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 14/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 18 de abril 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 ALO COMUNICACIONES, S.A., SEGÚN LO ESTABLECIDO EN EL MODELO DE INTERCONEXIÓN POR CAPACIDAD DISPUESTO EN LA OFERTA DE INTERCONEXIÓN DE REFERENCIA VIGENTE

Resolución del 18 de abril de 2002 en el expediente DT 2002/6538

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 4 de abril de 2002 tiene entrada en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) escrito de D. Joaquín Osa Buendía, actuando en nombre y representación de ALO COMUNICACIONES, S.A. (en adelante, ALO) en el que se describe el incumplimiento por parte de Telefónica DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante Telefónica) en la provisión del modelo de interconexión por capacidad y la falta de adaptación del Acuerdo General de Interconexión (en adelante, AGI) suscrito entre ambos a la OIR vigente incluyendo dicho modelo.

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

1.- Que la OIR, según resolución de la CMT de 9 de agosto de 2001, introduce un modelo de interconexión por capacidad complementario al modelo de interconexión hasta entonces vigente, estando Telefónica obligada a facilitar la interconexión bajo el modelo temporal y bajo el modelo por capacidad así como un esquema mixto capacidad - tiempo,

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

2.- Que en la OIR vigente se reconoce el derecho de todos los operadores con licencia individual para la prestación del servicio fijo disponible al público a adoptar para sus necesidades de interconexión cualquiera de los modelos: Temporal, Capacidad o Mixto Tiempo - Capacidad.

SEGUNDO. ALO envió a Telefónica mediante escrito con fecha 4 de diciembre de 2001, una "Solicitud de Migración a un Modelo Mixto de Interconexión Tiempo – Capacidad" aportando los datos que según la resolución de la CMT de 9 de agosto de 2001 se consideran necesarios en el proceso de solicitud de la migración: tipo de migración; capacidad que se desea migrar; ubicación de los Puntos de Interconexión para los que se solicita la migración.

TERCERO. TSAU contestó a la solicitud de ALO mediante escrito fecha de salida 17 de diciembre de 2001, instando a que ALO realice una propuesta inicial que sirva de base para negociar y llegar a acuerdos sobre los términos y soluciones para prestar los servicios de interconexión en la modalidad de capacidad.
ALO, con fecha 14 de enero respondió contestando las peticiones hechas por TESAU y acompañando la propuesta de ALO de Proyecto Técnico. Se recordaba el plazo (5 días) establecido para la aprobación de la propuesta de Proyecto Técnico.

CUARTO. No habiendo obtenido respuesta de TESAU, mediante escrito de 22 de enero de 2002, ALO comunicó que entendía aceptado el Proyecto Técnico y se daba como iniciado el periodo de tiempo (20 días naturales) para llevar a cabo la migración solicitada.

QUINTO. TESAU entiende que la propuesta de ALO no se ajusta a lo dispuesto en la resolución de 9 de agosto de 2001 (y así lo hace saber en escrito de 24 de enero de 2002), por lo que pide a ALO una nueva propuesta que se ajuste a la citada resolución. ALO propone celebrar una reunión en relación con la solicitud de migración. Dicha reunión, que en un principio fue pospuesta, no ha tenido lugar.
TESAU envía con fecha 4 de marzo de 2002 una propuesta de addendum al Acuerdo General de Interconexión. Con fecha 15 de marzo de 2002, ALO envía a TSAU su respuesta. ALO expone que verbalmente se les ha manifestado que la respuesta dada es innegociable.

SEXTO. ALO entiende que se han agotado todas las posibilidades de acuerdo y presenta demanda en el conflicto de interconexión planteado entre ALO y

TESAU, al haber pasado cuatro meses desde que ALO presentó a TESAU su solicitud de migración al esquema mixto capacidad/tiempo en determinados PDI.

SÉPTIMO. ALO, en consideración a lo expuesto, solicita a esta Comisión que dicte resolución:

1. Estableciendo los términos y condiciones que hayan de incluirse en un Addendum al Acuerdo General de Interconexión vigente entre ALO y TESAU para regular la prestación de los servicios de interconexión entre los dos operadores según el esquema mixto tiempo-capacidad

2. Determinando que se ha producido un incumplimiento de los plazos asociados a la migración al modelo solicitado por causa imputable a TESAU y estableciendo, en consecuencia, que el tráfico de interconexión demandado para ser cursado por los enlaces de interconexión por capacidad sea facturado, a partir del día 13 de febrero de 2002, de acuerdo al modelo de capacidad.

   ALO solicita a esta Comisión del Mercado de Telecomunicaciones la adopción de las medidas cautelares que estime adecuadas y necesarias para conseguir la efectiva implantación operativa de los enlaces por capacidad solicitados por ALO a TESAU en el plazo de tiempo más breve posible

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 ALO, sendos escritos cuya salida fue registrada el día 12 de abril 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.

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 ALO, 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 ALO.

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 ALO durante la tramitación del presente procedimiento como consecuencia de la situación actual, en la que Telefónica no ha procedido a considerar la solicitud de ALO 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, ALO, 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 Aló, 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.

II.4. Vencimiento del plazo para formalizar los acuerdos de interconexión

El Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración, establece en el Anexo, Título 2, Capítulo I, artículo 2, 4, que los acuerdos de interconexión deberán formalizarse en un plazo máximo de cuatro meses, contados desde la fecha de solicitud de la iniciación de la negociación.

Dicho plazo cumplió en día 4 de abril de 2002, habiéndose constatado que las partes no han convenido ampliar dicho plazo, estimando esta Comisión la falta de voluntad para alcanzar un acuerdo por parte de TESAU. Considerando que los plazos de migración entre modelos de interconexión son 5 días laborables para la aprobación del proyecto técnico y 20 días naturales para la implantación operativa, incluyendo las pruebas de conformidad e interoperabilidad, puede considerarse que la implantación debería finalizar el día 1 de mayo de 2002.

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.- Salvo indicación en sentido contrario, Telefónica de España, S.A.U. considerará como datos requeridos para efectuar la migración los ya anteriormente aportados por ALO Comunicaciones S.A.

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, son las que con carácter general determina la Oferta de Interconexión de Referencia actualmente vigente en su apartado 7.8.7.

Segundo. A partir de día 1 de mayo de 2002, el tráfico de interconexión demandado para ser cursado por los enlaces de interconexión por capacidad será facturado 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