



## **COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

D. LUIS BERMÚDEZ ODRIOZOLA, 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 29 de abril de 1999, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la

### **RESOLUCIÓN DE 29 ABRIL DE 1999, RELATIVA A LA ADOPCION DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL EXPEDIENTE ABIERTO EN RELACION CON LA SOLICITUD DE INTERVENCION PRESENTADA POR LINCE TELECOMUNICACIONES S.A**

#### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 31 de marzo de 1999 tuvo entrada en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, escrito de la sociedad LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A. (en adelante LINCE), en el que en su calidad de titular de una concesión administrativa para la prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores, en virtud de adjudicación del concurso convocado por Orden del Ministro de Fomento de 26 de diciembre de 1997(realizada en su favor el 28 de mayo de 1998), solicita la intervención de la CMT en relación con lo estipulado en el artículo 39 del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares que rige la citada concesión así como con el contenido de determinadas cláusulas del Acuerdo General de Interconexión suscrito por LINCE con TELEFONICA de España.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En su escrito LINCE pone de manifiesto que el Acuerdo General de Interconexión suscrito con TELEFONICA S.A. con fecha 27 de octubre de 1998, recoge dos referencias que, según la solicitante, se introdujeron única y exclusivamente por razón del contenido del párrafo primero de la cláusula 39 del Pliego, ante la negativa de TELEFONICA a introducir en dicho acuerdo la posibilidad de cursar llamadas que quedaran fuera del ámbito de la citada cláusula, por considerarlas contrarias al marco regulatorio vigente en el momento de la firma del Acuerdo General de Interconexión.

Estas referencias en el Acuerdo General de Interconexión son, concretamente, las siguientes:

*En la página 11 del Anexo 1, Técnico y de Operación se estipula que "las llamadas con acceso indirecto o preseleccionadas de larga distancia se adecuarán a las condiciones que determina el artículo 3 de la O.M. de 18 de julio de 1997, con excepción de aquellas llamadas interprovinciales cuya provincia origen y destino pertenezcan a la misma área de servicio que, hasta el 1 de mayo de 1999, serán devueltas en el mismo punto de interconexión".*

*Asimismo, en la página 5 del Anexo 3, Servicios se dice que "Con posterioridad a la fecha del 1 de mayo de 1999, en el caso de que no exista Punto de interconexión en alguna provincia, ambos operadores acuerdan que LINCE no participará en el tráfico que se origine o termine en alguna de las provincias en las que no exista Punto de Interconexión".*

Por otra parte, el artículo 39, párrafo primero del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares y de prescripciones técnicas, respecto del que LINCE también solicita la intervención de la Comisión, dispone que *"a partir del día 1 de mayo de 1999, para que LINCE pueda intervenir en el curso del tráfico telefónico básico con destino u origen en una determinada provincia mediante procedimientos de selección o preselección de operador, ha de establecer previamente un punto de interconexión en dicha provincia".*

**Segundo.-** El contenido de la cláusula 39 del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares y de los párrafos antes transcritos del Acuerdo de Interconexión resultan según LINCE contradictorios con el marco regulador establecido por la Ley General de Telecomunicaciones y las disposiciones que la desarrollan y, concretamente, con lo previsto en los artículos 17.2 y 27.2.2. de la Orden de Licencias, que otorgan a los titulares de licencias de tipo B1 de ámbito nacional el plazo de un año para desplegar 50 puntos de interconexión desde el comienzo de la prestación del servicio, que, a su vez, deberá iniciarse en el plazo de un año desde la resolución de otorgamiento del título.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Estima LINCE que esta situación supone una disparidad de trato que le perjudica tanto respecto los nuevos titulares de licencias como del otro operador cuyo título ha sido otorgado con anterioridad a la entrada en vigor de la LGT y en cuya concesión no se impone la obligación de instalar 50 puntos de interconexión en un plazo inferior a un año desde el otorgamiento de su título.

Para LINCE, junto con la discriminación que supone este desequilibrio de los derechos y las obligaciones respecto de los otros operadores habilitados para la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público, la aplicación de las mencionadas cláusulas tendría una incidencia negativa sobre la competencia, teniendo en cuenta que la sociedad se halla en pleno fase de lanzamiento de sus servicios y de obtención de cuota de mercado, que podría verse sustancialmente reducida de procederse a la efectiva aplicación de la prohibición de intervenir en el curso del tráfico telefónico básico con destino u origen en provincias en las que no disponga en fecha 1 de mayo de 1999 de puntos de Interconexión.

Asimismo, sostiene LINCE que la procedencia de someterle al régimen general establecido por el artículo 27.2.2. de la Orden de Licencias resulta asimismo del hecho de que la entrada en vigor de la Oferta de Interconexión de Referencia correspondiente a TELEFONICA S.A. ha entrañado una modificación de la propia estructura de la interconexión, la cual ya no se basa ahora en provincias, como ocurría con anterioridad, sino por el contrario, en áreas de tránsito en las que la interconexión a una central nodal permite acceder en muchos supuestos a varias provincias. Teniendo en cuenta tal modificación estructural y las incertidumbres asociadas a los términos precisos en los que se habrá de aplicar la nueva estructura- así como a la interpretación y aplicación de la exigencia de transporte real y eficiente impuesta por el artículo 17.5 del Reglamento de Interconexión, sostiene LINCE, que precisa disponer de más tiempo para la reorganización de su red y que tal tiempo debe ser otorgado por la Administración pues esta modificación de la estructura de interconexión se ha producido con posterioridad al momento en que aquélla ha comenzado la implantación de su red.

Por otra parte, alega LINCE que está sufriendo retrasos en la obtención de los títulos administrativos habilitantes que deben otorgar los Ayuntamientos, necesarios para poder proceder efectivamente al tendido de su red, circunstancia esta que, unida a las demás antes citadas justifican asimismo su pretensión de que se le aplique el régimen general establecido para los titulares de licencias de tipo B1 de ámbito nacional en materia de despliegue de los puntos de interconexión.

Por último alega LINCE que en el marco del expediente de transformación de su título habilitante actualmente en tramitación, el Ministerio de Fomento tiene



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

previsto adaptar el contenido de la cláusula 39 a las previsiones de la Orden de Licencias en el sentido de establecer un punto de interconexión por provincia en el plazo de un año a contar desde la fecha en que comenzó la prestación del servicio conforme a lo dispuesto en el artículo 27.2.2 de la Orden de Licencias.

**Tercero.-** Como conclusión de todo lo anterior LINCE solicita de la CMT, en primer término, una resolución interpretativa del alcance de la obligación impuesta por el párrafo primero de la Cláusula 39 del Pliego una vez que ha entrado en vigor el artículo 27.2.2. de la Orden de Licencias, en cuya virtud se declare a todos los efectos que LINCE únicamente estará obligada a disponer de un punto de interconexión por provincia cuando haya transcurrido un año desde la fecha en la que comenzó a prestar el servicio.

En segundo término, LINCE solicita una resolución que declare que las cláusulas del Acuerdo General de Interconexión antes transcritas deben interpretarse en el sentido de sustituir la referencia al día 1 de mayo de 1999 en ellas contenida por la referencia al 1 de diciembre de 1999 (fecha en la que habrá transcurrido un año desde la fecha en la que LINCE comenzó a prestar el servicio).

Por último se pide a la CMT que instruya a TELEFONICA para que en ningún caso impida a LINCE hasta el día 1 de diciembre de 1999 participar mediante procedimientos de selección o preselección de operador en el tráfico que se origine o termina en las provincias en que no exista punto de interconexión, medida que se solicita se inste cautelarmente, habida cuenta de que si la resolución se dicta con posterioridad a 1 de mayo de 1999, se produciría un gravísimo efecto restrictivo de la competencia.

**Cuarto.-** Amparándose en la habilitación competencial establecida por la Ley 12/1997 de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones y por el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por R.D. 1994/1996 de 6 de septiembre y demás normas de aplicación, esta Comisión procedió a la apertura del correspondiente expediente administrativo de conformidad con las previsiones de la Ley 30/1993 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el curso del cual se apreció la concurrencia de los elementos necesarios para la adopción de medidas cautelares.

Conforme a lo estipulado en la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, con fecha 19 de abril de 1999 se procedió a poner de manifiesto el expediente a los



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interesados, a fin de que pudiesen alegar y presentar los documentos justificativos que estimasen pertinentes.

**Quinto.-** Con fecha 23 de abril de 1999 se recibieron las alegaciones de LINCE en las que se insiste en que la excepcionalidad de la previsión contractual y las irreparables consecuencias que derivarían de un corte de tráfico en las provincias afectadas hacen necesaria la adopción de la medida cautelar propuesta.

La posibilidad unilateral de que una de las partes quede habilitada para interrumpir la prestación de servicios de la otra, sobre todo si la parte habilitada es el operador dominante, es un ejemplo extremo de medida restrictiva de la competencia porque lleva consigo la expulsión del mercado del otro operador, con graves consecuencias sobre el nivel de competencia actual y futura.

Para terminar sus alegaciones, LINCE concluye que la medida cautelar propuesta es la única medida posible para evitar un perjuicio gravísimo para el arranque de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones español.

**Sexto.-** Con fecha 23 de abril TELEFONICA presentó ante esta Comisión escrito de alegaciones por el que califica de carente de apoyatura jurídica la medida cautelar propuesta en el escrito en el que se notificaba el trámite de audiencia consistente en ordenar a TELEFONICA permitir a LINCE, hasta el momento en que la Comisión dicte resolución, o en su defecto, hasta el día 1 de diciembre de 1999, participar, mediante procedimientos de selección o preselección de operador en el tráfico que se origine o termine en las provincias las que no exista punto de interconexión, y ello por los siguientes motivos:

### Primero. Inexistencia de elementos de juicio suficiente para adoptar las medidas cautelares

TELEFONICA sostiene que la CMT funda su propuesta de resolución en el hecho de que lo dispuesto en la cláusula 39 del Pliego, al ser anterior a la liberalización plena de las telecomunicaciones podría contradecirse y ser más restrictivo, desde el punto de vista de los nuevos entrantes de lo dispuesto en el artículo 27.2.2 de la Orden de Licencias, lo cual no se corresponde con la realidad según TELEFONICA.

En primer lugar porque la entrada de LINCE en el mercado, anterior a la fecha de liberalización de las telecomunicaciones pues LINCE obtuvo su título en mayo de 1998, determinó un valor innegable a su plan de negocio. Por ello



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

parece razonable la imposición de ciertas obligaciones particulares para equilibrar los derechos excepcionales (en el sentido de no ofrecerse a la generalidad) y, en concreto, la obligación de constituir un punto de interconexión en cada una de las provincias para participar en el tráfico con origen o destino en ellas, antes del 1 de mayo de 1999. De ahí que la discriminación existiría más bien según TELEFONICA si se tratase igual situaciones que son diferentes.

En segundo lugar porque la eliminación de la condición impuesta a LINCE en su título habilitante, título que al día de la fecha no ha sido transformado, supondría no sólo una clara vulneración de la norma, sino una clara discriminación a aquellos operadores que, por no reunir los requisitos exigidos en el pliego de cláusulas administrativas, no pudieron presentarse al Concurso y, en consecuencia, vieron limitado su derecho a entrar en el mercado de las telecomunicaciones con anterioridad al 1 de diciembre de 1999.

En tercer lugar no existe, según TELEFONICA, incompatibilidad entre las disposiciones de la cláusula 39 del Pliego y el contenido del artículo 27.2.2. de la Orden de Licencias, pues de acuerdo con este último, independientemente de su utilización, un operador con Licencia de tipo B1, de ámbito nacional, debe constituir un punto de interconexión por provincia. Por su parte la cláusula 39 del Pliego únicamente establece que si el operador a partir del 1 de mayo quiere participar en el tráfico con origen o destino en una provincia habrá de haberse constituido con anterioridad un punto de interconexión en dicha provincia. Es decir el operador no incumple ninguna obligación si no ha establecido en mayo de 1999 un punto de interconexión por provincia.

### Segundo: Ausencia de necesidad de tomar la medida para asegurar la eficacia de la Resolución que se dicte

TELEFONICA alega que lo que se pretende no es asegurar la eficacia de la resolución (verdadero objeto de una medida cautelar) sino el cumplimiento anticipado de una resolución no dictada pero que claramente se pone de relieve cual va a ser, desnaturalizando, de este modo el alcance de las medidas cautelares.

### Tercero: Existencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para TELEFONICA o violación de derechos amparados en Leyes

La cláusula 14.3 del Acuerdo General de Interconexión suscrito entre TELEFONICA y LINCE establece que *"el presente acuerdo se revisará, parcial o totalmente, a petición escrita de alguna de las partes dirigida a la otra cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:*

....





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*b) cambios normativos en materias de interconexión de redes y servicios de telecomunicación que afecten a este Acuerdo aplicables en España.*

*c) modificación o transformación del título habilitante que ostenta cualquiera de las partes, siempre que ello no impida el cumplimiento, por la misma, de las obligaciones contenidas en el presente Acuerdo."*

De la modificación del Acuerdo General de Interconexión propuesta por la CMT se deducen según TELEFONICA dos consecuencias:

En primer lugar se pretende privar a TELEFONICA de su derecho a revisar el Acuerdo General de Interconexión suscrito con LINCE. El párrafo de la página 5 del anexo (en que se pacta que con posterioridad a la fecha 1 de mayo de 1998, en el caso de que no exista punto de interconexión en alguna provincia ambos operadores acuerdan que LINCE no participará en el tráfico que se origine o termine en alguna de las provincias en las que no exista punto de interconexión) no deriva de la existencia de una condición regulatoria a la que se remite el Acuerdo General de Interconexión, sino del hecho de que las partes, en ejercicio de su libre voluntad, hayan acordado la mencionada condición.

TELEFONICA considera que la CMT no está legitimada en estas circunstancias para instar a las partes a modificar el Acuerdo General de Interconexión, puesto que no se darían los presupuestos necesarios para que la CMT pueda instar a las partes a ello. TELEFONICA no considera que pueda considerarse como práctica contraria a la libre competencia un requisito de despliegue de red pactado libremente por las partes. Del mismo modo, no parece necesario para garantizar la interoperabilidad de los servicios cuando la misma viene ya avalada desde el momento en que la restricción derivada del requisito mencionado se basa en la imposibilidad de prestar servicios en un área geográfica determinada y no en la negativa a hacer posible la interoperabilidad de un servicio determinado.

Por otra parte se ocasionan a TELEFONICA perjuicios de difícil o imposible reparación, puesto que se ha obligado a TELEFONICA a realizar en un plazo menor, un mayor esfuerzo que, como en cualquier actividad económica se concreta en mayores costes y, ello sin mencionar el coste de oportunidad derivado de la imposibilidad de destinar los medios humanos y materiales a otras actividades, de acuerdo a los propios criterios de selección de inversiones.

La modificación de los requisitos impuestos a LINCE supondría que el incremento de costes derivados de las actuaciones solicitadas por LINCE sería un coste hundido, en el sentido de no recuperable y con una utilidad nula, el



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cual ha sido soportado en su totalidad por TELEFONICA en la lógica creencia de que los acuerdos se firman para ser cumplidos

Como dato significativo, señala TELEFONICA que la previsión, a día de hoy supone que para finales de abril de 1999 estarán operativos 19 puntos de interconexión y el resto, hasta 50, a finales de mayo de 1999.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **Primero.- Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones**

Esta Comisión es competente para entender de la solicitud de intervención presentada por LINCE pues la Ley 12/1997 de 24 de abril de liberalización de las telecomunicaciones atribuye a la CMT, en su artículo 1. dos.1. el objeto de 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.

Para el cumplimiento de este objeto, el mismo artículo en su apartado dos. 2. f), primer inciso, dispone que la CMT ejercerá la función de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores y a la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta; a la política de precios y de comercialización por los operadores de los servicios, y en general a todas aquellas actividades que pudieran constituir prácticas contrarias a la libre competencia. El segundo inciso de este mismo punto dispone que la Comisión ejercerá las competencias de la Administración General del Estado para interpretar las cláusulas de los contratos concesionales que protejan la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

Por otra parte, la Ley 11/1998 de 24 de abril General de Telecomunicaciones dispone en su artículo 22.2, el cual resulta especialmente relevante al caso que nos ocupa, que excepcionalmente la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá dictar instrucciones a las partes que hayan celebrado un acuerdo de interconexión instándolas a su modificación cuando su contenido pudiera amparar prácticas contrarias a la libre competencia o resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios.

En el ejercicio de su función de garante de las condiciones de competencia en el mercado, el artículo 1º de la Ley 12/1997 de 24 de abril, de Liberalización de





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

Por otro lado, el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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 escueta regulación expuesta sobre adopción de medidas cautelares se completa con lo dispuesto en la Ley 30/1992 de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, por la cual se rige la 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. Esta Ley que fue modificada recientemente por Ley 4/1999 contiene, en lo que a este caso se refiere, las mismas previsiones antes descritas.

### **Segundo.- La aplicación del artículo 22. 2 párrafo segundo de la Ley General de Telecomunicaciones**

El artículo 22 de la Ley 11/1998 de 24 de abril General de Telecomunicaciones dispone en su punto 2, párrafo segundo que, excepcionalmente la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá dictar instrucciones a las partes que hayan celebrado un acuerdo de interconexión, instándolas a su modificación, cuando su contenido pudiera amparar prácticas contrarias a la competencia o resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios.

La resolución que se adopte en el expediente iniciado a instancia de LINCE vendrá en última instancia a determinar si, en el caso concreto que nos ocupa, se dan los presupuestos necesarios para la aplicación del citado apartado y para justificar una intervención de la Comisión instando a LINCE y a TELEFONICA a la modificación de su acuerdo de interconexión y concretamente del párrafo contenido en la página 5 del anexo de servicios en



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el que se estipula que "Con posterioridad a la fecha 1 de mayo de 1999, en el caso de que no exista Punto de Interconexión en alguna provincia, ambos operadores acuerdan que LINCE no participará en el tráfico que se origine o termine en alguna de las provincias en las que no exista punto de interconexión".

Para ello el contenido de la resolución deberá consistir en la constatación de que el contenido del citado párrafo del acuerdo de interconexión ampara o no prácticas contrarias a la competencia o si es precisa la intervención de la CMT instando a las partes a la modificación de un acuerdo para garantizar la interoperabilidad de los servicios.

En esta fase del procedimiento basta con constatar que podría ser contraria a la libre competencia o a la garantía de la interoperabilidad de los servicios una cláusula de un acuerdo de interconexión que tuviese por efecto el permitir a una de las partes, que precisamente tiene la condición de operador dominante en el mercado presuntamente afectado por la actuación, interrumpir unilateralmente a la otra parte la posibilidad de prestar su servicios y, en consecuencia, de expulsar del mercado a su competidor. Asimismo, existen indicios de que tal actuación tendría efectos lesivos para los consumidores especialmente en lo que se refiere a la necesaria garantía de interoperabilidad de los servicios que quedaría mermada si TELEFONICA pudiese impedir a LINCE realizar el acceso o la terminación de llamadas en aquellas provincias donde a fecha 1 de mayo no dispusiese de puntos de interconexión.

Entre tanto se instruye el correspondiente procedimiento, concurren en el presente caso circunstancias que justifican la adopción de medidas cautelares para asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se adoptará.

### **Tercero. Concurrencia de los presupuestos necesarios para la adopción de una medida cautelar**

La presente resolución tiene por objeto la adopción de una medida cautelar que asegure el efecto útil de la resolución que en su día se dicte en el expediente abierto como consecuencia de la solicitud de LINCE. Para ello es preciso que dicha medida consista en ordenar a TELEFONICA permitir a LINCE, hasta el momento en que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dicte resolución, continuar participando mediante procedimientos de selección o preselección de operador en tráfico que se origine o termine en las provincias en las que no exista punto de interconexión. Este y no otro debe ser el contenido de la medida cautelar por los motivos que se pondrán de manifiesto en la presente resolución.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Concurren en el presente expediente 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 en derecho y se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes (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.).

### **a) Existe una norma jurídica que permite la adopción de las medidas cautelares en el marco del presente expediente.**

Como se ha indicado anteriormente en el apartado precedente 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 en relación con los artículos 1.Dos .1 y 1. Dos. 2 f) del mismo texto legal y el artículo 22 de la Ley 11/1998, así como en el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

### **b) Apariencia de buen derecho.**

Esta Comisión ha constatado la concurrencia de suficientes elementos de juicio que recomiendan la adopción de la medida.

Así esta Comisión entiende según lo explicado en el apartado precedente que existen indicios suficientemente fundados para considerar la pertinencia de la aplicación del artículo 22.2 párrafo segundo de la Ley General de Telecomunicaciones, pues no parece compatible con la necesidad de garantizar la interoperabilidad de los servicios ni con la libre competencia una cláusula cuyo resultado práctico es permitir al operador dominante la negativa a seguir cursando tráfico de la otra parte del acuerdo sin que haya sido autorizada expresamente para ello por el regulador, y pudiendo, de esta forma, llegar a expulsarle del mercado.

Efectivamente si se permitiese a TELEFONICA una aplicación estricta de la estipulación contenida en la página 5 del anexo 3, Servicios del Acuerdo de Interconexión suscrito entre LINCE y TELEFONICA, ello podría tener graves consecuencias para LINCE en una fase de inicial de implantación de sus



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicios, lo que podría vulnerar seriamente la estructura de la competencia en el mercado.

Según estimaciones propias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el mercado de llamadas interprovinciales, estimado en función del número de líneas activadas, quedaría repartido entre TELEFONICA que mantendría un 85%, Retevisión con un 12% y LINCE con un 3%.

Si se estima en función del número de minutos cursados de tráfico interprovincial, TELEFONICA mantendría una cuota del 81%, Retevisión habría alcanzado un 15% y a LINCE le correspondería un 4%. La aplicación de la cláusula tendría por efecto que LINCE no podría ofrecer un servicio telefónico interprovincial a nivel nacional, debiendo limitarse a prestarlo tanto de terminación como de acceso únicamente en aquellas provincias donde disponga de puntos de interconexión, lo que podría dañar seriamente su estrategia comercial y, por ende, a los consumidores de servicios telefónicos, además de crear una situación de desconfianza hacia los nuevos operadores que redundaría en beneficio del operador dominante y dañaría el proceso de implantación de nuevos operadores y por lo tanto del despegue de los servicios de telecomunicación en nuestro país.

Estos efectos seriamente lesivos de la competencia en el mercado justificarían una intervención de la Comisión, no ya meramente interpretativa sino en uso de las facultades que la Ley y el Reglamento de Interconexión le confieren para la modificación de las cláusulas anticompetitivas de los acuerdos de interconexión.

Otro tanto cabe decir en cuanto a los efectos que un posible corte en la interconexión (aunque fuera sólo un corte parcial) podría tener sobre la interoperabilidad de los servicios de telecomunicaciones, pues directamente al no poder dar tráfico en determinadas provincias no habría interoperabilidad posible.

La intervención de la Comisión quedaría justificada tanto en el caso de que se demostrase, como alega LINCE, que esta cláusula fue la impuesta por TELEFONICA en ejecución de la cláusula 39 del Pliego de continua referencia, como en el caso de que se tratase de cláusulas totalmente independientes, de acuerdo con la opinión de TELEFONICA.

En este sentido, no parece legítimo que TELEFONICA se ampare en el contenido literal del párrafo primero de la cláusula 39 del Pliego, cuyo incumplimiento no corresponde esta Comisión examinar, para impedir la participación de LINCE en el curso del tráfico telefónico básico con destino y origen en provincias donde esta no disponga de puntos de interconexión. Dicha



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

actitud no sería la perseguida por el espíritu del nuevo marco regulador y por el régimen establecido por las situaciones transitorias, pues su efecto directo sería equivalente a inhabilitar a LINCE para participar en el tráfico telefónico hasta tanto no se resuelva formalmente la transformación de su título lo que resulta totalmente contrario a la lógica del régimen transitorio establecido por la LGT.

Esta constatación no resultaría únicamente de las previsiones derogatorias de la Ley sino, también de las consecuencias contrarias a la libre competencia y a la garantía de una adecuada interoperabilidad de los servicios que se derivarían de la aplicación de lo dispuesto en el contrato de interconexión. Esta aplicación conllevaría un claro efecto de debilitamiento de la todavía frágil estructura de la competencia en el mercado español, pues impediría a LINCE, uno de los únicos tres operadores que prestan servicio telefónico básico en la actualidad, la comercialización efectiva de sus servicios. Por otra parte, los clientes de LINCE, en algunas provincias, verían limitada si no cercenada de forma abrupta su capacidad de comunicación, lo que resulta contrario a la garantía de la interoperabilidad de los servicios que se trata de proteger.

Asimismo, y por las razones ya enunciadas, y con independencia del contenido de la resolución de transformación del título habilitante que en su momento se dicte, una aplicación de la cláusula del contrato de interconexión que otorgase al operador dominante las funciones de inspección y control que corresponden por Ley a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, resultaría contraria a la libre competencia y a las normas de liberalización de las telecomunicaciones. Así, conforme a las normas que deben regir un mercado liberalizado, con separación de funciones entre el operador dominante y el regulador, pesa sobre TELEFONICA la obligación de entregar todas las llamadas sin limitaciones realizadas con selección de operador o preseleccionadas en el punto de interconexión más cercano a su origen, debiendo TELEFONICA denunciar la existencia de llamadas que, a su entender, incumplan la legislación vigente en materia de encaminamiento.

Por su parte, en apoyo de esta interpretación, parece dirigirse la cláusula 12 del Acuerdo de Interconexión suscrito entre LINCE y TELEFONICA cuando establece que cualquiera de las partes podrá solicitar a la autoridad administrativa la desconexión de la red entre otros supuestos cuando concurra una de las cláusulas de extinción previstas en la cláusula 15 cuya naturaleza haga indispensable la desconexión de la red en alguna de las partes. Esta cláusula reconoce expresamente que la desconexión no podrá ser aplicada unilateralmente por una de las partes, sino que deberá ser permitida expresamente por la autoridad administrativa.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De todo lo anterior, y sin prejuzgar el contenido de la resolución que se dicte en el expediente, resulta que concurren en el presente expediente elementos suficientes para considerar la apariencia de buen derecho necesaria para la legítima adopción de medidas cautelares.

### **c) Necesidad y urgencia de la medida**

Las medidas cautelares propuestas en el presente expediente son necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer y su adopción es urgente pues deberá producirse antes del 1 de mayo de 1999 para asegurar el efecto útil de la resolución que se dicte.

Efectivamente, si la resolución posterior que se adopta es contraria a la solicitud de LINCE, los efectos creados por la adopción de la medida cautelar-obligar a TELEFONICA a permitir la participación de LINCE en el tráfico en aquellas provincias donde no dispone de puntos de interconexión- no son comparables a la situación que se produciría de no adoptarse la medida cautelar y resultar la resolución final favorable a los intereses de LINCE. Esto conllevaría desposeer totalmente de eficacia a la resolución posterior que se dicte.

El riesgo que desde el punto de vista de la competencia supondría la no adopción de la medida cautelar, sería un grave debilitamiento de la posición competitiva de LINCE en el Mercado y de la estructura de la competencia en el mercado, en consecuencia. En efecto, la imposibilidad de participar desde el 1 de mayo en el tráfico que se origine o tenga destino en las provincias en que LINCE carece de punto de interconexión y hasta que se dicte resolución, le hará imposible participar en el mercado del servicio indirecto de telefonía interprovincial, ya que única y exclusivamente podría dar servicio en las llamadas con destino y origen en las provincias en que tuviera punto de interconexión, con lo que el servicio que podría dar a sus clientes sería incompleto y carente de atractivos. Por ello, cabe pensar que la base de clientes conseguida hasta la fecha se vería fuertemente mermada, con lo que lo harían sus ingresos y, posiblemente, dado que éste es el principal servicio que presta en la actualidad, su viabilidad como operador.

Adicionalmente, aunque la resolución que recayese en el expediente fuese favorable a LINCE resultaría muy difícil restablecer las condiciones de competencia a las existentes en el momento anterior a la cesación en la prestación de los servicios, debido a la dificultad de recuperar los clientes que previsiblemente perderá y más en un entorno tan competitivo como el que se prevé próximamente.





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo en tanto no se resuelva el expediente la medida resulta necesaria para garantizar la interoperabilidad de los servicios.

Todo lo anterior aconseja la adopción de una medida cautelar en la que se obligue a TELEFONICA a permitir a LINCE hasta el momento en que en que esta Comisión dicte resolución participar mediante procedimientos de selección o preselección de operador en el tráfico que se origine o termine en las provincias en las que no exista punto de interconexión.

**d)** Esta medida, es **idónea y proporcional** al resultado perseguido, y al consistir únicamente en obligar a TELEFONICA a continuar prestando los servicios de referencia a LINCE, manteniendo el resto de las condiciones acordadas por las partes en el Acuerdo de Interconexión, **no supone para TELEFONICA un perjuicio de imposible reparación** en el caso de que la resolución del expediente no sea favorable a las peticiones de LINCE, ni tampoco una violación de derechos amparados en Leyes.

### Cuarto. Alegaciones de TELEFONICA

a) En cuanto a la alegación de inexistencia de elementos de juicio suficientes para adoptar las medidas cautelares.

Como ya se ha expuesto TELEFONICA alega que el distinto régimen previsto en la cláusula 39 del Pliego y en la Orden de Licencias se justifica por el hecho de que LINCE entró en el mercado con anterioridad a la liberalización de las telecomunicaciones y por tanto con una posición de ventaja respecto de sus competidores ahora acogidos al régimen de la Orden de Licencias, posición de ventaja que justificaría la imposición sobre aquel operador de condiciones más gravosas. No se produciría pues discriminación pues la discriminación resultaría de tratar como iguales situaciones que son diferentes.

Frente a esta alegación de TELEFONICA, no cabe sino aclarar que la presente resolución no entra a considerar si la aplicación de la cláusula 39 es discriminatoria o no, ni si estuvo justificada en su momento, sino simplemente se trata de constatar que se cumplen los presupuestos básicos para la modificación del acuerdo de interconexión, ya que de su contenido se podría amparar una práctica restrictiva de la competencia o es precisa para garantizar la interoperabilidad de los servicios.

Es más, lo que se trata de dirimir en el presente expediente es si resulta contraria a las normas de liberalización de las telecomunicaciones y de defensa



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la competencia una aplicación del contenido del acuerdo de interconexión, cuyo efecto práctico fuese el de atribuir al operador dominante funciones de inspección y control sobre títulos habilitantes, que la normativa vigente atribuye a esta Comisión, pudiendo llegar hasta la desconexión de redes, sin el consentimiento previo del regulador.

b) En cuanto a la falta de necesidad de tomar la medida para asegurar la eficacia de la resolución.

Básicamente TELEFONICA considera que con la medida propuesta se está prejuzgando el contenido de la resolución posterior y que, de hecho se está anticipando la adopción de la misma.

En este sentido, hay que precisar que efectivamente si la decisión que en su momento se tome consiste en la modificación del acuerdo de interconexión suscrito por LINCE y TELEFONICA, en el sentido de permitir a LINCE, en aras a la protección del grado de competencia en el mercado, que continúe prestando servicios sin desconexiones hasta completar, en el tiempo que se determine conveniente, la estructura necesaria para poder dar servicios a nivel nacional, no viene acompañada de una medida cautelar que asegure su eficacia, esta resolución vería seriamente dañada su efecto útil. Sin embargo si la resolución que en su momento se dicte es contraria a los intereses de LINCE, el daño que se habría producido a TELEFONICA no sería comparable con la situación inversa. De ahí que efectivamente la medida cautelar únicamente puede consistir en permitir a LINCE seguir prestando el servicio hasta tanto no se dicte resolución definitiva.

Lo que ha realizado esta Comisión es pues, una valoración de los elementos que configuran la apariencia de buen derecho que ampara, al menos parcialmente, la solicitud de LINCE y una ponderación entre los distintos intereses en juego y el daño que podría conllevar a cada una de las partes implicadas la no adopción de la medida cautelar en espera de que se resolviese definitivamente el asunto.

Así, aun sin disponer de todos los datos necesarios (puesto que las partes no han aportado la necesaria información que se deberá incorporar al expediente en fases futuras) esta Comisión está en condiciones de afirmar que el daño que el cumplimiento de la medida cautelar causará a TELEFONICA, desde el punto de vista de la estructura de la competencia en el mercado, es mucho menor del que sufriría LINCE si con fecha 1 de mayo de 1999 se viera impedido a prestar sus servicios telefónicos interprovinciales.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- c) En cuanto a los alegados perjuicios de difícil o imposible reparación para TELEFONICA o violación de derechos amparados en Leyes.

En primer lugar el hecho de que ni LINCE ni TELEFONICA hayan hecho uso de las facultades de instar la revisión del contenido del acuerdo de interconexión que les confiere la cláusula 14, no prejuzga la competencia de esta Comisión para ejercer las funciones que la legislación le encomienda. Además, esta potestad de intervención de la CMT no impide el uso por las partes de su derecho a la revisión de las cláusulas del acuerdo de interconexión en caso de cambio normativo o transformación de títulos habilitantes y demás supuestos previstos, siempre por supuesto que dichas cláusulas no impidan la libre competencia y la interoperabilidad de los servicios.

Además TELEFONICA pretende que no puede considerarse contrario a la libre competencia un requisito de despliegue de red pactado libremente por las partes. En este sentido cabe indicar que para determinar si un pacto entre las partes resulta contrario a la libre competencia es preciso valorar los efectos reales o potenciales que el mismo despliega sobre el mercado con independencia de la materia sobre la que versa el pacto. Lo que significa que un pacto de despliegue de red, aunque haya sido libremente pactado por las partes y no sólo impuesto por el operador dominante, sí puede llegado el caso tener efectos anticompetitivos.

En cuanto a que la intervención de la CMT no resulta necesaria para garantizar la interoperabilidad de los servicios, basta decir que la imposibilidad de prestar servicios en determinadas provincias puede considerarse un ejemplo de inexistencia total de interoperabilidad respecto de los servicios que deban prestarse en las provincias afectadas.

En cuanto a la alegación de TELEFONICA de que con la medida se le están causando perjuicios de imposible o difícil reparación, ésta basa su fundamentación en el mayor esfuerzo en términos humanos y materiales que ha debido realizar para poner a disposición de LINCE los 19 puntos de interconexión que tiene previstos para finales de abril y los 50 que tenía previstos para finales de mayo.

Respecto de esta alegación, hay que matizar que TELEFONICA no ha ofrecido datos concretos sobre los referidos daños, ni siquiera una estimación de los mismos. No obstante, de haberlos estimado lo cierto es que tales daños serían previos a la medida cautelar y no estarían originados por la misma.

Asimismo, teniendo en cuenta que según las previsiones aportadas por TELEFONICA a finales del mes de mayo de 1999 estarán operativos 50 puntos de interconexión para LINCE, no parece que resulte especialmente gravosa



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

para TELEFONICA el mantenimiento de las condiciones actuales hasta tanto se dicte resolución por parte de la CMT, pues según las propias previsiones de TELEFONICA, la situación de permitir a LINCE entregar y recibir tráfico interprovincial en provincias donde todavía no dispone de punto de interconexión debe durar aproximadamente un mes, hasta finales de mayo.

En razón de todo lo expuesto en la presente Resolución, y acogiéndose a las competencias conferidas y reseñadas en el apartado correspondiente, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en relación con el expediente abierto como consecuencia de la solicitud de intervención de LINCE,

### ACUERDA

Adoptar la siguiente medida cautelar:

**Única.** Se ordena a Telefónica que permita a Lince continuar participando mediante procedimientos de selección o preselección de operador en el tráfico que se origine o termine en provincias en las que no exista punto de interconexión, hasta que esta Comisión dicte una resolución definitiva.

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



## **COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

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 M<sup>a</sup> Vázquez Quintana

Luis Bermúdez Odriozola