



## **COMISION 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 16 de junio de 1999, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U., CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 29 DE ABRIL DE 1999 RELATIVA A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL EXPEDIENTE ABIERTO EN RELACIÓN CON LA SOLICITUD DE INTERVENCIÓN PRESENTADA POR LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A.**

En relación con el escrito presentado por la representación legal de Telefónica de España, S.A.U, por el que solicita que se revoque la Resolución de esta Comisión de 29 de abril de 1999, por la que se adoptó medidas cautelares en el expediente abierto en relación con la solicitud de intervención presentada por LINCE Telecomunicaciones, S.A, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 23/99 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 16 de junio de 1999, recaída en el expediente núm. AJ 1999/895



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### HECHOS

**PRIMERO.-** Con fecha 31 de marzo de 1999 tuvo entrada en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT), escrito de la sociedad LINCE Telecomunicaciones, S.A, 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), 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 del contenido de determinadas cláusulas del Acuerdo General de Interconexión suscrito por LINCE con Telefónica de España, al objeto de que instruya a Telefónica 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 termine en las provincias en que no exista punto de interconexión, medida que se solicitó cautelarmente.

**SEGUNDO.-** Una vez finalizado el correspondiente expediente administrativo incoado al efecto con audiencia de ambas partes interesadas, esta Comisión dictó Resolución de 29 de abril de 1999 por la que se ordenó cautelarmente a Telefónica que permitiera 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 la CMT, dicte una resolución definitiva. La citada Resolución fue notificada a Telefónica de España, S.A. el día 30 de abril de 1999.

**TERCERO.-** Con fecha 31 de mayo de 1999 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito del representante legal Telefónica de España, S.A.U, (en adelante, la recurrente) por el que solicita la revocación de la Resolución que aprueba la medida cautelar consistente en “ordenar a Telefónica de España, S.A.U y permitir a LINCE Telecomunicaciones, S.A. hasta el día 1 de diciembre de 1999 participar mediante procedimientos de selección o preselección de operador en el tráfico que se origina o termina en las provincias en las que no existe puntos de interconexión”, por no ser conforme a derecho.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En su escrito la recurrente alega lo siguiente:

Primero; en relación con la existencia de indicios fundados para que la CMT inste a las partes a modificar el Acuerdo General de Interconexión (en adelante AGI) entre ellas suscrito, Telefónica considera que al determinar la existencia de dichos indicios, la Comisión utiliza un razonamiento que olvida determinadas circunstancias que desvirtúan ese mismo razonamiento. Estas circunstancias son las siguientes:

1 - Que no es Telefónica quien impuso a LINCE la obligación consistente en que, a partir del 1 de mayo de 1999 para poder intervenir en el curso del tráfico telefónico básico con destino u origen en una provincia mediante procedimientos de selección o preasignación de operador, tenía que establecer previamente un punto de interconexión en dicha provincia, puesto que dicha obligación viene recogida en el actual título habilitante de LINCE.

2.- Que esta obligación tiene sentido dentro de un conjunto equilibrado de derechos y obligaciones establecido en el Pliego del Concurso para la concesión de la tercera licencia para la prestación del servicio telefónico disponible al público, cuya adjudicación permitió a esta empresa la entrada en el mercado de las telecomunicaciones con anterioridad a la liberalización plena del mismo.

3.- Que tratar de extender las condiciones de la licencia de tipo B1 a quien, como LINCE, no sólo no tiene transformado su título habilitante sino que obtuvo el mismo antes de la liberalización total del mercado, supone un grave perjuicio para todos los demás operadores que no pudieron presentarse al concurso.

4.- Que lo que debería analizar la CMT no es tanto el Acuerdo de Interconexión sino el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que hoy por hoy sigue en vigor.

5.- Que deberá reconocerse a Telefónica de España el derecho a revisar las condiciones económicas del Acuerdo, por cuanto la misma tuvo que dedicar importantes medios humanos y materiales para cumplir unas fechas pactadas con Lince, que como consecuencia de esta medida cautelar se han visto retrasadas.

6.- Que deberá analizarse por esa CMT si con esa medida cautelar no se está dando una ventaja competitiva a LINCE, frente al resto de operadores del sector.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo; en relación con la concurrencia de los presupuestos necesarios para la adopción de la medida cautelar, Telefónica no comparte la opinión de la CMT, pues

- con respecto a la existencia de elementos de juicio suficientes para adoptar las medidas cautelares, considera que “la finalidad perseguida por la medida cautelar contenida en la resolución, objeto del presente recurso es, y de ahí su ilegalidad, suplir el incumplimiento de Lince, dándole una ventaja respecto del resto de operadores”.
- con respecto a la necesidad de asegurar la eficacia de la resolución, considera que se trata de una medida instrumental que prejuzga el resultado final de la resolución que en su día se dicte.
- con respecto a la inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación o violación de derechos amparados en leyes, la CMT olvida que el contenido de la medida cautelar supone
  - A) Una clara vulneración de la disposición transitoria primera in fine, de la Ley General de Telecomunicaciones quebrantando con ello la seguridad jurídica del tráfico.
  - B) Una modificación radical del AGI firmado voluntariamente entre las partes sin concurrir ninguna de las causas previstas en el mismo.
  - C) Privar a Telefónica de su derecho a revisar las condiciones del AGI suscrito con LINCE.

**QUINTO.-** La Dirección de Mercados de esta Comisión ha emitido informe sobre la solicitud de corrección de la Resolución en el que se propone desestimar tal solicitud y mantener la resolución en los términos acordados por el Consejo en su reunión de 29 de abril de 1999.

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



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

### **I. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **I. Fundamentos jurídicos procedimentales**

##### **Primero.- Calificación.**

El artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero que la modifica, establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

La recurrente califica expresamente su escrito de 31 de mayo 1999 como de un recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, calificar al escrito presentado como un recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de 29 de abril de 1999.

##### **Segundo.- Admisión a trámite.**

El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la LRJPAC y cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la misma Ley, por lo que debe entenderse interpuesto en tiempo y forma procediendo su admisión a trámite.

##### **Tercero.- Competencia y plazo para resolver.**

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado. El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley.



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

### **II. Fundamentos jurídicos materiales**

#### **A.- Apreciaciones previas sobre incorrecciones en las que incurre el recurso planteado.**

En relación con la mencionada solicitud es preciso realizar de entrada determinadas puntualizaciones antes de analizar las alegaciones de la recurrente. Así, cabe señalar, en primer lugar, que la medida cautelar adoptada no coincide con la medida cautelar que Telefónica solicita revocar.

La medida cautelar adoptada consiste en ordenar 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 resolución definitiva." A la vista del Antecedente de Hecho Tercero, es claro que Telefónica solicita la revocación de una medida que nunca fue adoptada.

Por lo demás, el apartado de Antecedentes de Hecho de su recurso también parte Telefónica de una apreciación incorrecta pues estima que la CMT acordó en la resolución recurrida adoptar la medida cautelar que ya proponía en su propuesta de resolución de 20 de abril de 1999 sin atender a las alegaciones formuladas por Telefónica, cuando, de hecho, la CMT restringió el alcance de la medida cautelar inicialmente propuesta, suprimiendo la referencia a la fecha de 1 de diciembre de 1999.

#### **B.- Sobre las alegaciones presentadas por Telefónica**

##### **Primera.- Sobre la existencia de indicios fundados para que la CMT inste a las partes a modificar el AGI entre ellas suscrito.**

Telefónica considera que al determinar la existencia de indicios suficientemente fundados para que la CMT pueda instar a las partes a la modificación de su AGI, la Comisión utiliza un razonamiento que olvida determinadas circunstancias que desvirtúan ese mismo razonamiento.

Ahora bien al citar Telefónica el razonamiento en que la CMT apoya su decisión incurre de nuevo en un error puesto que el razonamiento que cita entre comillas atribuyéndolo a la CMT, no es el utilizado por ésta.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esto es, para determinar si existen indicios suficientemente fundados para considerar la pertinencia de la aplicación del artículo 22.2. párrafo segundo de la LGT (facultad de instar la modificación de un acuerdo de interconexión), la CMT se ampara en el razonamiento de que "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", y no en el razonamiento que Telefónica atribuye a la CMT.

Según Telefónica, existen unas circunstancias que desvirtúan el razonamiento que atribuye a la CMT. Así, Telefónica pone de manifiesto que no es Telefónica quien impuso a LINCE la obligación consistente en que, a partir del 1 de mayo de 1999 para poder intervenir en el curso del tráfico telefónico básico con destino u origen en una provincia mediante procedimientos de selección o preasignación de operador, tenía que establecer previamente un punto de interconexión en dicha provincia, puesto que dicha obligación viene recogida en el actual título habilitante de LINCE.

Asimismo, Telefónica alega que esta obligación tiene sentido dentro de un conjunto equilibrado de derechos y obligaciones establecido en el Pliego del Concurso para la concesión de la tercera licencia para la prestación del servicio telefónico disponible al público, cuya adjudicación permitió a esta empresa la entrada en el mercado de las telecomunicaciones con anterioridad a la liberalización plena del mismo.

Por último, Telefónica sostiene que lo que debería analizar la CMT no es tanto el Acuerdo de Interconexión sino el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que hoy por hoy sigue en vigor.

Frente a lo anterior, basta repetir lo ya expuesto en la resolución recurrida, en su Fundamento de Derecho Cuarto, letra a) párrafo segundo y tercero, en los que se mantenida que la resolución no entraba a considerar si la aplicación de la cláusula 39 es discriminatoria o no, ni si estuvo justificada en su momento, sino simplemente se trataría de constatar que se cumplían los presupuestos básicos para la modificación de un acuerdo de interconexión, bien porque su contenido podría amparar una práctica restrictiva de la competencia o es precisa para garantizar la interoperabilidad de los servicios.

Así, lo que se trataría de dirimir en el expediente principal es si resultaría contrario a las normas de liberalización de las telecomunicaciones y de defensa de la competencia una aplicación del contenido del acuerdo de interconexión, cuyo efecto práctico fuese el de atribuir al operador dominante funciones de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

De darse los presupuestos para la intervención de la CMT, ésta estaría justificada tanto en el caso de que la cláusula tuviera amparo en el Pliego como si fuera independiente del mismo.

No parece legítimo, pues, que Telefónica se ampare en el contenido literal del párrafo primero de la cláusula 39 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por el cual se adjudicó el concurso de referencia (cuyo contenido de derechos y obligaciones se encuentra en la fase de transformación del título ante el Ministerio de Fomento, acogándose al régimen transitorio de la LGT) 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 actitud no sería la perseguida por el espíritu del nuevo marco regulador y por el régimen establecido para 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 contrario a la lógica del régimen transitorio establecido por la LGT, que precisamente permite la continuación en la prestación de los servicios hasta tanto no queda transformado el título correspondiente adaptándolo a las previsiones del nuevo marco regulador.

Por otro lado, Telefónica alega que tratar de extender las condiciones de la licencia de tipo B1 a quien, como LINCE, no sólo no tiene transformado su título habilitante sino que obtuvo el mismo antes de la liberalización total del mercado supone un grave perjuicio para todos los demás operadores que no pudieron presentarse al concurso. A este respecto, basta insistir en que la resolución recurrida no pretende, como alega Telefónica extender a LINCE las condiciones de las licencias de tipo B1, sino evitar el daño que para la competencia y la interoperabilidad de los servicios supondría la aplicación de la cláusula del Acuerdo de Interconexión y que será objeto de resolución en el expediente principal. Además, es preciso recordar que corresponde al Ministerio de Fomento y no a la CMT determinar las condiciones en las que finalmente quedará transformado el título de LINCE, proceso que se encuentra actualmente en tramitación.

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 corresponde por Ley a la CMT resultaría contraria a la libre competencia y a las normas de liberalización de las telecomunicaciones.



## COMISION DEL MERCADO 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 Telefónica 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 Telefónica denunciar la existencia de llamadas que, a su entender, incumplan la legislación vigente en materia de encaminamiento. Esta constatación basta para ilustrar la existencia de indicios de buen derecho suficientemente fundados para adoptar la medida cautelar recurrida.

Señala Telefónica que a su juicio deberá reconocerse a Telefónica de España el derecho a revisar las condiciones económicas del Acuerdo, por cuanto la misma tuvo que dedicar importantes medios humanos y materiales para cumplir unas fechas pactadas con LINCE, que como consecuencia de esta medida cautelar se han visto retrasadas.

En relación con este punto es preciso indicar que en la resolución recurrida únicamente se trataba de adoptar medidas cautelares que garantizaran la eficacia de una resolución posterior. Así, en la resolución de fondo del expediente que en su día se dicte se habrá de valorar si la modificación del acuerdo de interconexión que, en su caso, se proponga debe conllevar la revisión de las condiciones económicas del acuerdo en el sentido expuesto por Telefónica.

Este punto, la valoración de los daños y perjuicios en los que haya incurrido Telefónica para poder dotar a LINCE de un punto de Interconexión por provincia antes del 1 de mayo de 1999, solamente debe tener incidencia en la adopción de la medida cautelar, en cuanto a los daños que le pudiera haber causado la adopción de la medida en sí, extremo este en el que no inciden las alegaciones de Telefónica.

Por último alega Telefónica que la CMT debería analizar si con esta medida cautelar no se está dando una ventaja competitiva a Lince frente al resto de los operadores del sector, a lo cual únicamente cabe responder que lo que se pretende con la medida es garantizar el efecto útil de la resolución que se dicte y que la citada resolución, como ya se ha indicado, deberá decidir si resulta contraria las normas de liberalización de las telecomunicaciones y de defensa de la competencia una cláusula de un acuerdo de interconexión cuyo efecto práctico es el de atribuir al operador dominante funciones de inspección y control sobre títulos habilitantes y requisitos de encaminamiento de las llamadas, (funciones que la normativa vigente atribuye a esta Comisión) pudiendo llegar hasta la desconexión de redes sin el consentimiento previo del regulador.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Además, la resolución que se dicte sobre el sentido de esta cláusula, no deberá fijarse como pretende Telefónica, en qué operadores resultan beneficiados o no con la medida, especialmente cuando, como es obvio, a los nuevos titulares de licencias les interesa que haya un número menor de operadores compitiendo, sino que deberá orientarse en la salvaguarda, en beneficio de los ciudadanos de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, mercado en el que en el momento de la adopción de la resolución requerida únicamente estaban presentes 3 operadores y cuya estructura era todavía muy frágil.

### **Segunda.- Sobre la concurrencia de los presupuestos necesarios para la adopción de la medida cautelar**

#### 1.- Respecto de la existencia de elementos de juicio suficientes para adoptar las medidas cautelares

La resolución recurrida constata por separado la existencia de una norma jurídica que permite la adopción de las medidas cautelares, la apariencia de buen derecho, la necesidad y urgencia de la medida, la idoneidad y proporcionalidad de la misma al resultado perseguido y la no causación como consecuencia de la medida de daños de difícil o imposible reparación.

Telefónica en su escrito de reposición sitúa afirmaciones realizadas bajo uno de estos apartados en lugar del otro lo que puede llevar a confusión. Así, por ejemplo, en el recurso planteado, bajo el apartado "existencia de elementos de juicio suficiente" alega Telefónica que la CMT basa la necesidad y urgencia de la medida en "el grave debilitamiento de la posición competitiva de LINCE y de la estructura de la competencia en el mercado en consecuencia", tratando este apartado como algo al margen del apartado dedicado a la necesidad de asegurar la eficacia de la resolución.

Pero la frase entrecomillada no debe separarse del contexto en que se enmarca que es precisamente la necesidad de la medida para asegurar la eficacia de la resolución que en su día se dicte. Así, en la resolución recurrida se establece en el Fundamento de Derecho Tercero c) bajo el epígrafe "Necesidad y urgencia de la medida" que 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. La no adopción de la medida conllevaría desposeer totalmente de eficacia la resolución que posteriormente se dicte."



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Efectivamente, no existe otra vía fuera de la ya adoptada consistente en obligar a Telefónica a seguir prestando los servicios de referencia a LINCE como lo venía haciendo hasta tanto no dicte la CMT resolución definitiva, que pueda garantizar más eficaz y proporcionadamente la eficacia de la resolución que en su día se dicte. Así, por ejemplo, si hubiera permitido a Telefónica, como ésta pretendía, cortar la interconexión a LINCE en determinadas provincias, aunque meses después la CMT hubiese obligado a las partes a modificar el acuerdo en este punto, resultaría muy difícil restablecer las condiciones de competencia a las existentes en el momento anterior a la cesación de la prestación de los servicios, por lo que el efecto útil de la resolución se vería seriamente mermado. Por el contrario, si la resolución que en su día se dicte es favorable al mantenimiento de la cláusula controvertida en el acuerdo de interconexión, los daños que se habrían producido a Telefónica al obligarle a continuar permitiendo a LINCE la interconexión hasta el momento de la resolución, serían desde el punto de vista de sus efectos sobre la competencia mucho menores que los que traería consigo la no adopción de la medida. Es dentro de este contexto, explicado más ampliamente en la resolución recurrida, donde se enuncia la frase entrecomillada y obviamente sacada de su contexto por Telefónica, por lo que queda distorsionado su verdadero significado.

### 2.- Respecto a la necesidad de asegurar la eficacia de la resolución

Mantiene Telefónica que se trata de una medida instrumental que prejuzga el resultado final de la resolución que en su día se dicte. Frente a este argumento no cabe sino remitirnos a lo ya expuesto en el apartado anterior y en los Fundamentos de Derecho Tercero (apartado c)) y Cuarto (apartado b)) de la resolución recurrida, donde queda patente que esta Comisión adoptó la única medida posible para asegurar la eficacia de la resolución futura, valorando los elementos que configuraban la apariencia de buen derecho que amparaba, 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 y a la estructura de la competencia en el mercado la no adopción de la medida cautelar en espera de que se resolviese definitivamente el asunto.

### 3.- Respecto de la inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación o violación de derechos amparados en leyes.

Mantiene Telefónica que al considerar la CMT que la medida adoptada no conllevaba para Telefónica perjuicios de difícil o imposible reparación, olvida que el contenido de la medida cautelar supone, según Telefónica:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- A) Una clara vulneración de la disposición transitoria primera in fine, de la Ley General de Telecomunicaciones quebrantando con ello la seguridad jurídica del tráfico.
- B) Una modificación radical del AGI firmado voluntariamente entre las partes sin concurrir ninguna de las causas previstas en el mismo.
- C) Privar a Telefónica de su derecho a revisar las condiciones del AGI suscrito con LINCE

Veamos pues en detalle cada una de estas afirmaciones:

A) La medida supone, según Telefónica una vulneración de la disposición transitoria primera in fine, de la Ley General de Telecomunicaciones quebrantando con ello la seguridad jurídica del tráfico, pues viene a anticipar, sin el necesario respaldo normativo, la resolución transformadora del título habilitante de LINCE.

Ante esta alegación cabe argumentar que precisamente con la medida cautelar se está garantizando que el régimen transitorio previsto por la Ley no se vea desprovisto de utilidad, pues permite que el titular del título habilitante en proceso de adaptación al nuevo marco normativo no se vea obligado a dejar de prestar servicios como consecuencia de la aplicación de una cláusula de su antiguo título, hoy por hoy sujeta a revisión. Lo que pretende Telefónica con su interpretación de la disposición transitoria es el efecto contrario, es decir, que LINCE deje de competir en el mercado hasta tanto el Ministerio de Fomento resuelva definitivamente la transformación del título habilitante.

Esta interpretación del contenido de la Disposición Transitoria Primera choca además con el espíritu de la misma DT que en su punto 6. b) dispone que la normativa de desarrollo de la legislación vigente hasta la entrada en vigor de esta Ley tan sólo será de aplicación en lo que no se oponga a ella y, en especial, a las normas sobre libre competencia.

En este sentido constituye un principio básico de regulación en el nuevo entorno liberalizado, que la competencia para determinar si ha existido un incumplimiento de la normativa vigente en materia de interconexión debe atribuirse únicamente al regulador y nunca a una de las partes en conflicto, y menos aún otorgando a esa parte la facultad de decidir unilateralmente la desconexión, aunque sea parcial, de las redes.

Además, corresponde a los poderes público y entre ellos al regulador independiente, ante una situación de incertidumbre normativa, mantener el status quo de la manera menos perniciosa para el mercado y en definitiva para



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el consumidor final, lo que en este caso concreto, pasa necesariamente por garantizar la continuidad de la interconexión de redes.

B) Sostiene Telefónica que con la medida cautelar se ha producido una modificación radical del AGI firmado voluntariamente entre las partes sin concurrir ninguna de las causas previstas en el mismo y que, al no haberse transformado el título habilitante de LINCE y al no ser conocidos los derechos y obligaciones de su actual concesión que se mantendrán en el nuevo título, resultaría contrario a la más mínima seguridad jurídica, modificar el Acuerdo de Interconexión suscrito entre las partes.

Muy al contrario, precisamente al no haberse transformado el título habilitante y al no ser conocidos qué derechos y obligaciones de su actual concesión se mantendrán en el nuevo título, está totalmente justificado que, cautelarmente quede en suspenso la aplicación de una de las cláusulas del acuerdo cuya compatibilidad con el nuevo marco liberalizado es, por lo menos, dudosa por los motivos antes expuestos, por ser esta la solución menos contraria a los intereses del consumidor final, y en definitiva del mercado, según se ha demostrado en los apartados anteriores.

C) Se priva a Telefónica de España de su derecho a revisar las condiciones del Acuerdo General de Interconexión suscrito con LINCE.

Al contrario de lo que sostiene Telefónica, lo que se consigue con la medida cautelar adoptada es ordenar 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.

Es precisamente en el momento en que se dicte la mencionada resolución definitiva, y, en su caso, se modifique el Acuerdo General de Interconexión cuando se determinará en qué términos Telefónica puede revisar las condiciones del AGI.

Por último alega Telefónica que, como consecuencia de la medida cautelar se le han producidos perjuicios derivados del mayor esfuerzo realizado para cumplir las fechas acordadas con LINCE, lo que le ha obligado a realizar en un menor plazo un mayor esfuerzo junto con 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.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A este respecto es preciso matizar que lo que se valoró en la resolución recurrida fue que con la medida cautelar adoptada, consistente en obligar a Telefónica a continuar prestando a LINCCE los servicios de interconexión entre tanto no se resuelva definitivamente la cuestión, no se le están causando perjuicios de difícil o imposible reparación, junto con la constatación de los efectos gravemente lesivos para el mercado que tendría la no adopción de la medida.

Telefónica no hace ninguna referencia a este tipo de perjuicios sino que se limita a mencionar que el cumplimiento de la cláusula controvertida del AGI le ha producido determinados perjuicios, cuestión ésta que no guarda relación con la legitimidad de la medida cautelar adoptada sino, en todo caso, con la decisión que finalmente se adopte en el expediente sobre la pertinencia de la modificación del acuerdo.

En este sentido, el argumento de que se le produce un perjuicio por “tener que detraer de otras actuaciones, sin duda más aconsejables desde el punto de vista empresarial, los medios humanos y materiales necesarios para cumplir con la fechas pactadas con Lince, al objeto de que ésta última pudiese cumplir sus compromisos y llegar al mes de mayo de 1999 con cincuenta puntos de interconexión, uno por provincia”, no es sostenible en la medida que, tal como se ha indicado, este hipotético perjuicio ya se habría producido con anterioridad a la medida cautelar y no sería una consecuencia de esta. Todo ello sin perjuicio de que no se justifique adecuadamente que los eventuales costes ocasionados por este despliegue de medios humanos y materiales no sean recuperables en la medida en que Lince en ningún momento se ha negado a desplegar cincuenta puntos de interconexión sino que se ha limitado a solicitar que en ese despliegue se le apliquen las mismas reglas que a los operadores que han obtenido títulos al amparo de la Orden de Licencias Individuales.

Lo mismo cabe decir en cuanto a los hipotéticos perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera haber causado a los operadores que no obtuvieron su título habilitante hasta el 1 de diciembre de 1998, puesto que la ponderación del daño causado a sus intereses, de modificarse finalmente la cláusula de su AGI, deberá tomarse en cuenta en la resolución final que finalmente se adopte, pero no en fase de adopción de una medida cautelar donde lo que se trata es de garantizar el efecto útil de la resolución futura.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos de derecho, esta Comisión,



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### RESUELVE

Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por la representación legal de la entidad Telefónica de España S.A.U contra la Resolución de esta Comisión de fecha 29 de abril de 1999, por la que se adoptó medidas cautelares en el expediente abierto en relación con la solicitud de intervención presentada por LINCE Telecomunicaciones, S.A, S.A., resolución que se confirma en sus propios términos.

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 resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición, no obstante, contra la misma puede interponerse 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

José Mª Vázquez Quintana

Luis Bermúdez Odriozola