



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

DON JOSE GIMENEZ 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 15 de marzo de 2000, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN RELATIVA A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN ENTRE TELEFÓNICA, S.A.U. Y RETEVISIÓN, S.A. POR EL RETRASO EN LA AMPLIACIÓN DE PDIS SOLICITADA POR RETEVISIÓN, S.A.**

En relación con el recurso de reposición presentado por la representación legal de Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución relativa a la adopción de medidas cautelares en el conflicto de interconexión entre Telefónica y Retevisión por el retraso en la ampliación de PDI's solicitada por Retevisión, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 11/01 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 15 de marzo de 2001, recaída en el expediente AJ 2001/3846.

### **HECHOS**

**PRIMERO.-** Con fecha 8 de noviembre de 2000 tiene entrada en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) escrito de Don José J. López Tafall Bascuñana, actuando en nombre de RETEVISION I S.A.U. (en adelante, Retevisión), en que se describen los problemas ocurridos con Telefónica de España (en adelante Telefónica) para la puesta en marcha de determinadas solicitudes de ampliación de puntos de interconexión, en los que ésta ha incumplido de manera generalizada los plazos especificados en el Acuerdo General de Interconexión entre las partes. Por ello, Retevisión solicita de esta Comisión:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 1) Que inste a Telefónica a cesar en esta práctica y a proceder a la apertura inmediata de las ampliaciones de capacidad solicitadas por Retevisión, y a proveer, en su caso, mecanismos alternativos de ampliación de capacidad, transitoriamente hasta efectuar la apertura solicitada.
- 2) Que obligue a Telefónica a implantar determinadas medidas al objeto de detener el deterioro de calidad que está generando la actuación de Telefónica a los clientes actuales de Retevisión.
- 3) Que inste a Telefónica a entregar en los plazos máximos previstos en el AGI las ampliaciones solicitadas con fecha 26 de septiembre de 2000.
- 4) Que dé comienzo al correspondiente expediente sancionador por incumplimiento de Telefónica de los plazos de provisión de capacidad incluidos en la OIR.
- 5) Que se adopten medidas cautelares consistentes en la paralización de la comercialización por Telefónica de los bonos y planes de tarifas recogidos en el artículo 4 del RD 7/2000, en tanto no haya procedido al cumplimiento de sus obligaciones en materia de interconexión.

**SEGUNDO.-** A la vista de la solicitud descrita, esta Comisión procedió en su momento a la apertura e instrucción del correspondiente expediente administrativo, 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. Se acogió asimismo a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que en virtud de lo dispuesto en la legislación anteriormente citada regula el ejercicio de las funciones públicas de la CMT.

Dentro de la tramitación del expediente ME 2000/3645, el Consejo de la CMT acordó aprobar en fecha 28 de diciembre de 2000 una resolución mediante la cual se adoptó la siguiente medida cautelar:

### **“ACUERDA**

*Adoptar la siguiente medida cautelar:*

**Única.-** *En tanto TELEFÓNICA no tenga operativas las ampliaciones de Pdl's solicitadas por RETEVISIÓN con anterioridad al 1 de octubre de 2000, deberá entregar el tráfico que con destino a la red de RETEVISION desborde las rutas de interconexión actualmente constituidas en las que se haya solicitado ampliación, en determinados*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*Pdls que TELEFÓNICA tenga establecidos con terceros operadores. Esto lo deberá aplicar en cada Pdl afectado en un plazo de diez días hábiles, a contar desde el momento en que los terceros operadores le comuniquen los Pdls suyos en los que están dispuestos a recibir tráfico en tránsito a RETEVISIÓN.*

*Asimismo, TELEFÓNICA se verá obligada a satisfacer a los terceros operadores los costes de tránsito del tráfico desbordado de la forma que decidan las partes. En ningún caso el precio por minuto a satisfacer por TELEFÓNICA podrá superar el precio establecido en su OIR para el tránsito unicentral. Si RETEVISION tuviera acordados otros precios de tránsito con los terceros operadores será ella quien satisfaga en su caso el exceso.*

*En la situación contemplada, para el tráfico de acceso indirecto desbordado a través de terceros operadores, se aplicará el precio del servicio de acceso en interconexión que corresponda al tráfico y Pdl de RETEVISIÓN afectado.*

*Las obligaciones impuestas a TELEFÓNICA cesarán tan pronto estén constituidas las ampliaciones de Pdls solicitadas por RETEVISIÓN y para las que existan acuerdos con los citados operadores de tránsito. Así desde el momento en que estén constituidas las ampliaciones solicitadas en un determinado Pdl, TELEFÓNICA dejará de estar obligada a desbordar tráfico con este destino a través de la red del operador tercero correspondiente."*

**TERCERO.-** Con fecha 8 de enero de 2001 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión recurso potestativo de reposición presentado por Telefónica contra la anteriormente mencionada Resolución relativa a la adopción de medidas cautelares en el conflicto de interconexión entre Telefónica y Retevisión por el retraso en la ampliación de Pdis solicitada por Retevisión. Concretamente, Telefónica alega:

*"Primero.- Responsabilidad de Retevisión en la imposibilidad de cumplimiento de los plazos previstos, por petición masiva y desproporcionada, producto de su total imprevisión".*

Telefónica alega en primer lugar que Retevisión ha mostrado una "total imprevisión en la solicitud de PDIs", al proceder a realizar peticiones masivas de última hora de ampliaciones de los puntos de interconexión constituidos, y sin haberse preocupado de prever el necesario reajuste del dimensionado de su red de interconexión.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*"Segundo.- Actitud diligente y responsable de Telefónica".*

Telefónica afirma que como consecuencia de la avalancha de peticiones de ampliación de red, presentó escrito ante la CMT en el que se recogía la problemática expuesta y se solicitaba el establecimiento de un Plan de Contingencias para hacer frente, mediante plazos *"coyunturalmente superiores a los incluidos en la OIR"*, a las referidas peticiones de ampliación de red.

*"Tercero.- Resultaría más adecuada, operativa y justa la aprobación del Plan de Contingencias que el mantenimiento de la medida cautelar".*

La entidad recurrente considera que el Plan de Contingencias es una alternativa seria y profesional, así como el vehículo idóneo para buscar soluciones efectivas que no perturben la calidad de la red, mediante unos plazos más realistas que los establecidos en la medida cautelar recurrida.

*"Cuarto.- Imposibilidad manifiesta de cumplir en los plazos previstos en la Resolución impugnada".*

Telefónica alega que la imposibilidad de cumplir con los plazos establecidos deriva, no sólo de que no podrá iniciar ninguna actuación hasta tanto no conozca qué operadores y qué PDIs de dichos operadores se escogerán para el desbordamiento del tráfico, sino también de la necesidad de elaborar un plan técnico de actuación que deberá estudiarse en atención a las circunstancias del operador concreto y de los PDIs afectados.

Asimismo señala la recurrente que, tras conocer los receptores de los tráficos y tras la elaboración del plan técnico mencionado, habrá de realizar una serie de actuaciones que menciona en su escrito, todo lo cual determina que el plazo dado por la resolución recurrida es *"inviabile de todo punto"*, máxime cuando Telefónica está efectuando *"múltiples actuaciones de alteración de la red derivadas del cumplimiento de las obligaciones regulatorias que le vienen impuestas"*.

*"Quinto.- Peligrosidad de la medida para la red, la calidad de los servicios por ella prestados y su interoperabilidad".*

Según la operadora, la medida cautelar puede resultar peligrosa para la calidad de la red, los servicios prestados a través de ella y la propia interoperabilidad de los mismos, al verse obligada a *"efectuar una nueva estructura de red"* y a hacerlo, *"de forma extraordinariamente acelerada"*.

De llevarse a cabo, señala la recurrente, se podrían causar daños irreparables a una red que está sometida *"a excesivas actuaciones simultáneas"*.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, Telefónica menciona la Propuesta de la CMT a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de Modificación de la OIR, de 14 de septiembre de 2000, en la que señaló que *"en lo que a red se refiere la ampliación automática del ámbito de la selección de operador a las llamadas metropolitanas provocaría de forma inmediata un incremento considerable de la capacidad de la red de interconexión del operador seleccionado, que redundaría consecuentemente en una degradación de la calidad del servicio motivada por la congestión de la red de interconexión."*

*"Sexto.- Inexistencia de una apariencia de buen derecho".*

Considera la entidad recurrente que la apariencia de buen derecho quedaría desvirtuada, *"al resultar notoria la desproporción, absolutamente imprevisible para mi representada, de peticiones, por parte de Retevisión"*, con lo cual el necesario requisito de existencia del *fumus boni iuris* para adoptar toda medida cautelar no concurriría.

Finalmente, la operadora solicita que se tenga por presentado su escrito de recurso de reposición, se admita y se revoque la Resolución de la Comisión al considerarla de imposible cumplimiento en los plazos previstos e improcedente.

Asimismo, solicita la suspensión de la resolución y la aprobación del Plan de Contingencias propuesto.

**CUARTO.-** En cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la LRJPAC, se dio traslado de una copia del citado recurso de reposición a la entidad Retevisión para que en el plazo de diez días alegase cuanto estimase procedente en el presente procedimiento.

Con fecha 26 de enero de 2001 ha tenido entrada en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, escrito de la entidad Retevisión en el que efectúa las siguientes alegaciones al expediente tramitado:

*Primero.- Sobre la supuesta imprevisión por parte de Retevisión en la solicitud de ampliación de los PDIs denegada por Telefónica y el comportamiento negligente y discriminatorio de Telefónica:*

Retevisión alega que ha actuado diligentemente con relación a la solicitud de ampliación de PDIs, en los términos que establece el Reglamento de Interconexión, el Real Decreto-Ley 7/2000, la OIR y el Acuerdo General de Interconexión vigente entre Telefónica y Retevisión.

Sostiene la operadora que la actuación del operador dominante busca retrasar la competencia y así afianzar su posición de dominio.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, Retevisión señala que se ha visto obligada a interrumpir su campaña de publicidad relativa a la tarifa plana, por las limitaciones de capacidad de red derivadas del incumplimiento, por parte de Telefónica, de los plazos establecidos para la ampliación de PDIs, limitaciones que por otro lado *"no parecen haber afectado a la actividad de Telefónica, o mejor dicho, de Terra"*, por lo que Retevisión entiende que el comportamiento dilatador de Telefónica es discriminatorio y deliberado contra Retevisión.

*"Segundo.- Sobre el carácter discriminatorio y anticompetitivo del Plan de Contingencia propuesto por Telefónica".*

Retevisión estima que la propuesta de Telefónica sobre el establecimiento de un cupo de ampliaciones de capacidad de IC por operador es marcadamente discriminatorio ya que la propia Telefónica y el resto de empresas de su grupo se excluyen de este cupo. Asimismo estima que el cumplimiento de los plazos de provisión de ampliaciones de IC que establece la OIR ha de hacerse sin sujeción a cupo alguno.

*"Tercero.- Sobre la imposibilidad aludida de cumplir con los plazos previstos en la Resolución que se impugna"*

Retevisión considera que las medidas cautelares recurridas son idóneas y sostiene la viabilidad de los plazos previstos, *"en la medida en que los reencaminamientos únicamente suponen la modificación del árbol de encaminamiento previsto para este tráfico en las centrales de la nueva ruta"*.

*"Cuarto.-Sobre la situación de las ampliaciones solicitadas por Retevisión".*

Con relación a la materialización de las ampliaciones solicitadas de PDIs, Retevisión pone de manifiesto las divergencias existentes entre los datos aportados por Telefónica y la propia Retevisión, como consecuencia de la disparidad de criterios entre ambas operadores sobre el concepto de circuito operativo. Asimismo, Retevisión presenta un cuadro con el estado de la situación a 23 de enero, en el que se aprecia una mejora de la situación pero en el que se refleja que el 50% de las peticiones de ampliación aún no han sido atendidas, por lo que estima que la medida cautelar ha de seguir aplicándose.

*"Quinto.- Sobre las obligaciones contractuales de Telefónica"*

Retevisión exige el pleno respeto y cumplimiento de las condiciones contractuales del Acuerdo General de Interconexión (AGI) suscrito con Telefónica, que no debe quedar en ningún caso desvirtuado por las





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

alegaciones formuladas por el operador dominante, citando al respecto los artículos 1091 y 1256 del Código Civil. Asimismo considera el comportamiento de Telefónica como negligente e inspirado en una aplicación arbitraria del AGI, siendo suya la alegada imprevisión y no de Retevisión, pues conociendo el alcance regulatorio, no ha destinado recursos suficientes.

Finalmente, Retevisión solicita se tenga por presentado su escrito, se tomen en consideración las alegaciones planteadas, y se declare la confidencialidad del contenido de la alegación cuarta, por afectar al secreto comercial.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **A. Fundamentos jurídicos procedimentales.**

##### **Primero.- Admisión a trámite.**

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley. Teniendo en cuenta lo anterior, procede admitir a trámite el recurso interpuesto.

##### **Segundo.- 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, al Consejo de 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.

#### **B. Fundamentos jurídicos materiales.**

##### **Primero.- Sobre la responsabilidad de Retevisión en la imposibilidad de cumplimiento de los plazos previstos, por petición masiva y desproporcionada.**

En el primero de los motivos planteados por Telefónica, la recurrente señala que la razón del conflicto deriva de que muchos operadores (entre ellos, Retevisión) *"han mostrado una total imprevisión en la solicitud de PDIs cuyas consecuencias pretenden que sean soportadas en exclusiva por Telefónica"*.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, señala Telefónica, la apertura de la selección de operador para tráfico metropolitano (que es el motivo que ha generado la multiplicación de solicitudes de instalación de PDIs), no es una medida regulatoria totalmente novedosa, sino que era conocida desde la aprobación del Reglamento de Interconexión en julio de 1998. Por dicha razón, todos los operadores deberían haber preparado con la antelación necesaria, la red de interconexión y su dimensionado, de manera que en el momento de la apertura del acceso indirecto para el tráfico metropolitano, no existiera ningún problema para cursarlo en interconexión.

Respecto a esta alegación, ha de señalarse que la misma no resulta de aplicación al presente recurso de reposición, pues el objeto de éste es la medida cautelar adoptada por el Consejo de esta Comisión para garantizar la eficacia de la resolución que en su día se dicte en el procedimiento principal iniciado por Retevisión.

Así, la existencia o no de responsabilidad de Retevisión en la imposibilidad del cumplimiento de los plazos previstos para la ampliación de los PDIs, por petición masiva y desproporcionada, será una cuestión que habrá de dilucidarse en el expediente principal que actualmente se está tramitando en esta Comisión y es en ese marco donde ambas partes habrán de hacer las correspondientes alegaciones sobre la reclamación planteada por Retevisión. Por lo demás, la posibilidad de los operadores de prestar tráfico metropolitano en acceso indirecto no se deduce claramente de lo dispuesto en el Reglamento de Interconexión, sino que es una posibilidad que sólo ha nacido de manera incuestionable con el Real Decreto-Ley citado.

Otra de las cuestiones alegada por Telefónica en este primer motivo es que la propia Comisión reconoció en su Propuesta a la Comisión Delegada del Gobierno para la modificación de la OIR del 14 de septiembre de 2000, que la calidad del servicio se degradaría en caso de congestión de la red de interconexión.

Ante esta alegación, ha de ponerse de manifiesto que la medida cautelar objeto de este recurso, precisamente se adoptó por esta Comisión a fin de evitar los perjuicios que se producirían como consecuencia del aumento del tráfico metropolitano y, por tanto, a fin de evitar dicha congestión en la red de interconexión.

### **Segundo.- Sobre la actitud diligente y responsable de Telefónica de España.**

En el segundo motivo del Recurso de Reposición, Telefónica señala que ha mantenido una actitud diligente y responsable puesto que *“ante la imposibilidad*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*de hacer frente a la avalancha de peticiones de ampliación de red en los plazos estipulados en la OIR, es por lo que Telefónica de España ha presentado un escrito a la CMT en el que se recoge la problemática anteriormente expuesta y se solicita el establecimiento de un Plan de Contingencias que permitiera hacer frente a la referida avalancha de peticiones de ampliación de puntos de interconexión, con una propuesta de plazos coyunturalmente superiores a los incluidos en la OIR.”*

Ante dicha alegación ha de señalarse lo siguiente: la actitud diligente de un operador en materia de interconexión no ha de entenderse como una diligencia “en abstracto”, como el comportamiento de un “bonus paterfamilia”, sino que dicha diligencia hay que referirla a las circunstancias específicas que concurran en el caso concreto. Así, hay que proceder a realizar un análisis caso por caso que permita determinar la diligencia debida por los operadores.

En este sentido, la concurrencia de circunstancias excepcionales requiere por parte de todos los operadores interesados una mayor diligencia en el desarrollo de las tareas y responsabilidades asociadas a la interconexión, y más concretamente en el caso que nos ocupa en la provisión de la ampliación de capacidad de interconexión.

El análisis de las condiciones que concurrían en el momento de la solicitud de las ampliaciones de capacidad, la proporcionalidad de las mismas, las actuaciones realizadas por cada uno de los operadores, el cumplimiento de los plazos y el grado de previsibilidad de las solicitudes, permitirán determinar el grado de diligencia de los operadores en el cumplimiento de sus obligaciones y delimitar las responsabilidades que, en su caso, hubieran incurrido cada uno de ellos.

No obstante, no procede realizar este análisis en el seno de una medida cautelar dado su carácter excepcional y sus restricciones temporales, remitiéndose su realización a la resolución del expediente principal, tal y como se ha afirmado en el fundamento de derecho anterior.

**Tercero.- Sobre la aprobación del Plan de Contingencias, por ser una medida más adecuada, operativa y justa que el mantenimiento de la medida cautelar.**

La entidad recurrente considera en su tercer motivo que el Plan de Contingencias presentado ante esta Comisión es una alternativa seria y profesional, así como el vehículo idóneo para buscar soluciones efectivas que no perturben la calidad de la red, mediante unos plazos más realistas que los establecidos en la medida cautelar recurrida.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El incremento notable en el volumen de solicitudes de ampliación de capacidad de interconexión de los Pdl's establecidos ha llevado a Telefónica a solicitar ante esta Comisión, mediante escrito de fecha 18 de octubre, la aprobación de un Plan de Contingencias, ante la imposibilidad del cumplimiento de los plazos establecidos en la Oferta de Interconexión de Referencia:

- 10 días laborables para la realización del proyecto técnico.
- 50 días naturales para la implantación operativa sin modificación de la estructura o sustitución del equipo de transmisión
- 65 días naturales para la implantación operativa, en caso de modificación de la estructura o sustitución del equipo de transmisión.

En síntesis, el contenido del Plan de Contingencias se estructura de la siguiente manera:

Telefónica propone establecer una reserva por operador del 15% de su capacidad actual en interconexión para posibles ampliaciones, que atendería en los términos y plazos recogidos en la OIR con carácter general. Todas aquellas peticiones de implantación y/o ampliación de Pdl's que superen dicha reserva requerirán de un plazo aproximado de 150 días, fruto de un plan de contingencia que se resume en las siguientes fases:

- a) Primera fase: Elaboración de un cuestionario a los suministradores de equipos de transmisión y conmutación: entre 15 y 30 días.
- b) Segunda fase: Plazo de provisión e instalación de los equipos solicitados: entre 60 y 90 días.
- c) Tercera fase: Provisión de los circuitos de interconexión: entre 30 y 60 días.

Sin perjuicio de la decisión final que adopte el Consejo de esta Comisión sobre la pertinencia del Plan de Contingencias, los plazos en él contemplados o cualesquiera otra consideración que se estime oportuno considerar, resulta conveniente señalar que el incumplimiento de los plazos de provisión de las ampliaciones de capacidad de interconexión contemplados en el Plan de Contingencias, si finalmente es aprobado, actúa como condición generadora del derecho del operador interconectado de solicitar la adopción de las medidas de gestión y reencaminamiento del tráfico a través de otros Pdl's de terceros operadores, con el fin de paliar los perjuicios causados al operador interconectado por el retraso en la ampliación de capacidad de interconexión solicitada.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo tanto, la adopción de las medidas cautelares y el Plan de Contingencias no constituyen medidas alternativas sino complementarias; el incumplimiento de los plazos previstos en la OIR o, en su caso, en el Plan de Contingencias (si se aprueba y en los términos de esa aprobación) es condición suficiente para la efectividad de las medidas contempladas en la medida cautelar o cualesquiera otras que se determinen por resolución motivada.

### **Cuarto.- Sobre la imposibilidad manifiesta de cumplir en los plazos previstos en la Resolución impugnada.**

Telefónica alega la imposibilidad de cumplir con los plazos establecidos en la medida cautelar recurrida. En primer lugar, porque no podrá iniciar ninguna actuación hasta tanto no conozca qué operadores y qué PDIs de dichos operadores se escogerán para el desbordamiento del tráfico. En segundo lugar, por la necesidad de elaborar un plan técnico de actuación que deberá estudiarse en atención a las circunstancias del operador concreto y de los PDIs afectados. Y, por último, porque, tras conocer los receptores de los tráficos y tras la elaboración del plan técnico mencionado, habrá de realizar una serie de actuaciones que menciona en su escrito, todo lo cual determina que el plazo dado por la resolución recurrida es *"inviabile de todo punto"*, máxime cuando Telefónica está efectuando *"múltiples actuaciones de alteración de la red derivadas del cumplimiento de las obligaciones regulatorias que le vienen impuestas"*.

La medida cautelar propuesta consiste en esencia en el reencaminamiento del tráfico de interconexión congestionado de aquellos Pdl's en los cuales no se hubiera completado la ampliación de capacidad solicitada, a través de otros Pdl's establecidos con Telefónica, bien del propio operador, bien de terceros operadores con los que hubiera llegado a un acuerdo para recibir en tránsito el tráfico de interconexión desbordado.

Esta medida no conlleva, en modo alguno, la instauración de un nuevo mecanismo de gestión de tráfico, ni la adopción de nuevas políticas de encaminamiento, ni la necesidad de proceder a desarrollos "ad-hoc" en las centrales de conmutación, ni en los sistemas de señalización de la red de Telefónica.

La medida se soporta en las políticas de gestión de tráfico ya operativas en la propia red de Telefónica, encaminadas a resolver los problemas de congestión, avería e indisponibilidad en las rutas, tanto propias como las rutas de interconexión con otros operadores, con el fin de garantizar la prestación del servicio y la calidad del mismo. Consecuentemente, la medida cautelar afecta a la parametrización de dichas políticas de gestión de tráfico, en función del Plan de encaminamiento alternativo proporcionado por el operador interconectado,



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

afectando únicamente a aquellos Pdl's donde se hubiera producido un incumplimiento de los plazos de ampliación de capacidad de interconexión, responsabilidad de Telefónica.

En buena lógica, la prontitud y diligencia en las ampliaciones de capacidad todavía pendientes, redundarán en la disminución del número de Pdl's afectados por la medida cautelar, resultando inaplicable la medida cautelar en todos aquellos puntos de interconexión en los cuales la ampliación solicitada se encuentre totalmente operativa.

En consecuencia, no es admisible la alegación de Telefónica relativa a los plazos contenidos en la medida cautelar.

### **Quinto.- Sobre la peligrosidad de la medida para la red, la calidad de los servicios por ella prestados y su interoperabilidad.**

Señala Telefónica en su quinto motivo que la medida cautelar puede resultar peligrosa para la calidad de la red, los servicios prestados a través de ella y la propia interoperabilidad de los mismos, al verse obligada a *"efectuar una nueva estructura de red"* y a hacerlo, *"de forma extraordinariamente acelerada"*. De llevarse a cabo, señala la recurrente, se podrían causar daños irreparables a una red que está sometida *"a excesivas actuaciones simultáneas"*.

En este sentido, Telefónica menciona la Propuesta de la CMT a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de Modificación de la OIR, de 14 de septiembre de 2000, en la que señaló que *"en lo que a red se refiere la ampliación automática del ámbito de la selección de operador a las llamadas metropolitanas provocaría de forma inmediata un incremento considerable de la capacidad de la red de interconexión del operador seleccionado, que redundaría consecuentemente en una degradación de la calidad del servicio motivada por la congestión de la red de interconexión."*

En referencia con el impacto sobre la calidad del servicio telefónico debido a encaminamientos de tráfico no previstos en la planificación de la red, resulta preciso destacar que si bien sobre el papel un encaminamiento no planificado pudiera tener un hipotético impacto sobre la calidad y disponibilidad de la red de Telefónica, existen una serie de circunstancias que modulan dicho impacto y que conviene tener en cuenta:

- El tráfico objeto de encaminamiento no planificado está integrado únicamente por el tráfico desbordado de los puntos de interconexión saturados en los cuales no se hubiera completado la ampliación de capacidad.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Tal y como ha señalado la propia Telefónica, el grado de cumplimiento de las solicitudes de ampliación es relativamente alto, por lo que el número de Pdl's afectados y el tráfico asociado constituye un porcentaje reducido sobre el total del tráfico de interconexión con dicho operador.
- La red de Telefónica se encuentra suficientemente dimensionada y dotada de los elementos de red y rutas de transmisión redundantes como para absorber de forma satisfactoria el incremento puntual de tráfico motivado por los encaminamientos no planificados, volumen de tráfico muy inferior que el que resultaría de reencaminamientos por avería, congestión o indisponibilidad en la propia red de Telefónica

Respecto a la alegación relativa a la Propuesta de la CMT a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de Modificación de la OIR, ha de ponerse de manifiesto lo señalado en el primer fundamento de derecho del presente recurso, esto es, la medida cautela precisamente se adoptó por esta Comisión a fin de evitar los perjuicios que se producirían como consecuencia del aumento del tráfico metropolitano y, por tanto, a fin de evitar dicha congestión en la red de interconexión.

Asimismo, ha de mencionarse lo acordado por esta Comisión en la Resolución de 8 de febrero de 2001 por la que se deniega la solicitud de suspensión del acto impugnado en el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. En dicha Resolución, frente a la alegación de Telefónica de que la medida cautelar acordada pudiera producir deterioro en la calidad de su red se señalaba:

*“... la propia Telefónica utiliza mecanismos de gestión de red que permiten el reencaminamiento de tráfico por rutas alternativas cuando se produzcan casos de congestión, avería u otras situaciones anómalas, con el objeto de mantener las comunicaciones y la calidad del servicio prestado. Por ello, la medida impuesta es un tipo de actuación normal ante situaciones similares a la contemplada en la Resolución. No obstante, en el caso presente, tal y como se señala en la resolución recurrida, solamente habrá de aplicarse de manera excepcional en aquellos puntos de interconexión donde ya se han superado los plazos de la ampliación requerida, añadiendo además que tal medida ha de mantenerse solamente hasta la disponibilidad de las ampliaciones requeridas”..*

Por todo ello, cabe concluir que en el caso que nos ocupa, la calidad del servicio no se ve comprometida por la medida cautelar.

**Sexto.- Sobre la inexistencia de una apariencia de buen derecho.**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En su último motivo Telefónica alega que en la adopción de la medida cautelar por esta Comisión no hay apariencia de buen derecho (requisito para que se pueda adoptar toda medida cautelar). Considera la recurrente desvirtuado el principio *fumus boni iuris*, (apariencia de buen derecho) *“por resultar notoria la desproporción de las solicitudes por parte de Retevisión”*.

Por el contrario, los requisitos exigidos por la normativa española para la validez de una medida cautelar (entre los que se encuentra la apariencia de buen derecho), se cumplen en el caso que nos ocupa, tal y como se analiza a continuación.

### a) Apariencia de buen derecho.

La medida cautelar debe presentar una evidencia de legalidad en la solicitud de la adopción de la medida de que se trate, si bien esta evidencia de legalidad necesaria para preservar la apariencia de buen derecho debe ser apreciable a primera vista, sin necesidad de profundizar en el fondo del asunto.

Así, resulta de interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1997, en la que se establece:

*“La apariencia de buen derecho, como indica la palabra “apariencia” (aspecto externo), ha de revelar una legalidad “a primera vista”.*

En el presente supuesto, la apariencia de buen derecho se fundamenta en el incumplimiento por parte de Telefónica de los plazos de suministro establecidos en el AGI suscrito entre ambas operadoras. Además, se trata de una medida cautelar razonable en cuanto que supone al fin y al cabo, una medida provisional que mediante alternativas técnicas busca garantizar, de manera temporal a Retevisión, el derecho a ofrecer la preselección, derecho este establecido en el artículo 19 del Reglamento de Interconexión, aprobado por el Real Decreto 1651/1998, así como el contenido básico del AGI mencionado. De hecho, tal como se establece en la Resolución de 28 de Diciembre de 2000:

*“Las obligaciones impuestas a Telefónica cesarán tan pronto estén constituidas las ampliaciones de PDIs solicitadas por Retevisión.....”.*

Asimismo, la medida cautelar adoptada busca de manera transitoria, mientras se resuelve la cuestión de fondo, fomentar la competencia en las llamadas metropolitanas, en el marco de un sector liberalizado en el que se deben eliminar las barreras de entrada al mercado y los cuellos de botella, entre los cuales, ocupa posición destacada la preselección en las llamadas metropolitanas





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con relación a ello, se establece en la Circular 1/2000, de 30 de noviembre, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre la habilitación de procedimientos para la preselección de comunicaciones de ámbito metropolitano:

*“En el mercado del servicio de ámbito metropolitano, la competencia es, en la actualidad, prácticamente inexistente (.....)”.*

*“De ahí que hasta la fecha, los usuarios de servicios de telecomunicaciones no han podido beneficiarse, con carácter general de ofertas alternativas a las del operador dominante en sus llamadas metropolitanas (.....)”*

*“Así las cosas, la rápida disponibilidad para el usuario de la facilidad de la preselección es una herramienta indispensable para el estímulo de la competencia en estos ámbitos(....)”.*

Así pues, en primer lugar, existe la necesaria apariencia de legalidad de la medida cautelar, puesto que se trata de permitir que mediante alternativas técnicas razonables, se pueda llevar a cabo la preselección de operador establecida en la ordenación sectorial de las telecomunicaciones, y concretada en el AGI negociado entre ambas operadoras, así como un fin que no es otro que el de lograr, mediante alternativas técnicas transitorias, un fomento de la competencia en la preselección metropolitana, fundamentándose así la adopción de la medida.

### b) Medida de carácter transitorio y excepcional:

La resolución por la cual se establecen las medidas cautelares, no obvia la naturaleza excepcional y transitoria de la imposición de las mismas. En el caso que nos ocupa, el contenido mismo de la medida cautelar objeto de recurso presenta similar carácter excepcional, puesto que la medida impuesta solamente habrá de aplicarse en aquellos puntos de interconexión donde ya se han superado los plazos de la ampliación requerida, y transitorio, ya que la medida ha de mantenerse solamente hasta la disponibilidad de las ampliaciones requeridas.

### c) Razonabilidad de la medida cautelar:

El reencaminamiento provisional de tráfico por vías alternativas que se establece en la medida cautelar ya se viene utilizando por el operador dominante en casos de congestión de red, lo que demuestra la razonabilidad



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la medida así como la incongruencia de la afirmación de Telefónica de que su red pudiera resultar dañada caso de llevarse a cabo la medida cautelar.

d) De no adoptarse la medida, Retevisión podría sufrir daños de difícil o imposible reparación, al no poder ofrecer sus servicios a los consumidores en condiciones de competencia.

Con relación a este último punto, el artículo 1.Dos.1 de la Ley 12/97, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones dispone que "... esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las Telecomunicaciones". En caso de no adoptarse la medida cautelar recurrida, la competencia en el mercado de las telecomunicaciones podría verse desvirtuada, puesto que, con dicha medida cautelar se busca, transitoriamente, permitir la preselección de operador, premisa fundamental para un eficaz desarrollo de la competencia en el sector de las telecomunicaciones.

Por todo ello, tanto la necesaria apariencia de legalidad que debe regir toda apariencia de buen derecho, como las características genéricas de las medidas cautelares se cumplen el presente supuesto.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE

Desestimar el recurso de reposición de Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 28 de diciembre de 2000, relativa al conflicto de interconexión entre Telefónica y Retevisión por el retraso en la ampliación de PDIs solicitada por Retevisión.

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



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

su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José Mª Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes