



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 04/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 1 de febrero de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO PRESENTADO POR TELE2 TELECOMMUNICATIONS SERVICES, S.L. FRENTE A T-ONLINE TELECOMMUNICATIONS SPAIN, S.A.U. EN RELACIÓN CON LA PRESTACIÓN POR ESTE ÚLTIMO DE UN SERVICIO MAYORISTA DE ADSL

I. ANTECEDENTES.

PRIMERO.- Escrito presentado por TELE2 TELECOMMUNICATIONS SERVICES, S.L.

El 19 de diciembre de 2005 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) escrito de TELE2 TELECOMMUNICATIONS SERVICES, S.L. (en adelante, TELE2), por el que vino a presentar conflicto de acceso frente a la entidad Red Eléctrica Telecomunicaciones, S.A.U., en la actualidad denominada T-ONLINE TELECOMMUNICATIONS SPAIN, S.A.U.¹ (en adelante, T-ONLINE), y a la que en ocasiones se hará referencia en esta resolución con el nombre de ALBURA. En su escrito, Tele2 expone, básicamente, lo siguiente:

¹ Red Eléctrica de Telecomunicaciones, S.A.U. cambió su denominación a Albura Telecomunicaciones, S.A.U., más tarde adquirida por Yacom Internet Factory, S.A. que ha cambiado su denominación social por la de T-Online Telecommunications Spain, S.A.U., según ha sido notificado a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que «EL 9 de junio de 2004 TELE2 y RED ELÉCTRICA DE TELECOMUNICACIONES, S.A.U. (en adelante, ALBURA) firmaron un contrato cuyo objeto es “establecer las condiciones técnicas, económicas y comerciales en las que ALBURA prestará a TELE2 servicios de acceso², incluyendo servicios de acceso indirecto y servicios de acceso desagregado compartido”».
- Que «Dicho Contrato establecía una serie de obligaciones para cada una de las partes en relación con el objeto del mismo, y recogía como mecanismo de conflicto el arbitraje ante la CMT (...).»

«Desde la firma del contrato, TELE2 y ALBURA han mantenido determinadas discrepancias sobre la aplicación y cumplimiento de las obligaciones del Contrato, pero sin embargo, ninguna de las partes ha utilizado, hasta la fecha, el mecanismo de resolución de conflictos que recoge el Contrato».

- Que «El pasado 13 de octubre de 2005 TELE2 ha recibido burofax de ALBURA por el cuál, se le comunica la resolución y terminación anticipada del Contrato de forma automática con los efectos de (i) indemnización por parte de TELE2 a ALBURA y (ii) migración de clientes fuera de la red de ALBURA, lo que equivale al **corte del servicio**»
- Que «De esta forma, ALBURA comunicaba a mi representada que, en base a su propia declaración unilateral de la terminación del contrato, procedería a “dar de baja la conexiones de ADSL con los usuarios finales, siendo responsabilidad de TELE2 comunicar a aquéllos dicha baja o adoptar las medidas necesarias para darle de alta con otro proveedor”. La baja por parte de ALBURA de las líneas de TELE2 que quedaran vivas en esa fecha, se produciría, según anunciaba, el 31 de diciembre de 2005».

En su escrito, TELE2 solicita a la CMT lo siguiente:

«que, (...) en virtud de lo establecido en el artículo 11.4 y 48.3 de la LGTEL, el artículo 23 del Reglamento de mercados y acceso y 17 y 18 del Reglamento de Servicio Universal, y siguiendo la tramitación de urgencia prevista en el artículo 50 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común:

- (i) *declare la obligación de ALBURA de mantener la continuidad efectiva del servicio de acceso en los términos definidos en el Contrato vigente entre las partes suscrito el 9 de junio de 2004 con TELE2;*
- (ii) *prohíba la desconexión del servicio a partir del 31 de diciembre de 2005, fecha en la que ALBURA ha amenazado con el corte y en consecuencia,*

² «A los efectos del contrato, por “servicios de acceso” se entienden la totalidad de los servicios de acceso, incluyendo tanto el acceso indirecto como el acceso completamente desagregado y/i el acceso desagregado compartido que pueda prestar ALBURA (definición 1.2, estipulación primera)». NOTA DEL ESCRITO REMITIDO POR TELE2.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

garantice el mantenimiento del servicio con posterioridad a dicha fecha y en tanto continúe la vigencia del Contrato;

(iii) obligue a ALBURA a prestar el servicio de acceso en las condiciones técnicas y económicas recogidas en el Contrato y vigentes en la fecha de presentación del presente escrito.»

SEGUNDO.- Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento.

