionamiento en planta.

En los sistemas de conmutación en que no fuera posible implementar la solución técnica anteriormente descrita, Telefónica de España S.A.U. deberá

automatizar el proceso de envío de comandos a las centrales para modificar el código de selección de operador, de manera que no sea precisa la intervención de un operador de consola para el envío de cada orden particular de cambio correspondiente a cada cliente preseleccionado.

Tercero. Estas medidas cautelares no establecen el precio a satisfacer por Euskaltel S.A. a Telefónica de España, S.A.U. por llevar a cabo estas operaciones, que se fijará en la resolución que ponga fin a la tramitación de este expediente. En consecuencia, la facturación de los importes devengados por este cambio en el código de selección de operador queda aplazada hasta la aprobación de dicha resolución.

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