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 07/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 21 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 GARANTIZAR LAS CONDICIONES DE PRESTACIÖN DEL SERVICIO DE ACCESO INDIRECTO ADSL A RETEVISIÓN I, S.A.U.

Resolución del 21 de febrero de 2002 en el expediente DT 2002/6019

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 4 de Febrero de 2002 tuvo entrada en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) un escrito de D. José López-Tafall Bascuñana, Director de Relaciones Institucionales y Regulación de Retevisión I, S.A.U., en adelante Retevisión. En dicho escrito se informa de la situación de saturación en la que se encuentran sus interfaces de Puntos de Acceso Indirecto, en adelante PAI, de las demarcaciones de Madrid y Barcelona, debido a la aplicación por parte de Telefónica de España S.A.U., en adelante TESAU, de un límite en el número máximo de conexiones en las interfaces de PAI. La situación de saturación se esta produciendo, según indica Retevisión, un mes después de haberse activado la ampliación de los interfaces de PAI en las demarcaciones de Madrid y Barcelona. Retevisión solicita a la CMT la aplicación de medidas cautelares para facilitar la resolución del conflicto.

SEGUNDO. Mediante escrito de fecha 8 de febrero de 2001, se comunicó a los interesados la iniciación de oficio del procedimiento administrativo citado, conforme lo previsto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero.

TERCERO. Con fecha 8 de Febrero de 2002 se efectuó un requerimiento de información a TESAU, solicitando, la remisión de la siguiente información relevante al objeto de la presente cautelar:

1. Si la limitación en el numero de conexiones se aplica actualmente a todos los puertos STM-1 o E3 conectados a las placas del tipo BXM-155-4 o BXM-34-8 del equipo Cisco BPX. En caso contrario, se especificará el número de puertos STM-1 que tienen asignadas más de 4.000 conexiones y puertos E3 que tienen asignadas más de 2000 conexiones.

2. Si existen actualmente (o están en proceso de solicitud o entrega), placas del tipo BXM-155-4 "Enhanced" o BXM-8-E3 "Enhanced" con capacidad para 32.000 conexiones. Se indicará la fecha prevista de entrega en caso de que estén en proceso de solicitud o entrega.

3. Si existen actualmente placas BXM del tipo STM-1 o E3 sin utilizar, o que usen como máximo el 50% de los puertos, en los equipos BPX asociados a las demarcaciones de Madrid y Barcelona.

4. Criterios utilizados por TESAU para distribuir sus usuarios de las modalidades B, C y D a sus propios puertos pPAI, así como criterios utilizados para asignar puertos en placas BXM a los operadores, incluyendo los criterios utilizados para el propio servicio de TESAU.

5. Número de puertos ocupados, e identidad de otros operadores presentes en las placas BXM asignadas a Retevisión en las demarcaciones de Madrid y Barcelona.

6. Se proporcionará la siguiente información cuantitativa acerca de la red utilizada para el servicio GigaADSL:

   - Número de puertos STM-1 y E3 asignados a TESAU en las demarcaciones de Madrid y Barcelona, situados en placas BXM que actualmente no tengan todos sus puertos ocupados.

   - Para cada operador, número de puertos STM-1 y E3 que no pueden aceptar más conexiones de usuario por haberse alcanzado la limitación del número de conexiones impuesta por TESAU.

.

CUARTO. Con fecha 12 de Febrero de 2002 TESAU solicita la ampliación de plazo para la remisión de la información solicitada. Dicha ampliación es concedida por la CMT.

QUINTO. Con fecha 18 de Febrero de 2002 se recibe la contestación al requerimiento de información de TESAU, en la que se da respuesta a la información solicitada por la CMT.

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

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1. Habilitación competencial .

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resulta competente para el establecimiento de condiciones para el acceso indirecto al bucle de abonado de la red telefónica pública fija de TESAU, con el fin de articular los mecanismos que hagan posible la prestación de servicios ADSL en condiciones competitivas adecuadas. Así resulta de lo establecido en el artículo 3, en conexión con el artículo 11 y disposición transitoria segunda del Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes (en adelante, Reglamento de acceso al bucle de abonado), aprobado por Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre, así como de lo dispuesto en el artículo 1.Dos.2 letras c) y f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las telecomunicaciones.

En efecto, el artículo 3.6 del Reglamento de acceso al bucle de abonado habilita en general a esta Comisión para resolver los conflictos que se produzcan en relación al acceso al bucle de abonado en los términos establecidos en el artículo 25 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. Por lo que respecta al acceso indirecto, el artículo 3.2 de dicho Reglamento señala que los operadores dominantes que ofrezcan esta modalidad respetarán 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 este acceso.

A su vez, el ejercicio de estas funciones se enmarcan en la habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para

velar por la libre competencia en este mercado, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias. Y ello, adoptando 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. Así resulta del artículo 1.Dos.2 letras c) y f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las telecomunicaciones, modificada en este punto por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia.

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 Retevisión durante la tramitación del presente procedimiento como consecuencia de la situación actual, en la que nuevas solicitudes de alta de usuarios se han visto rechazadas por TESAU por haberse alcanzado el máximo número de usuarios por puerto PAI impuesta por TESAU, comprometiendo el plan de negocio de Retevisión y la calidad de los servicios prestados a sus clientes. Se deben garantizar las condiciones para que dicha situación no se repita en el futuro, asegurando la eficacia de la resolución que finalmente se dicte, y sin perjuicio de lo que en su día se resuelva.

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 minorista ADSL de TESAU se han visto comprometidas por la introducción por parte de TESAU de limitaciones al servicio de acceso indirecto adicionales a las incluidas en la descripción del servicio de la oferta mayorista de TESAU.

Por otro lado, el punto 2 del artículo 3 del Reglamento de acceso al bucle de abonado establece que los operadores dominantes que ofrezcan acceso indirecto al bucle de abonado de su red respetarán 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 este acceso. Dichos principios se han visto amenazados por la aplicación por parte de TESAU, con posterioridad al inicio del servicio por parte de los operadores que usan el servicio de acceso indirecto, de limitaciones en el uso de los recursos de puertos de PAI asignados a dichos operadores.

Por todo ello, las medidas que se toman en esta resolución, dirigidas a garantizar que los operadores puedan proveer servicios ADSL basados en las condiciones de prestación del servicio de acceso indirecto establecidas en la oferta mayorista de TESAU, 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 los servicios ADSL por parte de RETEVISION se pueda realizar en condiciones competitivas frente a la oferta minorista de TESAU.

La puesta en marcha de una oferta ADSL por parte de un operador de acceso indirecto requiere la realización de un plan de negocio que toma como base los precios y condiciones incluidas en la oferta minorista de TESAU. Dicho plan de negocio, junto con un estudio de mercado, determina el objetivo de la tasa de penetración y las necesidades de inversión requerida para proporcionar el servicio en las condiciones adecuadas para atender los clientes. Una parte importante de dicha inversión corresponde a las campañas comerciales y publicidad que permitan atraer los clientes potenciales. Es evidente que cuanto más agresiva sea la campaña comercial, mayor es el numero de clientes obtenidos, así como mayor es el esfuerzo económico realizado por el operador. En consecuencia, limitaciones o restricciones de última hora a la oferta mayorista de TESAU pueden afectar severamente a los intereses económicos de los operadores.

En efecto, si un operador no puede prestar los servicios a la totalidad de clientes a los que se dirige su campaña, podrá encontrarse con que no puede atender las peticiones de todos los clientes solicitantes, con lo cual el número de clientes obtenidos será inferior al que el gasto incurrido para la captación hacia esperar. Adicionalmente, no es despreciable el efecto negativo que puede producirse sobre el abonado que es rechazado o al que se le retrasa excesivamente la prestación del servicio, y que puede llevar a la aceptación por parte de dicho abonado de la oferta minorista de TESAU, especialmente en un momento de crecimiento pronunciado del mercado y con campañas comerciales de la oferta minorista de TESAU especialmente abundantes.

Del mismo modo, si el operador opta por reducir el alcance de su campaña comercial debido a restricciones de última hora adicionales a la oferta mayorista de TESAU, ello implica la reducción de su objetivo de penetración. Independientemente de que esta decisión pueda afectar al plan de negocio del operador, es evidente que dicha reducción de la campaña comercial de un competidor beneficia al operador más agresivo en su oferta comercial y con mayor cuota de mercado, en este caso la propia TESAU.

Otro aspecto a destacar es la transparencia obligada de una oferta mayorista de acceso al bucle de abonado, en este caso la oferta de acceso indirecto. El contenido de la oferta debe reflejar las condiciones y limitaciones del servicio. Incluso aunque pudiera ser admisible que la prestación del servicio mayorista conlleve limitaciones debido a la solución técnica adoptada por TESAU, dichas limitaciones, caso de darse, deben reflejarse en la oferta de acceso indirecto. No resulta admisible que posteriormente a la aceptación de la oferta se introduzcan restricciones adicionales, a pesar de que pudieran estar técnicamente justificadas. Incluso si las limitaciones afectaran a todos los operadores por igual, resulta evidente que el conocimiento a priori de dichas limitaciones por parte de TESAU le otorga ventajas competitivas al poder adaptar su plan de negocio y sus campañas de captación de clientes a las propias limitaciones del servicio. El resto de operadores, desconocedores de las limitaciones, se enfrentan por el contrario a pérdidas económicas bien por la infrautilidad de sus campañas comerciales o por la necesidad de reajustar el plan de negocio al nuevo mercado potencial.

Finalmente, debe indicarse que cuando TESAU realiza una oferta mayorista de acceso indirecto, está obligada a garantizar la eficiencia técnica y económica en la prestación de dicha oferta. La combinación de los servicios ofrecidos por la oferta mayorista de TESAU y aquellos sustentados por la propia red del operador deben permitir ofrecer un servicio final al usuario en condiciones competitivas y eficientes. No resulta admisible por tanto que dicha prestación adolezca de limitaciones y restricciones que den lugar a una prestación del servicio ineficiente. En este caso particular, los operadores deben hacer frente

a unos pagos por una capacidad de transmisión ATM que se ven imposibilitados de utilizar en su totalidad, a pesar de ofrecer unos servicios a sus usuarios de acuerdo a las condiciones de la oferta de acceso indirecto de TESAU. Ello implica que deben pagar a TESAU por el uso de unos recursos ineficientes, y al mismo tiempo deben utilizar ineficientemente los recursos de su propia red conectada al PAI.

Existen soluciones técnicas que permiten superar las restricciones que pudieran existir en la red GigADSL actual, aún de forma provisional, a la espera de lo que se establezca en el acuerdo que ponga fin al procedimiento de resolución del conflicto, con el fin de evitar los perjuicios causados, los cuales frustrarían la eficacia del citado acuerdo.

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:

Única.- TESAU deberá atender todas las peticiones de conexión de usuarios en los puertos PAI de RETEVISION.

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