Mediante escritos, de fecha 20 de diciembre de 2005, se comunicó a **T-ONLINE** y a **TELE2** el inicio del correspondiente procedimiento para resolver el conflicto de acceso planteado y se le dio traslado al primero de una copia de la solicitud presentada por TELE2, y de sus documentos anexos.

TERCERO.- Resolución de la CMT adoptando medidas cautelares.

El 21 de diciembre de 2005 el Consejo de la CMT acordó adoptar, inaudita parte, medidas cautelares en el conflicto de acceso de referencia, en las que se disponía lo siguiente:

“Adoptar, en el seno del conflicto que mantienen TELE2 TELECOMMUNICATION SERVICES, S.L. y ALBURA TELECOMUNICACIONES, S.A., la medida cautelar consistente en que este último operador siga prestando a TELE2 TELECOMMUNICATION SERVICES, S.L. el servicio de “Acceso Indirecto” y de “Acceso Desagregado Compartido” objeto del Contrato de 9 de junio de 2004 en los términos del citado contrato hasta que se dicte Resolución que ponga fin al conflicto planteado.”

Esta Resolución aprobada por la CMT fue notificada a los interesados del procedimiento el día 29 de diciembre de 2005.

CUARTO.- Escrito de T-ONLINE en el que formula alegaciones e interpone recurso de reposición contra las medidas cautelares adoptadas.

El 23 de enero de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de T-ONLINE en relación con el conflicto planteado y por el que, subsidiariamente interpone recurso de reposición frente a las medidas cautelares adoptadas. Esencialmente, T-ONLINE expone los siguientes argumentos:

- Que la cuestión planteada por TELE2 no se trata de un conflicto de acceso ni de interconexión sino de una mera disputa contractual que deberá ser resuelta por el procedimiento arbitral previsto en el contrato.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Tras una serie de alegaciones y peticiones relativas al recurso de reposición, T-ONLINE señala que la supresión del servicio no fue inesperada o sin tiempo de reacción suficiente, sino que ese argumento esgrimido por TELE2 “pone de manifiesto **la maliciosa y fraudulenta actuación de TELE2** (...) **se le concedían más de dos meses y medio para llevar a cabo la migración.** Y todo ello, como muestra evidente de la buena fe de ALBURA que, contractualmente, no estaba obligada al mantenimiento de la prestación de los Servicios de Acceso una vez resuelto el Contrato (Estipulación 11 de las Condiciones Generales de Prestación del Servicio alburadsl3, que figuran como Anexo del contrato)”.
- Que **“TELE2 nada ha hecho durante ese plazo para llevar a cabo la migración de las líneas, desatendiendo los requerimientos de esta parte (...). No es hasta el 19 de diciembre de 2005, cuando restan apenas 10 días para que finalice el plazo concedido por ALBURA, cuando TELE2 decide acudir a la CMT para evitar que la resolución instada surta efectos”.**
- Que “ninguna relevancia tiene en este sentido, (...) la remisión a la Cláusula 10 del Contrato en la que se hace referencia a la necesidad de que ALBURA conceda a TELE2 al menos, un plazo de 5 meses para la migración de las líneas. (...) el plazo de 5 meses no se establece para aquellos supuestos de resolución unilateral del Contrato por incumplimiento de TELE2. En esos casos, hay que estar a lo previsto en la Estipulación 11 de las condiciones Generales alburadsl3 Anexas al Contrato...”

El documento continúa con una serie de declaraciones relativas a la modificación de la medida cautelar adoptada y se acompaña de tres escritos remitidos por T-ONLINE a TELE2.

QUINTO.- Resolución de la CMT relativa al recurso de reposición interpuesto por T-ONLINE contra la resolución de 21 de diciembre de 2005 por la que se adoptaron medidas cautelares.

El 29 de junio de 2006 el Consejo de la CMT resolvió el recurso de reposición interpuesto por T-ONLINE contra las medidas adoptadas en el marco del presente expediente determinando:

«Desestimar el recurso de reposición interpuesto por ALBURA TELECOMUNICACIONES, S.A.U. [actualmente, T-ONLINE] contra la Resolución de esta Comisión de 21 de diciembre de 2005 por la que se adoptan medidas cautelares en el conflicto de acceso presentado por TELE2 TELECOMMUNICATION SERVICES, S.L. frente a ALBURA TELECOMUNICACIONES, S.A.U. en relación con la supresión de los servicios de acceso indirecto y desagregado compartido por parte de este último operador»



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEXTO.- Sobre el procedimiento arbitral instado por T-ONLINE y finalizado por laudo recaído en fecha 26 de octubre de 2006.

Con fecha 26 de octubre de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó laudo arbitral por el que se declaró bien resuelto el contrato suscrito entre ALBURA y TELE2 en fecha 9 de junio de 2004. Asimismo, en el citado laudo se estableció un plazo de cinco meses para que TELE2 llevara a cabo la migración de sus clientes.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. HABILITACIÓN COMPETENCIAL PARA CONOCER DEL CONFLICTO PLANTEADO.

TELE2 ha presentado conflicto de acceso frente a T-ONLINE en relación con la intención de este último de resolver el contrato de 9 de junio de 2004 de Acceso al Bucle de Abonado por el que se regula la prestación por éste operador del servicio mayorista de ADSL.

El artículo 48.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, determina cuál es el objeto que tiene esta Comisión, que, entre otros aspectos, alcanza a la resolución de los conflictos que se produzcan entre los operadores:

“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.”

En relación con este objeto, y en lo que afecta a la materia de telecomunicaciones, el artículo 48.3 d) de la Ley General de Telecomunicaciones atribuye a la CMT la siguiente función:

“La resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establecen en el título II de esta Ley, así como en materias relacionadas con



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las guías telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras. Asimismo, ejercerá las restantes competencias que en materia de interconexión se le atribuyen en esta Ley.”

En el número 2 del Anexo II de esta Ley General de Telecomunicaciones se define el concepto de acceso –materia sobre la que pueden versar algunos de los conflictos que resuelve la CMT- como la *“puesta a disposición de otro operador, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas”*. Explica este mismo número 2 del Anexo II que el término acceso abarca, entre otros supuestos, *“el acceso a elementos de redes y recursos asociados que pueden requerir la conexión de equipos por medios fijos y no fijos (en particular, esto incluye el acceso al bucle local y a recursos y servicios necesarios para facilitar servicios a través del bucle local)”*.

Específicamente, con relación a los conflictos que se produzcan en esta materia de acceso, el artículo 11.4 de la Ley General de Telecomunicaciones establece que *“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3”*.

Reitera el artículo 14 de la Ley General de Telecomunicaciones la competencia que corresponde a la CMT para resolver este tipo de conflictos, concretando, además, ciertos aspectos del procedimiento a seguir por la CMT a este objeto:

“De los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta Ley y de sus normas de desarrollo conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Ésta, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.”

En conclusión, esta Comisión resulta competente para conocer del presente conflicto instado por TELE2, en la medida en que el mismo se refiere a las condiciones de acceso a los servicios que se prestan por T-ONLINE y que permiten a TELE2 acceder al bucle local de sus clientes y prestar, por su parte, a los mismos, servicios de transmisión de datos de banda ancha.

II. SOBRE EL CONFLICTO DE ACCESO PLANTEADO.

El presente conflicto se inicia a solicitud de TELE2 que insta la actuación de esta Comisión para que obligue a T-ONLINE a mantener la continuidad efectiva del servicio de acceso al bucle para la prestación de servicios de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

banda ancha en los términos definidos en el contrato firmado entre T-ONLINE y TELE2 el 9 de junio de 2004.

El servicio que presta T-ONLINE se construye sobre la base de la oferta de acceso indirecto al bucle local que hace TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (servicio GigADSL de la OBA), en base a la cual T-ONLINE presenta su propia oferta mayorista -destinada a otros operadores- de prestación del servicio de ADSL. En su momento, esta oferta, en una de sus modalidades (servicio "alburadsl2"), fue aceptada por TELE2.

De este modo, el acceso que T-ONLINE prestaba a TELE2 constituía el medio indirecto del que se servía este operador para acceder al bucle local del operador dominante y poder introducir en el mercado (para los usuarios finales) sus propias ofertas, caracterizadas por un determinado precio y una determinada calidad, de servicios de banda ancha.

El conflicto planteado, objeto de esta Resolución, tiene como base el contrato, anteriormente citado, para la prestación, por parte del primero de los servicios de acceso al bucle de abonado tanto en su modalidad de acceso indirecto, desagregado compartido y completamente desagregado, que permite a TELE2 acceder al bucle local de sus clientes para prestar, a los mismos, servicios de transmisión de datos de banda ancha.

II.1. Sobre el contrato de 9 de junio de 2004.

El régimen jurídico de las relaciones entre los operadores viene determinado por aquellos derechos y obligaciones que derivan de la normativa de telecomunicaciones, así como por aquellos derechos y obligaciones que derivan del pacto entre las partes. Para asegurar la aplicación de los intereses recogidos en la normativa de telecomunicaciones, se contempla la intervención de la CMT.

El contrato suscrito entre TELE2 y T-ONLINE fue resuelto en fecha 14 de octubre de 2005, siendo dicha resolución confirmada por el laudo arbitral de la CMT de 26 de octubre de 2006, lo que supone la extinción de las obligaciones derivadas del mismo, haciendo innecesaria la adopción de medidas tendentes a la determinación de la existencia de la obligación de prestación del servicio de acceso derivada de un contrato ya resuelto.

La resolución del contrato supone la desaparición de la relación jurídica entre las partes y la consecuente extinción de la obligación contractual de acceso. Todo ello comporta la ausencia de los supuestos jurídicos necesarios sobre los que soportar la reclamación de TELE2 y, en consecuencia, procede desestimar las pretensiones de TELE2 fundadas en el contrato ya resuelto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II.2. Sobre las obligaciones de acceso de T-ONLINE derivadas de su condición de operador.

No obstante lo anterior, la pretensión de TELE2 de mantener la obligación de T-ONLINE de prestar el servicio de acceso al bucle de abonado podría sustentarse no sólo en el contrato suscrito entre las partes, sino también en la existencia de las obligaciones impuestas a T-ONLINE derivadas de su condición de operador.

El artículo 14 de la LGTel otorga a la Comisión la potestad para conocer de los conflictos en materia de acceso, en cuyo caso dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto. La base del ejercicio de esta facultad se delimita en el artículo 11.4 de la LGTel al señalar como objeto del mismo el fomento y garantía de la adecuación del acceso, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la propia Ley.

Así lo indica la Sentencia de 3 de diciembre de 2004 de la Audiencia Nacional (Sala Contencioso-Administrativa, Sección 8ª), recaída sobre el recurso 65/2003 interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de la CMT de 21 de noviembre de 2002, relativa a un conflicto de interconexión planteado por el citado operador frente a Redes y Servicios Liberalizados, S.A. En esta Sentencia (Fundamento de Derecho noveno) se distingue entre las funciones –públicas y privadas- que tiene la CMT para la resolución de conflictos:

“Llegados a este punto conviene detenerse en las dos formas de resolver los conflictos entre operadores que tiene reconocidas esta Administración [se refiere a la CMT] en nuestro ordenamiento jurídico.

Una de ellas es a través de la función arbitral.

Los operadores de redes y servicios pueden someter voluntariamente la decisión de sus conflictos al arbitraje de la CMT. [...]

La CMT ejerce aquí una función arbitral en sentido propio, que no persigue satisfacer intereses generales, con sujeción al derecho privado y al control de legalidad por los tribunales del orden civil.

La segunda forma de resolver conflictos entre operadores es mediante el ejercicio de potestades administrativas que el ordenamiento le confiere para servir los intereses generales cuya custodia tiene encomendada. [...]

*En el ejercicio de estas potestades dirimentes la CMT se sujeta al derecho administrativo, lo que implica que su actuación debe acomodarse al procedimiento administrativo, que en su ejercicio **debe perseguir los fines de***



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interés general cuya salvaguarda tiene encomendada en la ley y que sus decisiones son revisables por la jurisdicción contencioso-administrativa.”

El artículo 10 de la LGTel señala a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como órgano al que corresponde la determinación de la existencia de competencia efectiva en los mercados de referencia, así como la imposición, mantenimiento o modificación de determinadas obligaciones específicas a los operadores que hayan sido identificados como operadores con poder significativo en dichos mercados, entre las que se encontraría la obligación de dar acceso a sus redes a terceros operadores.

En concreto, el servicio de acceso al bucle de abonado que presta T-ONLINE se encuadra dentro del mercado de acceso de banda ancha al por mayor³, en el que éste no ha sido declarado operador con poder significativo en el mercado, por lo que no recae sobre el mismo ninguna obligación específica, de acceso o de otro tipo, derivada directamente de la definición del mercado de referencia citado.

En conclusión, del análisis de la normativa sectorial de las telecomunicaciones no se desprende la existencia de una obligación específica de acceso que se pueda traducir en la imposición a T-ONLINE de la obligación de continuar la prestación del servicio de acceso contratado por TELE2, al amparo del contrato de 9 de junio de 2004. Por lo que habiendo sido dicho contrato resuelto, tampoco puede ser estimada, desde esta perspectiva, la pretensión de TELE2.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Primero.- Desestimar la solicitud instada por TELE2 TELECOMMUNICATIONS SERVICES, S.L.

Segundo.- Levantar y dejar sin efecto la medida cautelar adoptada por esta Comisión en su sesión de 21 de diciembre de 2005 en el marco del presente conflicto.

³ Resolución de 1 de junio de 2006 por la que se aprueba la definición del mercado de Acceso Mayorista de Banda Ancha, el análisis del mismo la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea (Mercado 12).



COMISION DEL MERCADO DE LAS 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 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de 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.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera