



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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 6 de junio de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba el

INFORME AL MINISTERIO DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA SOBRE LA CANCELACIÓN DE LA GARANÍA DEFINITIVA CONSTITUIDA POR LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A.U. PARA LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO FINAL TELEFÓNICO BÁSICO Y DE LOS SERVICIOS PORTADORES.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- La Orden del Ministerio de Fomento de 26 de diciembre de 1997 aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas y convocó el concurso para la adjudicación, por procedimiento abierto, de una concesión para la prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores.

Segundo.- La Orden del Ministerio de Fomento de 28 de mayo de 1998 resolvió el concurso público convocado, adjudicando la concesión de gestión indirecta del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores a las siguientes entidades que, bajo la denominación común de "CONSORCIO LINCE", licitaron conjuntamente: "FRANCE TELECOM, S.A.", "EDITEL, S.L." y "CABLEUROPA, S.A.".



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero.- El contrato administrativo de concesión para la prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores fue formalizado entre la Administración General del Estado y "LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A.", con fecha 21 de julio de 1998.

Cuarto.- Dos meses después, el 27 de septiembre de 1998 entró en vigor la Orden del Ministerio de Fomento, de 22 de septiembre, por la que se establece el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares, que desarrolla el capítulo III del título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones estableciendo la regulación de la prestación de determinados servicios de telecomunicaciones, entre los que se encontraban el servicio telefónico fijo disponible al público y el establecimiento y explotación de redes públicas de telecomunicaciones, mediante la obtención de la correspondiente licencia individual, sin limitación en el número de operadores que pudieran ser titulares de las mismas, siendo otorgadas las primeras por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el día 3 de diciembre de 1998.

Quinto.- Con fecha 30 de septiembre de 1999, se dictó Orden del Ministerio de Fomento por la que se transforma el título habilitante que ostentaba "LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A." (en adelante LINCE), para la prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores, pasando a ser titular de una Licencia Individual de tipo B1 para la prestación del servicio telefónico disponible al público, mediante el establecimiento o explotación, por su titular, de una red pública telefónica fija de ámbito nacional.

En la citada Orden de transformación se mantienen vigentes los siguientes derechos y obligaciones del título transformado:

- *Los derechos y obligaciones que expresamente estén contemplados en la presente licencia.*
- *Las obligaciones que sean definidas como obligaciones de servicio público en los términos establecidos en el apartado 6 de la disposición transitoria primera de la Orden de Licencias y en su normativa de desarrollo.*
- *La garantía definitiva constituida presentada para la normalización del contrato de concesión para la prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores.*
- *y las obligaciones consistentes en los siguientes compromisos y garantías de entre los contenidos en el apartado 5 (compromisos y garantías adicionales) del sobre nº2 (oferta técnica y económica) de la oferta.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1º- “Garantías de calidad del servicio”, en los términos contemplados en el punto 1.2 del apartado 5 del sobre nº2 de la oferta”.

Sexto.- Por Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 30 de noviembre de 2000 (expediente nº 2000/2739) se modificaron las condiciones de la licencia individual de tipo B1 de LINCE sustituyendo la Obligación nº 2.15 del apartado QUINTO.II de la Orden del Ministerio de Fomento de 30 de septiembre de 1999 por la obligación de similar naturaleza y finalidad impuesta por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a los titulares de licencias individuales de tipo B1, y que figura en las resoluciones de otorgamiento de esas licencias.

Séptimo.- Mediante escrito de fecha 11 de abril de 2002 D. Christian Hacker, en nombre y representación de la entidad LINCE, solicitó a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que proceda a instar al Ministerio de Ciencia y Tecnología la **cancelación de la garantía definitiva** constituida y presentada por dicha entidad para la formalización del contrato de concesión para la prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores, garantía que le fue mantenida una vez transformado su título concesional en licencia individual de tipo B1.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Competencia de la comisión del mercado de las telecomunicaciones y objeto del presente informe.

El presente informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.Dos 2 j) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones que incluye entre las funciones de esta Comisión la de *“asesorar al Gobierno y al Ministro de Fomento, a solicitud de éstos o por propia iniciativa, en los asuntos concernientes al mercado y a la regulación de las telecomunicaciones y de los servicios a que se refiere el número 1 del apartado dos de este artículo, particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado. Igualmente, podrá asesorar a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales, a petición de los órganos competentes de cada una de ellas”.*

Asimismo, en virtud de lo dispuesto en el apartado SÉPTIMO de la Orden de 30 de septiembre de 1999, por la que se transforma el título habilitante que ostenta LINCE para la prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores en Licencia Individual de tipo B1 de ámbito nacional en el que se establece, in fine, *«(...) En relación con la garantía*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

definitiva constituida, en cuanto que va dirigida a asegurar el cumplimiento de las mencionadas obligaciones de servicio público, el Ministerio de Fomento podrá, a instancia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones mediante informe motivado, cancelar, en todo o en parte, la citada garantía».

En respuesta a la solicitud formulada por LINCE, el presente informe tiene por objeto el análisis de la procedencia o no de proponer al Ministerio de Ciencia y Tecnología (antes Ministerio de Fomento) la devolución de la garantía definitiva a la que se refiere el párrafo anterior a la luz de la normativa vigente en la materia.

Segundo.- Sobre la procedencia de la devolución de la fianza solicitada por LINCE

La respuesta a la solicitud de devolución de la fianza solicitada por LINCE hace necesario el estudio sistemático de la normativa aplicable al título habilitante otorgado a LINCE, así como la parte de la misma que ha incidido en una determinada configuración del mismo y en su posterior transformación.

A la cuestión objeto del presente informe son de aplicación la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante LGT); el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo del título III de la Ley General de Telecomunicaciones, en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones (en adelante Reglamento del Servicio Universal); la Orden del Ministerio de Fomento, de 22 de septiembre, por la que se establece el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares (en adelante OLI) y la Orden del Ministerio de Fomento, de 14 de octubre de 1999, por la que se regulan las condiciones de calidad en la prestación de los servicios de telecomunicaciones (en adelante Orden de Calidad), junto con la Orden del Ministerio de Fomento de 26 de diciembre de 1997 aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas y convocó el concurso para la adjudicación, por procedimiento abierto, de una concesión para la prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores; la Orden del Ministerio de Fomento de 28 de mayo de 1998 por la que se resuelve el concurso público convocado, adjudicando la concesión de gestión indirecta del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores a las siguientes entidades que, bajo la denominación común de “CONSORCIO LINCE”, licitaron conjuntamente: “FRANCE TELECOM, S.A.”, “EDITEL, S.L.” y “CABLEUROPA, S.A.” y la Orden del Ministerio de Fomento de 30 de septiembre de 1999 por la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que se transforma el título habilitante que ostentaba "LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A." en una licencia individual de tipo B1.

La Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, bajo cuya vigencia se convocó el concurso para la adjudicación de una concesión para la prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores del que resultó adjudicatario LINCE, consideraba las telecomunicaciones como *"servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público"*, esto es, servicios públicos. Esta conceptualización como servicio público supone que para la gestión indirecta de los servicios allí regulados por los particulares fuera necesario acudir a la figura de la concesión administrativa y, por ende, a la aplicación de la legislación de contratos de las administraciones públicas. La LGT, por el contrario, "liberaliza" el sector, así en su artículo 2 configura las telecomunicaciones como *"servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia"*, se pasa pues de servicios públicos a servicios de interés público y de un régimen concesional (para la gestión indirecta) a un régimen de autorizaciones y licencias.

Así, como consecuencia de este cambio normativo, la transformación del título supuso el paso de una relación entre la Administración y LINCE puramente contractual mediante concesión, en un régimen con un número limitado de operadores, a un otorgamiento reglado sin limitación en el número de titulares de las licencias y que sólo se registrará subsidiariamente y en aspectos tasados por la normativa aplicable a la contratación pública.

Por otro lado, la LGT exige la aplicación de los principios de *"igualdad, transparencia, no discriminación..."* en el cumplimiento de las obligaciones de servicio público en la prestación de servicios y en la explotación de redes de telecomunicaciones, tal y como establece en su artículo 35.2. Por tanto si los derechos y obligaciones que en la actualidad le corresponden a LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A.U. como titular de una licencia individual de tipo B1 son los mismos que los de los demás titulares de ese mismo tipo de licencia, sería ir contra los principios de igualdad y de no discriminación dar un trato jurídico diferente¹ a operadores que se encuentran en idéntica situación jurídica (conjunto de derechos y obligaciones). Carga que no se justifica por el hecho de haber obtenido con 2 meses de antelación a la aprobación de la OLI, que supuso la liberalización de estos servicios, el título considerado.

Estos principios además hay que entenderlos en relación con el artículo 4 del Reglamento del Servicio Universal que determina cuáles son los que rigen la imposición de obligaciones de servicio público a los operadores,

¹ en este caso mantener la carga que supone la garantía definitiva



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

exigiendo que ésta guarde la necesaria proporcionalidad entre obligaciones impuestas y derechos reconocidos.

Como ya señaló la CMT en el acuerdo de 30 de noviembre de 2000 (expediente 2000/2739), *“cabe cuestionar la justificación de que los antiguos operadores mantengan los derechos y obligaciones de sus contratos concesionales una vez transformado su título, con la excepción de los derechos especiales o exclusivos, compitiendo con operadores con licencias individuales obtenidas bajo la Ley General de Telecomunicaciones que no están sujetos a los mismos derechos y obligaciones. En efecto, en el actual marco de las licencias individuales, al haber desaparecido las ventajas de que disfrutaban los concesionarios, debe reorganizarse el conjunto de cargas derivadas del régimen de servicios públicos que aquéllos soportaban, las cuales no encajan en el actual esquema de libre competencia”*. En este sentido la garantía definitiva sólo podría mantenerse si se encontrase, en el marco de la nueva regulación, justificación suficiente.

Así, en desarrollo de la LGT, la OLI regula las licencias individuales sin diferenciar ni imponer condiciones distintas a los diferentes operadores, haciendo únicamente distinción en cuanto a derechos y obligaciones en virtud de los servicios que se presten y por tanto de los diferentes títulos que se otorgan a los operadores. En este sentido, se establece una íntima conexión entre el título otorgado y los derechos y obligaciones a los que están sujetos los titulares. Se permite, sin embargo, que los solicitantes amplíen voluntariamente los compromisos mínimos de calidad que asumen, en relación con la prestación del servicio o el establecimiento o explotación de la red, por encima de los que resulten exigibles, admitiendo, voluntariamente, un mayor margen de compromiso de los operadores.

Es claro que tanto en la regulación de la OLI como en la transformación de los títulos hay un mayor margen de autonomía de la voluntad en el ámbito de la calidad, quedando cada operador vinculado a su propia declaración, siempre que se respeten los mínimos exigidos por el ordenamiento en esta materia.

Obligaciones aplicables a la garantía. En atención a la licencia individual de tipo B1 de ámbito nacional de la que es titular en la actualidad LINCE, las obligaciones cubiertas por la garantía serían:

- Derechos y obligaciones de la licencia, que son los mismos que corresponden al resto de los operadores titulares de licencias individuales de tipo B1 de ámbito nacional, excepto en lo relativo al cumplimiento, en materia de calidad, de las condiciones en la prestación del servicio establecidas en la base 39 del Pliego y de las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mejoras sobre las condiciones de calidad comprometidas en el contrato administrativo de concesión y cuyos incumplimientos permiten a los abonados ser indemnizados, en relación con la prestación del servicio o el establecimiento o explotación de la red (apartado II “Contenido de la Licencia” y obligación 2.9 de la licencia).

En la base 39 se dice que el concesionario queda obligado a prestar el servicio telefónico básico con un nivel superior al umbral de tolerancia y al umbral mínimo de calidad que se fijan en el anexo V,...Respecto a los servicios portadores, serán de aplicación las obligaciones de calidad establecidas en el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio Portador de Alquiler de Circuitos, aprobado por Real Decreto 1558/1995, de 21 de septiembre...

- Obligaciones que sean definidas como obligaciones de servicio público en los términos establecidos en el apartado 6 de la disposición transitoria primera de la Orden de Licencias y en su normativa de desarrollo. Esta disposición ha sido desarrollada por la disposición adicional cuarta de la Orden del Ministerio de Fomento, de 14 de octubre de 1999, por la que se regulan las condiciones de calidad en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, en la que se señala *“Una vez producida la transformación de los títulos habilitantes..., sólo tendrán la condición de obligaciones de servicio público, a los efectos exclusivos de lo dispuesto en el apartado 6 de la disposición transitoria primera de dicha disposición, las obligaciones de calidad, cobertura y extensión que figuran en la normativa de desarrollo de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y en su caso en los pliegos que rigieron los concursos para el otorgamiento de los correspondientes títulos habilitantes y que se mantienen en los títulos resultantes de la transformación.”*

A tenor de lo anterior y puesto que ya han sido equiparadas las obligaciones de cobertura y extensión a las del resto de titulares de licencias individuales de tipo B1 de ámbito nacional en la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de noviembre de 2002, parece claro que solamente permanecen vigentes, con un régimen diferenciado del resto de los operadores, las obligaciones de calidad recogidas tanto en el título transformado como en los pliegos del concurso.

La OLI en el apartado 2 (Proyecto técnico) apartado B) del artículo 13 establece en el punto 2.1 Plan de calidad del servicio, en el que se especificarán los compromisos...*por encima de los que resulten exigibles.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El artículo 15 de la Orden de Calidad dispone que *“Al incumplimiento de los niveles mínimos de calidad será de aplicación el régimen sancionador, en los términos establecidos en el artículo 79.11 y en su caso, en el artículo 80.1 de la Ley General de Telecomunicaciones”*.

Por todo lo anterior, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resuelve

Proponer al Ministerio de Ciencia y Tecnología la devolución de la garantía definitiva constituida y presentada por LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A.U. para la formalización del contrato de concesión para la prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores, garantía que le fue mantenida una vez transformado su título concesional en licencia individual de tipo B1 de ámbito nacional.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

José M^a Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes