



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 44/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 21 de diciembre de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN 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. (ANTES RED ELÉCTRICA TELECOMUNICACIONES, S.A.U.) EN RELACIÓN CON LA SUPRESIÓN DE LOS SERVICIOS DE ACCESO INDIRECTO Y DESAGREGADO COMPARTIDO POR PARTE DE ESTE ÚLTIMO OPERADOR

En relación con el conflicto de acceso presentado por TELE2 TELECOMMUNICATION SERVICES, S.L. frente a ALBURA TELECOMUNICACIONES, S.A. (antes RED ELÉCTRICA TELECOMUNICACIONES, S.A.U.), respecto a la supresión anunciada por éste último operador de los servicios de acceso indirecto y de acceso desagregado compartido, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado el siguiente acuerdo:

Acuerdo de 21 de diciembre de 2005, recaído en el expediente RO 2005/1729.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

HECHOS

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

El 19 de diciembre de 2005 ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) escrito de TELE2 TELECOMMUNICATION SERVICES, S.L. (en adelante, TELE2), fechado el día 12 de diciembre de 2005, por el que viene a presentar conflicto de acceso frente a la entidad RED ELÉCTRICA TELECOMUNICACIONES, S.A.U. (ahora denominada ALBURA TELECOMUNICACIONES, S.A., en adelante, ALBURA). En su escrito, TELE2 expone, básicamente, lo siguiente:

- 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 acceso¹, 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**.»

¹ «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

Basándose sobre los hechos relatados, TELE2 señala los siguientes FUNDAMENTOS DE DERECHO:

«PRIMERO.- Sobre las discrepancias existentes sobre la interpretación y cumplimiento del contrato»

- Que «*TELE2 no comparte la imputación de ALBURA relativa al incumplimiento del contrato unilateral por parte de mi representada. (...) TELE2 considera que ALBURA viene incumpliendo el contrato desde el momento mismo de su entrada en vigor [del contrato], en especial respecto a las obligaciones de calidad o cumplimiento del acuerdo de nivel de servicio, pero también en lo relativo a otras obligaciones esenciales del contrato como son por ejemplo las obligaciones de no discriminación*».

*«Existen, sin duda, claras discrepancias entre las partes sobre la interpretación y cumplimiento del Contrato. No obstante, TELE2 no considera que deba entrar en el fondo del asunto si no es ante el órgano que las partes designaron para resolver sus conflictos contractuales. El único hecho indiscutible es que hasta la fecha, **ALBURA no ha acudido al órgano de resolución de conflictos previsto en el Contrato**».*

«SEGUNDO.- Sobre la declaración unilateral de ALBURA de resolución y terminación anticipada del contrato»

- Que «*(...) TELE2 considera que **la validez y el cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de una de las partes** (artículo 1256 del Código Civil) y por este motivo, ALBURA no puede imponer unilateralmente la inaplicación de determinadas cláusulas contractuales, las que le son desfavorables, y la aplicación automática de otras, las que le son favorables para entender que, bajo esas premisas, se ha producido un incumplimiento contractual que deriva necesariamente en la resolución y terminación anticipada del Contrato. La interpretación de ALBURA inaplicando determinadas cláusulas supone de facto, la modificación contractual de manera unilateral. Las disposiciones contractuales y las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes (artículo 1091 del Código Civil) y por tanto, TELE2 entiende la imposibilidad de modificación unilateral de la relación de acceso (...)*».

«TELE2 considera que no es admisible la amenaza de resolución contractual de forma unilateral, en un reducido espacio de tiempo y aún menos, sin haber suscitado el conflicto ante el órgano competente para conocer de el mismo. La retirada del servicio a partir del 1 de enero de 2006 podría suponer un grave incumplimiento de las obligaciones contractuales y legales en materia de acceso, en perjuicio de TELE2 y de sus abonados».

«TERCERO.- Sobre la necesidad de ALBURA de mantener el servicio durante la vigencia del Contrato»



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que «las discrepancias sobre el cumplimiento del contrato no deben ser juzgadas de manera individual o unilateralmente y por consiguiente, no puede procederse a la resolución y penalización contractual. E único medio neutral de valorar los incumplimientos provocados por las partes y la potestad de resolución y terminación anticipada del Contrato, es la sumisión del presente conflicto a arbitraje de la CMT tal y como se prevé en el contrato de referencia».
- Que «el Contrato mantiene su plena vigencia en virtud de la cláusula Décima² del contrato y **mientras se mantenga la vigencia del Contrato, ALBURA deberá mantener la continuidad del servicio en los términos del Contrato**, respetando tanto las condiciones económicas como, sobre todo, las técnicas o de nivel de servicio».

«CUARTO.- Sobre la necesidad que la CMT intervenga garantizando el acceso de TELE2 a la red de ALBURA»

- Que, «TELE2 acude a esta Comisión para que garantice el cumplimiento del Contrato de acceso suscrito con ALBURA, actualmente vigente y declare la obligación de ALBURA de prestar el servicio de acceso en los términos pactados por las partes y recogido en el Contrato de 9 de junio de 2004».
- Que, «el artículo 48.3.d) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (‘‘LGTEL’’) establece que esta Comisión ejercerá, entre las funciones reguladas por la Ley, ‘‘la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos en que se establecen en el título II de esta ley [...]’’. En este sentido el artículo 11.4 de la LGTEL (título II) establece que ‘‘la CMT podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquier a 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 [...]’».

«En desarrollo de esa habilitación competencial, el párrafo 3.b) del artículo 23 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, dispone que ‘‘La CMT conocerá d e los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivados de la LGTEL, de este Reglamento y de otras normas de desarrollo de la citada ley; a tal efecto dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto y las medidas provisionales que corresponda [...]’’. El siguiente párrafo (c) del artículo 23 citado establece que ‘‘la CMT podrá imponer obligaciones sobre acceso o interconexión a los operadores que controlen el acceso a los usuarios finales en la medida en que

² Cláusula Décima: VIGENCIA DEL CONTRATO: ‘‘10.1 El presente contrato tendrá una duración inicial de cinco años.(...) En caso de terminación del CONTRATO de acuerdo a lo anterior, ALBURA facilitará, durante al menos 5 meses, la migración de los clientes de TELE2 a otra red, y continuará prestando el servicio en las condiciones, incluyendo de precio, vigentes en el momento de la finalización del CONTRATO, hasta que se complete dicha migración o hasta la finalización del citado plazo de 5 meses. El coste de la migración será enteramente soportado por TELE2.’’



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

resulte necesario para garantizar la posibilidad de conexión extremo a extremo [...]».

«La interrupción del acceso que anuncia ALBURA carece de justificación contractual ni legal y constituye un incumplimiento grave de la normativa vigente. Los operadores no pueden suprimir el acceso siendo la CMT la única habilitada para limitar o suspenderlo, en los casos normativamente previstos. Del contrato vigente entre las partes se deduce la existencia actual del acceso de TELE2 a la red de ALBURA, por lo que las anteriores consideraciones obligan a concluir en la necesidad de que el mismo se mantenga hasta el momento en el que se declare en contrario».

«Por consiguiente, TELE2 acude a esta Comisión para que, en virtud de sus competencias que la normativa vigente le otorga para garantizar el acceso a las redes y la interoperabilidad de los servicios, obligue a ALBURA a mantener el servicio de acceso en tanto se mantenga la vigencia del Contrato».

«QUINTO.- Sobre la irreparabilidad de los perjuicios que el corte injustificado del servicio causaría a TELE2 y la consecuente urgencia en la intervención de esta Comisión»

- *Que «como esta Comisión ha declarado en múltiples ocasiones, la interrupción de un servicio de acceso, dejando a los usuarios sin poder utilizar el servicio contratado con un determinado operador, supone un perjuicio irreparable tanto para el operador al que le provee, como para sus usuarios. Estos perjuicios atentan directamente contra los bienes directamente protegidos por la regulación y que componen los principios que la inspiran: el beneficio de los usuarios y la promoción de la competencia».*
- *Que «por una parte, el corte del servicio prestado por ALBURA supondría la imposibilidad de los usuarios de acceder a determinados servicios que han contratado libremente, quedando obligados a buscar vías alternativas de satisfacción de sus necesidades e intereses a través de otros operadores mermando sustancialmente las posibilidades de acceso a servicios de telecomunicaciones. Por otra parte, la acción anunciada por ALBURA debilitaría de manera grave o irreversible la posición competitiva de TELE2 en el mercado de acceso a Internet y de banda ancha, mercados clave en su desarrollo actual, así como su imagen en el mercado. La actuación discrecional de ALBURA supondría, de no producirse al intervención de esta Comisión, unos verdaderos perjuicios para los intereses de TELE2 y en general, para la libre competencia en el mercado referido, de vital importancia para el desarrollo de negocio de mi representada».*

Hechas estas alegaciones, 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 el 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, 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.»*

Al escrito presentado, TELE2 acompaña un total de dos documentos.

SEGUNDO.- Escrito de resolución del contrato remitido a TELE2 por ALBURA

TELE2 adjunta a su escrito, como ANEXO II, copia del burofax, de 13 de octubre de 2005, remitido por ALBURA a través del que le notifica la resolución y terminación anticipada del contrato de 9 de junio de 2004 de forma automática, con una serie de efectos que se explicitan en el citado documento.

ALBURA justifica su decisión en base a una serie de incumplimientos contractuales de TELE2, de los que ésta ya había sido informada mediante burofax de 28 de septiembre de 2005, en el que se le instaba a la subsanación de los incumplimientos a la vez que se le apercibía de la posibilidad de resolución del Contrato y efectos derivados.

A continuación se señala que *«por toda respuesta, hemos recibido el 6 de octubre de 2005 un burofax (fechado a 29 de septiembre) en el que se limitan a manifestar que no comparten nuestra “interpretación de vulneración por parte de TELE2 de lo dispuesto en el Contrato suscrito por las Partes”, además de requerirnos a que continuemos dando cumplimiento al Contrato, que a su vez nos acusan de incumplir».*

«En medio de esta estrategia de confusión con fecha 30 de septiembre de 2005, TELE2 ha hecho pública mediante nota de prensa la adquisición de COMUNITEL GLOBAL, S.A. Esta compañía es titular de infraestructuras de “Red de Acceso” que compiten con las de ALBURA en el mercado español».

«De conformidad con los términos previstos en el Contrato, y como ya les advertimos en nuestro anterior burofax, dicha adquisición constituye un grave incumplimiento de la obligación recogida en la cláusula 3.2 del mismo. Por ello, asumiendo que la operación descrita ha quedado consumada, y con base en lo establecido en la cláusula 11.1 del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Contrato, les comunicamos la resolución y terminación anticipada del Contrato de forma automática (...).»

A continuación, ALBURA indica que TELE2 queda obligada a abonar a ALBURA en concepto de "Pago por Penalización" la cantidad de 5.791.525, 42 Euros, en aplicación de la cláusula 9.2 del Contrato y sobre la base de una serie de cálculos que aparecen detallados en el escrito.

Asimismo, en aplicación de la cláusula 13 y como consecuencia de la terminación del contrato antes del plazo de duración pactado inicialmente por las partes, le exige el pago de unas cantidades a determinar como devolución y/o abono de descuentos aplicados y penalizaciones que le repercutan los operadores.

Por último, el escrito finaliza señalando que *«al amparo de la estipulación 11 recogida en el Anexo de Condiciones de Prestación del Servicio alburadsl3, la terminación del Contrato conllevaría que ALBURA procediese "a dar de baja las 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". No obstante, no queremos que este conflicto contractual (del que Vds. son únicos responsables) redunde en perjuicio de los usuarios finales. A fin de evitar ese perjuicio, ALBURA sólo procederá a dar de baja las líneas de TELE2 que aún queden vivas el próximo [31 de diciembre de 2005], concediendo de esta forma a TELE2 un plazo razonable para que realice a costa de la propia TELE2 las gestiones y solicitudes necesarias ante Telefónica para la baja de las líneas. Hasta esa fecha ALBURA continuará prestando el servicio en las condiciones, incluyendo de precio, vigentes en el momento de la finalización del CONTRATO.»*

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial para conocer del conflicto planteado.

TELE2 ha presentado conflicto de acceso frente a ALBURA en relación con la resolución y terminación anticipada del contrato de 9 de junio de 2004 y la consiguiente supresión, por parte de éste último, de los servicios de acceso indirecto y desagregado compartido que prestaba a TELE2.

El artículo 48.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, determina cuál es el objeto de que tiene esta Comisión,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“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 por este operador a los servicios acceso indirecto y servicios de acceso desagregado compartido que permiten a TELE2 acceder, de forma indirecta, al bucle local de sus clientes y prestar, por su parte, a los mismos, servicios de transmisión de datos de banda ancha.

SEGUNDO.- Sobre los requisitos necesarios para la adopción de una medida cautelar.

TELE2 solicita la adopción de una serie de medidas consistentes en que se obligue a Albura a (i) mantener la continuidad efectiva del servicio de acceso en los términos definidos en el contrato de 9 de junio de 2004 suscrito con TELE2 vigente entre las partes, (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, garantice el mantenimiento del servicio con posterioridad a dicha fecha y en tanto continúe la vigencia del Contrato y (iii) obligue a ALBURA a prestar el servicio de acceso en las condiciones técnicas y económicas recogidas en el Contrato y vigente en la fecha de planteamiento del presente conflicto.

El artículo 72 de la LRJPAC permite, al órgano competente para resolver el procedimiento, adoptar medidas cautelares, de oficio o a instancia de parte, cuando ello sea necesario para “asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer”, y “si existen elementos de juicio suficientes para ello”. Según el apartado 3 de este artículo, “No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de imposible o difícil reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”.

Tomando en consideración estas prescripciones, la jurisprudencia ha sistematizado los requisitos que permiten a una Administración Pública la adopción de una medida cautelar. Tales requisitos son los siguientes:

- Habilitación competencial (existencia de una norma que permita la adopción de una medida cautelar).
- Apariencia de buen derecho (“*fumus boni iuris*”).
- Necesidad y urgencia de la medida (“*periculum in mora*”).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Proporcionalidad e idoneidad de la medida.

Se examina a continuación la concurrencia, con relación a la medida cautelar solicitada por TELE2, de estos requisitos.

SEGUNDO.- Habilitación para adoptar la medida cautelar.

El artículo 72.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que *“iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello”*.

En el mismo sentido, el artículo 48.12 de la Ley General de Telecomunicaciones establece que *“En el ejercicio de sus funciones, y en los términos que reglamentariamente se determinen, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una vez iniciado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia del laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”*.

La propia Ley General de Telecomunicaciones contempla, de forma específica, esta habilitación dada a la CMT para adoptar medidas cautelares con ocasión del ejercicio de sus funciones relativas a la resolución de conflictos de acceso. En el artículo 14.1 de esta Ley, antes citado, se indica que *“Ésta [la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones], 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**”*.

De acuerdo con estos preceptos, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones está legalmente habilitada para adoptar medidas cautelares en los procedimientos que tienen por objeto la resolución de conflictos de acceso entre operadores.

La presente medida cautelar se adopta una vez iniciado el procedimiento.

TERCERO.- Apariencia de buen derecho.

Tercero.1.- El interés público concurrente en el presente conflicto de acceso.

El artículo 20 de la Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicios de comunicaciones electrónicas, prevé la intervención de las Autoridades Nacionales de Reglamentación (ANR) de los correspondientes Estados Miembros en la resolución de los conflictos que surjan entre los operadores con relación a los aspectos que están regulados en la normativa europea de comunicaciones electrónicas:

“En caso de producirse un litigio en relación con obligaciones derivadas de la presente Directiva o de las directivas específicas entre empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas de un Estado miembro, la autoridad nacional de reglamentación afectada adoptará, a petición de cualquiera de las partes, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, una decisión vinculante para resolver el litigio lo antes posible o en todo caso en un plazo de cuatro meses, salvo en circunstancias excepcionales. Los Estados miembros afectados exigirán que todas las partes cooperen plenamente con la autoridad nacional de reglamentación.”

La finalidad de esta intervención de la ANR es contar con un sistema que garantice el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la normativa en materia de comunicaciones electrónicas, que, de acuerdo con lo que en la misma se dispone, tiene por objeto velar por las condiciones de competencia en el sector y por los intereses de los usuarios. Así lo aclara el considerando 32 de la Directiva antes indicada:

*“En caso de litigio entre empresas de un mismo Estado miembro en algún ámbito regulado por la presente Directiva o por las directivas específicas, por ejemplo en relación con las obligaciones de acceso e interconexión o con los medios de transferir listas de suscriptores, la parte perjudicada que haya negociado de buena fe pero no haya llegado a acuerdo alguno debe poder acudir a la autoridad nacional de reglamentación para resolver el litigio... **La intervención de una autoridad nacional de reglamentación en la resolución de un litigio entre empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas de un Estado miembro debe tratar de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la presente Directiva o de las directivas específicas.**”*

Pues bien, en materia de acceso, la **Directiva 2002/19/CE**, de 7 de marzo, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, dispone, en su artículo 5.4, que “Por lo que respecta al acceso y la interconexión, los Estados miembros velarán por que las autoridades nacionales de reglamentación estén facultadas para intervenir por iniciativa propia cuando esté justificado o, en ausencia de acuerdo entre empresas, a petición de cualquiera de las partes implicadas, con objeto de garantizar los objetivos generales contemplados en el artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco), de conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva y en los procedimientos contemplados en los artículos 6, 7, 20 y 21 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco)”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Entre estos objetivos que se contemplan en el artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE, marco, figura el fomento de la competencia en el suministro de redes y servicios, velando por que los usuarios obtengan el máximo beneficio en cuanto a las posibilidades de elección, precio y calidad, y, asimismo, velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia.

De acuerdo con la normativa comunitaria transcrita, el artículo 11 de la **Ley General de Telecomunicaciones** habilita a la CMT para resolver los conflictos de acceso, entre otras finalidades, para fomentar la adecuación del acceso y la interoperabilidad de los servicios, y, como objetivos generales de la Ley (artículo 3 de la misma), para fomentar la competencia efectiva en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios, promover la utilización de nuevos servicios, promover el desarrollo del sector y defender los intereses de los usuarios en materia de elección, precio y calidad.

El acceso al que se refiere el conflicto planteado por TELE2 versa sobre el acuerdo entre esta entidad y ALBURA por el que esta última presta un servicio de acceso indirecto y desagregado compartido, que permite a TELE2 acceder al bucle local de los que van a ser sus clientes y prestar a éstos sus servicios de transmisión de datos de banda ancha.

A este respecto, hay que destacar que la **Comunicación COM/2004/61**, de 3 de febrero, de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *“Conectando a Europa a alta velocidad: Evolución reciente del sector de las comunicaciones electrónicas”* destaca la importancia de las **comunicaciones de banda ancha** como uno de los elementos de mayor dinamización del sector, pero advierte sobre la necesidad de superar ciertos obstáculos que se ponen de manifiesto en la distinta intensidad que, para los diferentes Estados Miembros, tiene la competencia en este mercado³. En esta Comunicación, la Comisión indica que las ANRs deben incentivar, en el corto plazo, a los operadores para que soliciten acceso de banda ancha al por mayor al operador con poder significativo en el mercado.

En esta misma línea, una posterior Comunicación de la Comisión Europea (la **Comunicación COM/2004/369**, de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *“Conectando a Europa a alta velocidad: Estrategias nacionales de banda ancha”*), reconoce el papel primordial del mercado en la expansión de los

³ La Comisión Europea ha identificado como uno de los mercados de referencia el “acceso de banda ancha al por mayor” (Recomendación de la Comisión de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicios innovadores de banda ancha, y señala que, en ausencia de unas condiciones de competencia en materia de instalaciones, la regulación ha de tender a abrir el acceso local a favor de los operadores entrantes para favorecer la prestación de tales servicios.

Pues bien, sobre la base de la oferta de acceso indirecto al bucle local que hace el operador dominante, Albura construye su propia oferta mayorista -destinada a otros operadores- de prestación del servicio de ADSL. Esta oferta, en una de sus modalidades (servicio "alburads/3"), ha sido aceptada por TELE2.

De este modo, el acceso que Albura presta a TELE2 es el medio indirecto del que se sirve 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.

En definitiva, el presente conflicto se refiere a un acceso, por parte del operador solicitante, a las redes de comunicaciones electrónicas. El fin para el que sirve este concreto acceso está vinculado, entre otros, a los objetivos, españoles y comunitarios, de promoción de nuevos servicios (los servicios soportados por las redes de banda ancha), de fomento de la competencia efectiva y de promoción del desarrollo del sector.

Tercero.2.- La continuidad del acceso que se viene prestando.

En el contexto indicado en el apartado anterior, la concreta medida sobre la que versa el conflicto es la supresión del acceso que se venía prestando, caracterizado como servicio mayorista ADSL.

En aquellos casos en que, sin mediar causa que pueda implicar perturbación para la seguridad de las personas o para la integridad de las redes, se plantea la supresión del acceso o la interconexión prestados, el mantenimiento – cuando menos, cautelar- del acceso o, en su caso, de la interconexión que se vinieran prestando se constituye en una garantía fundamental del interés general en la consecución de una pluralidad de oferta de servicios (en condiciones de interoperabilidad), y del interés de los usuarios en acceder a los servicios de diferentes operadores.

En este sentido, la CMT ha venido resolviendo diferentes conflictos sobre la necesidad del mantenimiento de este acceso:

En la Resolución de 4 de octubre de 2001, relativa a la solicitud de Telefónica de España, S.A.U. de supresión de la central de Madrid-Prosperidad del listado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de centrales de la OBA, se acordó que la citada central debería seguir formando parte de centrales disponibles de la OBA, ya que con su supresión “los operadores interesados verían considerablemente mermada su capacidad de ofrecer servicios a los abonados”.

Por Resolución de 22 de junio de 2000 se adoptaron medidas cautelares tendentes a mantener la interconexión entre Colt Telecom España, S.A. y Capcom Internacional, S.L., en un conflicto que finalmente fue resuelto el 14 de diciembre de 2000. En el seno de este conflicto, la CMT decidió adoptar la medida cautelar consistente en mantener la interconexión en los términos en que se venía prestando, considerando, entre otras, las siguientes razones:

“Lo que se trata de evitar es que, mientras se tramita el correspondientes expediente en el que se decidirá sobre la posibilidad o no de limitar o suspender la interconexión entre COLT y CAPCOM y el resto de las cuestiones derivadas del conflicto de interconexión presentado ante esta Comisión por el segundo, se incumpla la obligación de interconexión establecida en el artículo 22 de la LGTel [Se trata de la entonces vigente Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones] y se prive en consecuencia a los usuarios de la posibilidad de acceder a los servicios de los diferentes operadores. Estos servicios pueden ser suministrados por dichos operadores o por otros que tengan acceso a la red, tal y como exige la definición misma del concepto de interconexión, contenido en el anexo de la LGTel.

Debe recordarse que el beneficio de los usuarios y la promoción de la competencia son los principios que informan la regulación misma de las telecomunicaciones. En este sentido, la supresión de la interconexión, además de un incumplimiento de la normativa vigente, supondría la imposibilidad a los usuarios de acceder a determinados servicios, los cuales se verían además obligados a buscar vías alternativas de satisfacción de sus necesidades e intereses, ...”

La Comisión ha autorizado, en cambio, la suspensión del acceso o la interconexión en los supuestos en los que la misma servía de base Para actuaciones fraudulentas, que perturbaban el buen funcionamiento de los servicios. Es el caso de la autorización concedida a operadores de telefonía móvil para suspender la interconexión cuando ésta permitía el encaminamiento de las llamadas con origen en las tarjetas prepago y destino en determinados números 906 que se utilizaban para llevar a cabo la aludidas prácticas fraudulentas⁴.

⁴ Una Resolución de 28 de febrero de 2002 autorizó a Telefónica Móviles España, S.A.U. a la suspensión de esta interconexión. Por medio de una Resolución de 11 de julio de 20002 se autorizó a Airtel Móvil, S.A. para practicar esta suspensión. El 5 de diciembre de 2002 se autorizó a Retevisión Móvil, S.A. en el mismo sentido.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La contestación a la consulta planteada al efecto por Colt Telecom, S.A.U. (aprobada por Acuerdo de la CMT de 25 de octubre de 2001) aclara también que el incumplimiento de las obligaciones que nacen de un Acuerdo de Interconexión (como la prestación de garantías para el aseguramiento de los pagos) puede ser causa de suspensión de la interconexión, la cual, no obstante, quedaría *“supeditada a razones de interés público que pueden motivar la actuación de esta Comisión en los casos en los que se produzca un perjuicio para los usuarios o se haga peligrar la interoperabilidad de los servicios”*.

Pues bien, en el presente supuesto, la resolución del contrato de 9 de junio de 2004, y la consiguiente cesación en la prestación del servicio de acceso indirecto y acceso desagregado compartido no se plantea como una medida necesaria para asegurar la integridad de las redes frente a lo que constituiría un eventual supuesto de anormal utilización de las mismas.

En semejantes circunstancias, las prácticas consistentes en una supresión inesperada del acceso prestado (o sin tiempo suficiente para la búsqueda de alternativas viables), sin perjuicio de las consecuencias que ello tenga en la esfera jurídico-privada, impide, por lo que respecta a los intereses públicos que presiden la regulación del sector, la consolidación en el mercado de una oferta plural de servicios basada en la utilización (en términos no fraudulentos y de equilibrio contractual) de las infraestructuras actualmente existentes.

Por otro lado, la resolución y la consiguiente interrupción del servicio de acceso no tiene en consideración los derechos de los usuarios finales afectados y cuya salvaguardia es uno de los objetivos y principios de la Ley General de Telecomunicaciones (At. 3.e)

Tercero.3.- Sobre la negociación de las condiciones de acceso.

Aunque, conforme a lo expuesto, concurre un indudable interés público en relación con el presente conflicto, ha de tenerse en cuenta que la regulación aplicable en materia de acceso deja a la negociación entre los operadores interesados (sin perjuicio de las garantías de la interoperabilidad y la conexión de extremo a extremo) la determinación de las condiciones del acceso.

Establece, así, el artículo 11.3 de la Ley General de Telecomunicaciones que *“No existirán restricciones que impidan que los operadores negocien entre sí acuerdos de acceso o interconexión”*.

Sobre esta base, Albura y TELE2 han acordado las condiciones en que este último podría acceder al servicio de acceso indirecto y desagregado compartido del primero para poder prestar sus propios servicios. Más en particular, de acuerdo con sus respectivos intereses y tomando como punto de partida sus



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

respectivas previsiones, estas partes han acordado lo que consideraban oportuno acerca del tiempo de prestación de los servicios, de las condiciones de calidad de los mismos, de la exclusividad o de la resolución del mismo por incumplimiento de las partes.

Ahora bien, sobre estos intereses particulares, se proyecta el interés público en que el acceso, en las condiciones técnicas pactadas (en tanto las partes –o, en su caso, la CMT- no acuerden su modificación), sea respetado, puesto que constituye la garantía de la interoperabilidad, lo cual tiene una particular relevancia en casos como el presente, en que el acceso en cuestión es el medio del que se sirve el operador entrante para acceder al bucle local de sus clientes (perteneciente al operador dominante) y prestarles sus propios servicios de transmisión de datos de banda ancha.

Como se ha indicado, la supresión inesperada de ese acceso (o sin tiempo suficiente de reacción) impide al operador que se sirve del mismo la prestación al mercado de sus propios servicios y a los usuarios seguir recibiendo el servicio sin solución de continuidad.

En este contexto, ha de analizarse qué es lo pactado entre Albura y TELE2 con relación al acceso contratado, al objeto de comprobar si la supresión del acceso comunicada por Albura entra, o no, dentro de los términos del contrato, de manera que, si entrara dentro de esos términos, TELE2 no podría alegar, en el marco del actuar diligente que habría tener cualquier operador del mercado, una falta de previsión al respecto, y debería haber contado con alternativas que le permitieran atender la situación producida.

Tercero.4.- Sobre los términos contractuales del acceso acordado entre Albura y TELE2.

Los servicios de acceso indirecto y desagregado compartido prestados por ALBURA a TELE2 vienen regulados en el Contrato de 9 de junio de 2004, que TELE2 aporta como ANEXO I a su escrito de 12 de diciembre de 2005.

Para lo que interesa a los efectos de la adopción de la presente medida provisional, y sin ánimo de prejuzgar el conflicto de fondo (que versará no ya sobre el mantenimiento cautelar de un acceso sobre el que pende una supresión inminente, sino sobre el fondo de las relaciones entre las partes), interesa destacar las siguientes previsiones que se recogen en el contrato indicado:

“2- OBJETO DEL CONTRATO



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.1 El objeto del presente contrato es establecer las condiciones técnicas, económicas y comerciales en las que ALBURA prestará a TELE2 "Servicios de Acceso", incluyendo servicios de "Acceso Indirecto" y servicios de "Acceso Desagregado Compartido".

(...)

"3- EXCLUSIVIDAD

3.1 TELE2 se obliga a no contratar, durante la vigencia del presente CONTRATO, ni directa ni indirectamente, ni a través de cualquiera de las empresas de su Grupo, ni de terceras personas físicas y/o jurídicas asociadas, filiales o de cualquier otra forma dependientes, "Servicios de Acceso" en España con ninguna otra persona física y/o jurídica distinta de ALBURA. De esta forma, expresamente se pacta que ALBURA, durante la vigencia del presente CONTRATO, será el operador de "Red de acceso" exclusivo de TELE2 en y para España.

3.2 TELE2 se obliga a no desarrollar ni ampliar, ni directa ni indirectamente, ni a través de cualquiera de las empresas de su Grupo, ni de terceras personas físicas y/o jurídicas asociadas, filiales o de cualquier otra forma dependientes, su propia "Red de Acceso" en España. En su consecuencia, y durante la vigencia del presente CONTRATO, no podrá TELE2 desarrollar ni ampliar infraestructuras de "Red de Acceso" que sean competitivas con las de ALBURA en España. En caso de que TELE2 mostrara su interés en desarrollar su propia "Red de Acceso", y **ALBURA, a su total discreción, le eximiese de la obligación prevista en este apartado, las partes estudiarán la posibilidad de establecer un modelo de compartición de infraestructura.**"

"10- VIGENCIA DEL CONTRATO

10.1 El presente contrato tendrá una duración inicial de cinco años. Una vez cumplida dicha duración inicial, el contrato se podrá prorrogar por periodos anuales, enviando cualquiera de las Partes, vía burofax u otro medio fehaciente, el requerimiento a la otra parte con una antelación mínima de tres meses a la fecha de terminación. La parte receptora deberá contestar en un plazo de 15 "días" desde la recepción del requerimiento sobre su aceptación o denegación de la prórroga. En caso de denegación o de no contestación, el CONTRATO se terminará al finalizar su duración inicial o la de la prórroga que ya hubiese sido acordada. En caso de terminación del CONTRATO de acuerdo a lo anterior, ALBURA facilitará, durante **al menos 5 meses**, la migración de los clientes de TELE2 a otra red, y continuará prestando el servicio en las condiciones, incluyendo de precio, vigentes en el momento de la finalización del CONTRATO, hasta que se complete dicha migración o hasta la finalización del citado plazo de 5 meses. El coste de la migración será enteramente soportado por TELE2."

"11- INCUMPLIMIENTO"



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

11.1 Cualquiera de las Partes podrá resolver el CONTRATO en caso de incumplimiento de sus obligaciones por la otra parte, según lo previsto en la Cláusula 13 de las Condiciones Generales de ALBURA (...)."

Del contrato, resultan, por tanto, las siguientes apreciaciones:

1- El contrato tiene una duración inicial de cinco años a contar desde el 9 de junio de 2004.

Aunque el contrato prevé su rescisión sin necesidad de alegar justa causa, cabe señalar que esta posibilidad sólo está contemplada para el supuesto en que haya transcurrido la duración inicial pactada. En cambio, el contrato contempla, en la cláusula once, un único supuesto en que Albura podrá dar por terminado el contrato aunque no haya vencido el plazo de cinco años pactado, y es ése en el que medie incumplimiento de las obligaciones por la otra parte.

Del análisis de las anteriores previsiones se deduce que el contrato tiene una duración mínima de 5 años, con posibles prórrogas posteriores. Se fija, en todo caso, una duración inicial del contrato de cinco años. Ha de entenderse que esta duración debe respetarse en todo caso. Es decir, en esta Contrato se contempla una duración inicial y la posibilidad de que las partes, potestativamente, pudieran continuar en la prestación del servicio una vez concluida esa duración inicial.

No obstante,, en la cláusula once se contempla una excepción a la duración inicial pactada: el incumplimiento de las obligaciones por la parte contraria.

La posibilidad contemplada en esta cláusula ha de entenderse sin perjuicio del respeto a la duración inicial de cinco años pactada. Para que pueda ser ejercida por las partes esta previsión es necesario que la resolución del contrato sea efectiva. Esto es, no es suficiente con que una parte alegue que se ha producido la causa de resolución sino que la misma debe ser aceptada por la otra parte o, en su defecto, que sea determinada por quién ostente la competencia para ello (tribunales, CMT, Arbitraje...) (artículo 1256 Cc).

Cabe decir, en cualquier caso, que toda supresión de un acceso que, de una forma estable o continuada en el tiempo, preste soporte a un servicio de comunicaciones electrónicas, debería producirse con un preaviso suficiente como para permitir la búsqueda de un acceso sustitutivo. Esta tesis viene avalada por las partes que en la estipulación décima fijan un plazo de 5 meses para la migración de los clientes de TELE2 a otra red en el supuesto de finalización del contrato. Por tanto, una vez que, en su caso, se determine que se dan las causas de resolución anticipada, será necesario establecer un periodo de migración suficiente que puede ser de 5 meses u otro que se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

determine de acuerdo con las circunstancias que se produzcan en el momento de la resolución anticipada del contrato.

2- La exclusividad de la red de ALBURA como única red de acceso de TELE2 viene exceptuada en varios apartados de la cláusula 3.

En cuanto a la cláusula 3.2 de “exclusividad”, cuyo incumplimiento alega ALBURA para resolver el contrato debe ser examinada en su totalidad. En este sentido, la citada estipulación recoge *in fine* una excepción que exime a TELE2 de la citada obligación al señalar que ***«En caso de que TELE2 mostrara su interés en desarrollar su propia “Red de Acceso”, y ALBURA, a su total discreción, le eximiese de la obligación prevista en este apartado, las partes estudiarán la posibilidad de establecer un modelo de compartición de infraestructura».***

Asimismo, en apartados posteriores se establecen una serie de excepciones que posibilitan que TELE2 se desvincule de la exigencia de exclusividad, así, en el apartado 3.3 se prevé que en el caso que la oferta de ALBURA no sea competitiva *«deberá negociarse una revisión de precios que, en caso de no culminar con un acuerdo en el plazo máximo de un mes desde la solicitud escrita de negociación por parte de TELE2, conllevará que TELE2 quede liberada de las obligaciones establecidas en las estipulaciones 3.1 y 3.2 anteriores, sin perjuicio de lo cual mantendrá su vigencia el contrato y los precios vigentes hasta ese momento».*

En la cláusula 3.5 también se señala que *«TELE2 quedará liberada de todas las obligaciones de exclusividad indicadas en las estipulaciones 3.1 y 3.2 anteriores, para las líneas vivas que excedan de 60.000 en el servicio de “Acceso Desagregado Compartido” en todos los “Emplazamientos” disponibles para la prestación del servicio de “Acceso Desagregado Compartido” (...)».*

Por último, la cláusula 3.6 detalla asimismo otra serie de supuestos en los que TELE2 quedará liberada de las obligaciones de exclusividad de las estipulaciones 3.1 y 3.2.

Todo lo anterior viene a apoyar la tesis de la necesidad del examen del fondo del asunto que permita decidir sobre el conflicto planteado por TELE2 y cuya eficacia se vería desvirtuada si se llevase a cabo la resolución anunciada con el corte de las líneas.

La exigencia de garantizar la adecuación del acceso y la interoperabilidad de los servicios lleva a concluir, a los efectos de esta medida cautelar, la necesidad del mantenimiento de la situación pactada en el contrato.

De este modo, se respetan los siguientes objetivos:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Se fomenta el acceso indirecto (el servicio de Albura es la vía por la que TELE2 accede a los bucles locales del operador dominante), como solución a corto plazo para impulsar la prestación de los servicios de transmisión de datos a alta velocidad.
- Se aumentan las posibilidades de elección de los usuarios en esta materia.
- Se promueve, en definitiva, el desarrollo del sector, en relación con los nuevos servicios vinculados con las comunicaciones electrónicas de banda ancha.

Ha de precisarse que el análisis anterior se ha efectuado en atención al interés público concurrente en el presente supuesto (que versa, según lo dicho, sobre la continuidad del acceso que se venía prestando, frente a una supresión anunciada sin tiempo suficiente de reacción para buscar un acceso sustitutivo), y, en ello, dicho fundamento es independiente del que, en su caso, corresponda a la cuestión de fondo, que ya no vendrá caracterizada por esa circunstancia. En definitiva, no se prejuzga el fondo del asunto.

Por tanto, con relación a la medida cautelar solicitada por TELE2 concurre una apariencia de buen derecho, sostenida sobre unos elementos de juicio (en particular, el Contrato de 9 de junio de 2004) que se estiman suficientes para su adopción.

CUARTO.- Necesidad y urgencia de la medida.

Ante el anuncio expresado por Albura de resolución y terminación anticipada del Contrato de forma automática y, en consecuencia, la cesación en la prestación de los servicios de acceso indirecto y acceso desagregado compartido, prevista para el día 31 de diciembre de 2005, resulta urgente la adopción de la presente medida cautelar.

En el caso de no adoptar la presente medida provisional, la resolución que se pudiera adoptar al término del procedimiento podría quedar desvirtuada, pues la interrupción de los servicios de TELE2, consecuencia de la supresión de los accesos de Albura, se produciría en 10 días, con las correspondientes consecuencias para los servicios que se prestan a los usuarios y para la confianza que estos mismos puedan tener en la prestación de los servicios de banda ancha por los operadores de la competencia.

En este sentido, los perjuicios que ocasionaría la supresión que se pretende evitar serían de difícil reparación.

En último término, hay que señalar que, producida la supresión anunciada, el restablecimiento del servicio que pudiera acordarse al término del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

procedimiento requeriría de la apertura de nuevos trámites por parte de TELE2 para dar de alta con Telefónica de España los accesos que inicialmente tenía contratados, y, en consecuencia, se retrasaría bastante el restablecimiento del servicio con el consiguiente perjuicio, no sólo para los intereses de TELE2, sino de los clientes de ésta.

Resulta necesaria, en conclusión, la adopción de la presente medida provisional, para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, y además, su adopción es urgente, dados los términos de la interrupción del servicio anunciados por Albura.

Es de destacar, a este respecto, que la propia Ley General de Telecomunicaciones contempla específicamente el acceso -tomando en consideración los intereses a que afecta- como un caso en que resultará previsible la adopción de medidas cautelares (artículo 14, ya citado).

QUINTO.- Proporcionalidad e idoneidad de la medida.

La medida cautelar que se adopta por medio de la presente Resolución tiene por objeto el mantenimiento cautelar del acceso prestado a TELE2.

La medida resulta idónea para el objetivo perseguido (evitar una supresión inesperada o sin tiempo suficiente para la búsqueda de alternativas del acceso que se viene prestando y que sirve para permitir la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público).

Como se ha expuesto, otras alternativas no permiten, con igual eficacia, conseguir el resultado perseguido. Los trámites que permitirían a TELE2 acceder, directamente, a los servicios mayoristas del operador dominante hacen inviable, en el breve espacio de tiempo de que dispone TELE2 hasta que se ejecute la supresión de los accesos anunciada, asegurar la continuidad del servicio que presta a sus clientes.

Además, la obligación que se impone por medio de la presente Resolución no viola derechos amparados por las leyes ni ocasiona perjuicios de imposible o difícil reparación.

No existe, a diferencia de lo que expone Albura, un derecho de rescisión unilateral reconocido en el contrato que esté vigente a la fecha en que anuncia el traslado. Por otro lado, el incumplimiento contractual no puede considerarse un derecho reconocido por el ordenamiento.

Tampoco se ocasionan perjuicios de difícil o imposible reparación. La cláusula décima del contrato prevé para los supuestos de terminación del contrato que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ALBURA facilitará, durante **al menos 5 meses**, la migración de los clientes de TELE2 a otra red. Plazo que en el presente supuesto ni siquiera ha sido respetado, pues desde el 13 de octubre al 31 de diciembre apenas han transcurrido algo más de dos meses y medio.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que los posibles perjuicios que se puedan irrogar a ALBURA serían de tipo económico, no siendo, en consecuencia, de difícil reparación. Además, en este caso no se está poniendo en cuestión que TELE2 no pague el servicio que le presta Albura.

Con ello, la obligación que se impone a Albura (la solución idónea para la continuidad de los servicios que TELE2 presta a sus clientes) resulta proporcionada si se toma en consideración el objetivo perseguido y, asimismo, si se toman en consideración las otras alternativas que pudiera haber para su consecución.

Por último señalar, que la brevedad del período que resta para alcanzar la fecha establecida por ALBURA para dar de baja las líneas de TELE2 (31 de diciembre de 2005) y la reciente comunicación de la misma a esta Comisión (19 de diciembre de 2005), hacen imprescindible la adopción de la medida de forma cautelar **inaudita parte**.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- 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.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, sin perjuicio de lo dispuesto en el número dos del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera