COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON 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 29/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 8 de agosto de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en el marco de la tramitación del presente procedimiento (Expediente número RO 2002/7245), se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA CUAL SE ADOPTA UNA MEDIDA CAUTELAR PARA OBLIGAR A ALÓ COMUNICACIONES, S.A. A CONSTITUIR UN AVAL QUE GARANTICE LAS CANTIDADES QUE SE DEVENGUEN COMO CONSECUENCIA DE LA PRESTACIÓN POR PARTE DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. DE LOS SERVICIOS DE INTERCONEXIÓN A AQUÉLLA.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA) se ha dirigido a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) mediante un escrito fechado el día 18 de julio de 2002 (cuya entrada en esta Comisión fue registrada el mismo día), en el cual solicitaba la autorización para la desconexión y posterior resolución del Acuerdo General de Interconexión (en adelante, AGI) de 29 de julio de

1999, vigente[1] entre la solicitante y la entidad ALÓ COMUNICACIONES, S.A. (en adelante, ALÓ), como consecuencia del impago reiterado de las cantidades derivadas de la previa prestación de servicios de interconexión, y tras haber requerido el pago de dicha deuda mediante Burofax de fecha 15 de julio de 2002, reiterado el día 24 de julio de 2002.

Dichas cantidades adeudadas por ALÓ a TELEFÓNICA en función de varios conceptos correspondientes a diversos servicios de interconexión y de tráficos prestados entre los años 2000 y 2002, y una vez compensadas con saldos a favor de ALÓ, ascienden según TELEFÓNICA a un total de 3.983.317,44 euros (impuestos indirectos incluidos), más los intereses de demora. TELEFÓNICA adjuntaba a su solicitud copia de las Actas de Consolidación y de las facturas acreditativas de dichas cantidades impagadas.

Asimismo TELEFÓNICA solicitaba la adopción de una medida cautelar consistente en obligar a ALÓ a constituir un aval en las condiciones establecidas en la Oferta de Interconexión de Referencia de TELEFÓNICA para el año 2001 (en adelante, OIR 2001) que garantice las cantidades adeudadas y las que se adeuden hasta que se emita resolución definitiva, o en caso contrario en ordenar a ALÓ la cesación inmediata de la prestación de servicios de interconexión mediante el uso de los recursos de red de TELEFÓNICA.

Segundo.- Posteriormente, TELEFÓNICA presentó un escrito adicional, fechado el día 30 de julio de 2002 (y cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 1 de agosto de 2002), en el cual aseguraba que la deuda de ALÓ había continuado creciendo “de forma alarmante”, al incrementarse de forma sustancial en los últimos meses el tráfico cursado en tránsito a través de la red de TELEFÓNICA, lo que estaría incrementando notablemente el montante de la deuda por servicios de interconexión de aquélla con ésta.

Para argumentar dicha afirmación, TELEFÓNICA aportaba unos gráficos con datos estimativos de la evolución de la deuda devengada entre abril y julio, periodo en el cual se había pasado de un saldo de 156.030 euros a favor de ALÓ, a un saldo de 1.041.100 euros a favor de TELEFÓNICA, fundamentalmente por el incremento exponencial del tráfico cursado por ALÓ en tránsito a través de la red de TELEFÓNICA para su terminación en redes móviles (pasando de 0 euros en abril a 791.850 euros en julio), y en redes internacionales (pasando de 40.710 euros en abril a 314.140 euros en julio).

[1] Las condiciones de dicho AGI fueron establecidas inicialmente mediante Resolución del Consejo de la CMT de 29 de julio de 1999 (Expediente nº: ME 1999/811), que hizo efectiva la interconexión entre ambos operadores.

TELEFÓNICA estimaba que dichos datos incrementaban el riesgo de impago sobre la cantidad adeudada por ALÓ, tanto de la deuda ya devengada como de la que se devengase a partir de ahora, por lo que solicita de esta Comisión que obligue cautelarmente a ALÓ a "constituir un aval por la cuantía de los servicios de interconexión que piensa consumir en el mes siguiente, de forma que TELEFÓNICA no esté obligada a prestar servicios por encima de dicha cantidad" o, subsidiariamente, en las consiciones establecidas en la OIR 2001, y que en caso de incumplir ALÓ dicha obligación de avalar, que se permita a TELEFÓNICA cesar en la prestación de servicios de interconexión a ALÓ y que, consecuentemente, se prohiba a ésta prestar servicios a través de la red de aquélla.

Tercero.- Por su parte, ALÓ presentó de manera paralela varios escritos, fechados los días 18, 19 y 26 de julio de 2002 (cuya entrada en esta Comisión ha sido registrada los días 19 y 26 de julio de 2002), en los cuales exponía entre otras cosas que discrepaba de las cantidades exigidas a ALÓ por TELEFÓNICA, puesto que ésta adeudaba a ALÓ en concepto de diversos tráficos y otros servicios de interconexión, así como de regularizaciones de pagos, más de 1,5 millones de euros. Asimismo, ALÓ denunciaba el incumplimiento por parte de TELEFÓNICA de la normativa sectorial vigente en materia de interconexión, así como de varias Resoluciones del Consejo de la CMT al respecto fechadas los días 13 de septiembre de 2001[2] y 18 de abril de 2002[3].

Por todo ello, ALÓ solicitaba de esta Comisión que se obligase a TELEFÓNICA a abonarle las cantidades adeudadas pendientes, así como que se incoase a TELEFÓNICA un expediente sancionador por incumplir varias Resoluciones de la CMT; asimismo ALÓ solicitaba de esta Comisión la adopción de una medida cautelar consistente en asegurar "el correcto funcionamiento de la Interconexión entre ambos operadores".

Cuarto.- A la vista de las solicitudes presentadas por TELEFÓNICA y por ALÓ, esta Comisión procedió a iniciar el correspondiente procedimiento administrativo, amparándose en la habilitación competencial establecida por la normativa sectorial de aplicación en materia de salvaguardia de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y, más concretamente, en lo que se refiere a la resolución de Conflictos de Interconexión, singularmente los artículos 1.Dos.1 y 1.Dos.2, letras c), e) y f), de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, así como el artículo 25 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

[2] Expediente nº: DT 2001/4619.
[3] Expediente nº DT 2002/6538, adopción de medidas cautelares.

La CMT se acogió asimismo a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, norma procedimental a la que, que en virtud de lo dispuesto en la legislación anteriormente citada, sujeta el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas.

Dicho trámite fue comunicado a TELEFÓNICA y a ALÓ mediante los correspondientes Oficios de esta Comisión fechados el día 24 de julio de 2002 en los que se les informaba de que, en virtud de la solicitud de intervención presentada por ambos operadores, había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo.

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

Primero.- De conformidad con el artículo 1.Dos.1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones (en adelante, Ley 12/97), la CMT tiene por objeto *"salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector"*.

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

- La letra c) establece que la CMT deberá *"velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias (...) para lo que dictará las resoluciones oportunas"*.

- La letra e) dispone que será función de esta Comisión *"la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de interconexión de redes si los obligados a permitirla no lo hicieren voluntariamente, o si no llegaren los interesados a un acuerdo satisfactorio sobre la forma y condiciones en que aquélla deba llevarse a efecto"*.

- Por último, la letra f) dice que la CMT deberá *"adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios"*.

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

A este precepto legal se remite el Reglamento de interconexión y acceso a las redes públicas y a la numeración, aprobado mediante el Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio (en adelante, RIAN), cuando en su artículo 2.6 se refiere a la resolución de los conflictos de interconexión.

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

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

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

En relación con la posibilidad de adoptar medidas cautelares, el artículo 72.1 de la citada LRJPAC establece que, *"Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo* (en este caso la CMT) *podrá*

adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello".

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

La presente Resolución tiene por objeto adoptar una medida cautelar que asegure el efecto útil de la Resolución que en su día se dicte en el procedimiento iniciado por esta Comisión como consecuencia de la solicitud de TELEFÓNICA para que esta Comisión obligue a ALÓ a constituir un aval, en las condiciones establecidas en la OIR 2001, que garantice las cantidades que se adeuden hasta que se emita Resolución definitiva, o en caso contrario permitir a TELEFÓNICA solicitar a esta Comisión autorización para la cesación de la prestación de servicios de interconexión a ALÓ mediante el uso de los recursos de red de aquélla.

En efecto, mientras se tramita el correspondiente procedimiento administrativo, es preciso arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar la efectiva aplicación de la normativa sobre interconexión, sin perder de vista el bien jurídico protegido por la misma, esto es, el cumplimiento de las obligaciones de retribución de los servicios de interconexión previamente prestados por TELEFÓNICA en las condiciones establecidas en el AGI vigente entre ambas partes y por la normativa general y sectorial de aplicación.

Dado que existen indicios racionales de la existencia de una elevada cuantía de la deuda, y teniendo en cuenta asimismo la existencia de indicios racionales adicionales que indican que la misma pudiera crecer de manera muy notable en los próximos meses, es preciso que dicha medida impida que siga aumentando dicha deuda, con grave perjuicio para los intereses económicos de TELEFÓNICA, por lo que la medida cautelar a adoptar consistirá en ordenar a ALÓ constituir un aval en las condiciones establecidas en el Punto 11.14 de la OIR 2001 para garantizar las cantidades que se adeuden en concepto de servicios de interconexión a consumir de ahora en adelante, y hasta que se emita la Resolución definitiva; o en caso contrario, y de no constituir dicho aval, en permitir a TELEFÓNICA solicitar a esta Comisión autorización para la cesación inmediata de la prestación de servicios de interconexión a ALÓ mediante el uso de los recursos de red de aquélla.

En cuanto a la solicitud de ALÓ de que esta Comisión garantice cautelarmente el correcto funcionamiento de los servicios de interconexión incluidos en el AGI, su pretensión se encuentra amparada perfectamente, toda vez que cautelarmente se establece que se mantenga la prestación de los servicios de interconexión por parte de TELEFÓNICA, siempre que se garantice dicha prestación de conformidad con lo dispuesto en la presente Resolución.

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

- Existencia de elementos de juicio suficientes para adoptar la citada medida cautelar;

- Necesidad para asegurar la eficacia de la Resolución que pudiera recaer;

- Inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares *(ver, entre otras, las siguientes Sentencias: STC 31/1981, de 28 de julio; 13/1982, de 1 de abril; 66/1984 y 108/1984, de 26 de noviembre; y 22/1985, de 15 de febrero)*, concluyendo que no se produce vulneración de derechos constitucionales, incluso en el caso de que se tomen sin audiencia de las partes, siempre que:

- Exista una norma jurídica que permita su adopción;

- Se adopten las medidas cautelares por resolución fundada en Derecho;

- Y se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes.

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

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

III.2. Apariencia de buen derecho

Primero.- Como ya se ha expuesto en los Antecedentes de Hecho de la presente Resolución, TELEFÓNICA denunciaba el impago reiterado por parte de ALÓ de las cantidades derivadas de la previa prestación de servicios de interconexión, y tras haber requerido el pago de dicha deuda mediante Burofax los días 15 y 24 de julio de 2002. Dichas cantidades adeudadas por ALÓ a TELEFÓNICA en función de varios conceptos correspondientes a diversos servicios de interconexión y de tráficos prestados entre los años 2000 y 2002, y una vez compensadas con saldos a favor de ALÓ, ascienden según TELEFÓNICA a un total de 3.983.317,44 euros (impuestos indirectos incluidos), más los intereses de demora. Si bien en algunos casos la cuantía de esta deuda es objeto de discusión por las partes, existen indicios suficientes para afirmar que la deuda de ALÓ a favor de TELEFÓNICA existe, y es cuantitativamente relevante e importante, aunque no pueda todavía establecerse su monto exacto.

Asimismo, TELEFÓNICA ha aportado indicios y datos acreditativos del hecho de que en los últimos meses el consumo de servicios de interconexión por parte de ALÓ se estaría incrementando de manera muy importante, debido al incremento exponencial en los últimos meses del tráfico cursado por ALÓ en tránsito a través de la red de TELEFÓNICA, lo que estaría ocasionando el aumento sostenido del montante de la deuda por servicios de interconexión de aquélla con ésta: Así, entre abril y julio se habría pasado de un saldo neto de 156.030 euros a favor de ALÓ, a un saldo neto de 1.041.100 euros a favor de TELEFÓNICA, fundamentalmente por el incremento exponencial del tráfico cursado por ALÓ en tránsito a través de la red de TELEFÓNICA para su terminación en redes móviles (pasando de 0 euros en abril a 791.850 euros en julio), y en redes internacionales (pasando de 40.710 euros en abril a 314.140 euros en julio).

Por todo ello, TELEFÓNICA entendía que ALÓ estaba incumpliendo gravemente una de las obligaciones esenciales contenidas en el AGI vigente entre ambos operadores, y en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en la Claúsula 15.1.4 del mismo, le habilitaba para resolver dicho AGI y para solicitar a la CMT autorización para la desconexión de ambas redes una vez transcurridos 2 meses desde el requerimiento de pago, el cual se hizo efectivo mediante el mencionado Burofax remitido por TELEFÓNICA el día 15 de julio de 2002.

Por su parte, en los escritos de ALÓ no niega la veracidad de dichos impagos, sino que se refiere únicamente a la existencia de discrepancias en algunas cantidades y en la compensación y consolidación de la deuda que modificaría la cantidad neta adeudada por ALÓ a TELEFÓNICA, pero no de manera

sustancial, y además dicha discrepancia es subsanable mediante la aplicación de los mecanismos previstos en el AGI de constante referencia.

Segundo.- De lo anterior se deduce que efectivamente existe una deuda de ALÓ con TELEFÓNICA, reconocida por ambas partes, y que las eventuales discrepancias existentes, a más de subsanables de manera bilateral, afectarían únicamente a una parte no sustancial de dicha deuda, por lo que la existencia de las mismas no puede justificar en ningún caso el impago reiterado de deudas que, de acuerdo con la Claúsulas número 7 "Contraprestaciones económicas", y 9.2 "Procedimiento relativo al cumplimiento de los pagos dimanantes del Acuerdo", así como en el Anexo 2 y 2-C "Facturación y Cobro", del AGI vigente entre ambos operadores, son determinadas o determinables, y exigibles una vez devengados (esto es, una vez prestados dichos servicios y consolidados, compensados y facturados los mismos).

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

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

Segundo.- En efecto, es necesario adoptar la medida cautelar antes mencionada (obligar a ALÓ a constituir un aval a favor de TELEFÓNICA por los servicios de interconexión que consuma en adelante, en las condiciones establecidas por la OIR 2001, o en caso contrario permitir a TELEFÓNICA solicitar autorización para cesar en la prestación de los mismos) para evitar el riesgo de que se incremente sustancialmente la deuda de ALÓ, a la vista de las previsiones de consumo de recursos de la red de TELEFÓNICA en los próximos meses, y con el objetivo de no incrementar el perjuicio económico derivado de dicho impago y de su agravamiento en caso de que esta Comisión permaneciese inactiva al respecto: los datos aportados por TELEFÓNICA hacen prever razonablemente una tendencia al incremento exponencial de la cuantía de la deuda en los próximos meses, habida cuenta de la evolución observada del aumento del tráfico cursado por ALÓ en tránsito a través de la red de TELEFÓNICA para su terminación en redes móviles (pasando de 0 euros en abril a 791.850 euros en julio), y en redes internacionales (pasando de 40.710 euros en abril a 314.140 euros en julio).

Tercero.- Dicha tendencia evidencia un incremento del riesgo de impago sobre la cantidad adeudada por ALÓ, tanto de la deuda ya devengada como de la

que se devengase a partir de ahora, con el consiguiente perjuicio económico potencial para TELEFÓNICA, por lo que se hace necesaria la intervención cautelar de esta Comisión en el sentido antes señalado para evitar dicho incremento de la deuda objeto de este procedimiento.

De lo contrario, de permitir a ALÓ que siguiese consumiendo recursos de red de TELEFÓNICA sin obligarla a avalarlos previamente, la deuda podría aumentar de manera sustancial, obligando de hecho a TELEFÓNICA a financiar a un competidor suyo, ALÓ, ante la eventual continuación del impago de los servicios de interconexión que siguiese consumiendo, lo cual no es aceptable en un mercado en competencia, en el marco del cual esta Comisión ha de velar por el cumplimiento de los Acuerdos de Interconexión y evitar los mensajes erróneos a los operadores en el sentido de que se pudiese interpretar una "tolerancia" en el incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales cuando el perjudicado es el operador dominante.

Asimismo, la no adopción de la medida cautelar de constante referencia perjudicaría económicamente, y de manera injustificada, a TELEFÓNICA, al dejar de ingresar los servicios de interconexión a los que, de no actuar cautelarmente la CMT, estaría obligada a seguir prestando hasta la resolución definitiva del presente Conflicto de Interconexión (dadas las especiales obligaciones regulatorias a las que está sometida en su condición de operador dominante en los mercados nacionales de telefonía fija y de servicios de interconexión), sin una garantía cierta de poder cobrarlos a posteriori, y existiendo los citados indicios de que los impagos podrían a continuar y de que la deuda pudiera a crecer sustancialmente (según los datos aportados por TELEFÓNICA, ALÓ consumió sólo en julio servicios de interconexión por valor de más de 1,2 millones de euros, tres veces más que en abril).

Cuarto.- Por tanto, es preciso que la medida cautelar se aplique, y que se haga de manera inmediata, para garantizar a TELEFÓNICA la protección de sus legítimos intereses, esto es, garantizar que la importante deuda ya existente (según los datos aportados por TELEFÓNICA, dicha deuda ascendía a casi 4 millones de euros hasta mayo de 2002), no se va a incrementar durante la tramitación del presente procedimiento y que los servicios de interconexión que siga prestando a ALÓ hasta la resolución definitiva del presente procedimiento los va a cobrar efectivamente; o, en caso de no prestar ésta aval suficiente (en las condiciones establecidas en el Punto 11.14 de la OIR 2001), que podrá evitar así que dicha deuda se incremente mediante la cesación en la prestación de servicios de interconexión a dicho operador, previa autorización de esta Comisión.

Pero asimismo dicha medida cautelar se justifica en el ya señalado interés general de asegurar el cumplimiento de la normativa vigente en materia de contratación, tanto general (fundamentalmente las disposiciones reguladoras de la contratación del Código Civil y del Código de Comercio) como sectorial (la citada regulación sectorial reguladora de la prestación de servicios interconexión y de los acuerdos entre operadores para contratar los mismos: la LGT, el RIAN, la OIR y la OBA, entre otras), garantizando la seguridad jurídica y contractual de los operadores en el mercado de las Telecomunicaciones. La CMT, como Administración Pública, tiene una misión general de servir con objetividad los intereses generales (artículo 103.1 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978; y artículo 3.1 de la LRJPAC), y concretando sus funciones sectoriales, su labor fundamental es la salvaguardia, en beneficio de los ciudadanos, de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las Telecomunicaciones (artículo 1.Dos.1 de la Ley 12/97, y artículo 4 del RCMT).

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

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

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

Segundo.- En efecto, la adopción de esta medida cautelar no supone para ALÓ un perjuicio de imposible reparación, ni siquiera un perjuicio significativo, puesto que únicamente va a verse obligada a avalar previamente las cantidades que va a consumir cada mes, esto es, servicios de interconexión que va a consumir y que tendría que abonar en cumplimiento del AGI vigente con TELEFÓNICA. Y todo ello de acuerdo a un procedimiento y en unas condiciones equitativas para ambas partes, puesto que dicho aval se efectuará en las condiciones establecidas en la OIR 2001, aprobada por esta Comisión mediante Resolución de 9 de agosto de 2001.

Así, y en relación con la constitución de garantías que prevé la citada OIR 2001 en el Punto 11.14 “Mecanismos de aseguramiento del pago” del Texto

Refundido de la misma (páginas 124 y 125 de dicho Texto), las condiciones para constituir el aval por la contraparte (en este caso por ALÓ), como garantía del aseguramiento del pago de los servicios de interconexión previamente prestados por TELEFÓNICA, y aplicables en ejecución de la presente Resolución, las mismas son suficientes para evitar el incremento de la deuda existente, al establecer que el procedimiento de cálculo de la cuantía del aval tomará la media de las cantidades totales facturadas al operador en los últimos tres meses correspondientes a los servicios de interconexión que se estén actualmente prestando en el marco del AGI, lo cual es suficiente para tener en cuenta los ya citados incrementos de tráfico cursado por ALÓ a través de la red de TELEFÓNICA y poder ajustar el aval a dicha realidad.

Las circunstancias especiales a aplicar en este caso son las siguientes:

- El plazo de tiempo necesario para constituir la garantía, y dada la urgencia de adoptar la presente medida cautelar, será de 15 días desde la notificación de la presente Resolución.

- Asimismo, la revisión de la cuantía del citado aval se hará en este caso mensualmente, teniendo en cuenta que la cantidad supere en más de un 10% a la facturación media real de TELEFÓNICA en los tres últimos meses, salvo si la variación es a la baja, en cuyo caso, será ALÓ el que decidirá si modifica o no el aval.

- En cuanto a la vigencia del aval, la misma se prolongará cautelarmente hasta la resolución definitiva del presente procedimiento.

- Y por último, en caso de no constituirse dicho aval en el plazo y/o las condiciones mencionadas, TELEFÓNICA podrá solicitar a esta Comisión autorización para cesar en la prestación de servicios de interconexión a ALÓ hasta que se constituya dicho aval.

Tercero.- Sin embargo, si no se adoptase la medida cautelar y se mantuviese la situación actual de impago permitiendo además el incremento ilimitado de la cantidad adeudada por ALÓ (debido a la ya citada previsible tendencia al incremento sustancial de la misma), sí se producirían verdaderos perjuicios tanto para los intereses de TELEFÓNICA, que se vería perjudicada económicamente en cantidades crecientes y con un riesgo serio de no poder cobrar en el futuro (además del hecho contradictorio de verse obligada a subvencionar a un competidor), como para el ya mencionado interés general de que se cumplan las normas reguladoras de los contratos, la normativa sectorial vigente en materia de interconexión, y el AGI vigente entre ambos operadores,

y más en general para la libre competencia en el mercado, por las razones antes señaladas.

Cuarto.- Por último, hay que abordar la posibilidad de que ALÓ no constituya el aval en el plazo que señale esta Comisión, circunstancia en la cual TELEFÓNICA podría pedir a esta Comisión autorización para dejar de prestar servicios de interconexión a aquélla.

Esta circunstancia, si se produjese, vendría a justificar la adopción de la medida cautelar, puesto que confirmaría la incapacidad de ALÓ para hacer frente a los pagos, concurriendo por tanto una de las causas para resolver el contrato, cual es la ya señalada del impago (una de las obligaciones esenciales derivadas del AGI).

Quinto.- En definitiva, y como consecuencia de todo lo expuesto, esta Comisión estima que la CMT debe instar cautelarmente a ALÓ a constituir el aval que garantice el pago de los servicios de interconexión que quiera seguir consumiendo, y de no hacerlo así TELEFONICA podrá solicitar autorización a esta Comisión para cesar en la prestación de los mismos hasta que se constituya dicho aval.

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

RESUELVE

Primero.- Obligar cautelarmente a ALÓ COMUNICACIONES, S.A. a que, en el plazo de 15 días, constituya un aval económico en favor de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. que garantice las cantidades que le adeude aquel operador a éste desde la fecha de la presente Resolución, y hasta que se emita la Resolución definitiva del presente procedimiento, en concepto de consumo de servicios de interconexión y de recursos de red.

Las condiciones de constitución de dicho aval serán las establecidas en la OIR 2001 de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (Punto 11.14 del Texto Refundido de la misma), con las particularidades establecidas a continuación:

- El plazo de tiempo necesario para constituir la garantía será de 15 días naturales desde la notificación de la presente Resolución.

- La revisión de la cuantía del citado aval se hará mensualmente, teniendo en cuenta que la cantidad supere en más de un 10% a la facturación media real de TELEFÓNICA en los tres últimos meses, salvo si la variación es a la baja, en cuyo caso, será ALÓ el que decidirá si modifica o no el aval.

- El citado aval permanecerá vigente de manera cautelar hasta la resolución definitiva del presente procedimiento.

Segundo.- En caso de no constituirse dicho aval por parte de ALÓ en el plazo y/o las condiciones mencionadas, TELEFÓNICA podrá solicitar a esta Comisión la suspensión en la prestación de servicios de interconexión y de otros recursos de red a ALÓ.

El incumplimiento de la presente Resolución puede ser considerado como infracción muy grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998 de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la

Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 del la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

D. José María Vázquez Quintana.

D. José Giménez Cervantes.