



COMISIÓN 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 número 25/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 12 de julio de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que, en el marco de la tramitación del presente procedimiento (expediente de referencia RO 2007/823), se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ADOPTAN MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONFLICTO PRESENTADO POR CABLEUropa, S.A. FRENTE A IBERDROLA, S.A. EN RELACIÓN CON LA INTERRUPCIÓN POR ESTA ÚLTIMA DEL SUMINISTRO DEL SERVICIO DE FIBRAS ALQUILADAS DEL TRAMO ALCUDIA-ALICANTE-MURCIA.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito presentado por CABLEUropa, S.A.

Con fecha 6 de julio de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de D. Miguel Langle Barrasa, en nombre y representación de CABLEUropa, S.A., sociedad unipersonal (en adelante, ONO), en virtud del cual se plantea conflicto de interconexión frente a IBERDROLA, S.A. (en lo sucesivo, IBERDROLA), en relación con determinados problemas surgidos en el seno de la relación contractual existente entre ambos operadores que tiene por objeto el alquiler de fibra de IBERDROLA por parte de ONO.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En particular, ONO realiza las siguientes alegaciones:

- Que ONO, originalmente o en virtud de la absorción de Retecal Sociedad Operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León, S.A. (en adelante, RETECAL) y de la absorción de Auna Telecomunicaciones, S.A.U. (en adelante, AUNA) es parte de los siguientes acuerdos de alquiler de fibra con IBERDROLA:

- Contrato para el arrendamiento de fibra oscura y su mantenimiento, suscrito entre ONO e IBERDROLA con fecha 14 de junio de 1999, y sus modificaciones posteriores (en adelante, Contrato Marco).

Los tramos alquilados al amparo de este Contrato Marco han ido variando a lo largo de los años, manteniendo en la actualidad, muchos de ellos, su vigencia, incluyendo los que se identifican en el Anexo 2 A de ampliación del Anexo 2 al Contrato Marco, suscrito por ONO e IBERDROLA con fecha 31 de julio de 2001, cuyo vencimiento tendrá lugar el próximo día 14 de julio de 2007 (en adelante, Anexo 2 A).

Las condiciones de alquiler de estos tramos resultan, además de lo establecido en el Contrato Marco y del Anexo 2 A, del Anexo 6 al Contrato Marco suscrito el 27 de diciembre de 2001 y de la carta remitida por ONO a IBERDROLA el 29 de enero de 2003, recibida y aceptada por esta última con fecha 15 de febrero de 2003.

- Contrato para el arrendamiento de fibra oscura y su mantenimiento, suscrito entre ONO e IBERDROLA con fecha 16 de abril de 2001.
- Contrato para el arrendamiento de fibra oscura y su mantenimiento, suscrito entre ONO (antes, RETECAL) e IBERDROLA con fecha 16 de noviembre de 1999.
- Contrato de alquiler de fibra oscura y su mantenimiento, suscrito entre ONO (originalmente MADRITEL COMUNICACIONES, S.A. absorbida por AUNA, absorbida a su vez por ONO) e IBERDROLA con fecha 16 de junio de 1999, que ha sido prorrogado.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Contrato de prestación de servicios de uso de infraestructuras, suscrito entre ONO (originalmente AUNA) e IBERDROLA con fecha 16 de enero de 2001.
 - Acuerdo de intenciones suscrito entre ONO (originalmente, por CABLE I TELEVISIÓ DE CATALUNYA, S.A., absorbida por AUNA, absorbida a su vez por ONO) e IBERDROLA con fecha 14 de febrero de 2002.
 - Contrato de cesión de uso de infraestructuras para telecomunicaciones y servicios de mantenimiento y asistencia técnica suscrito entre ONO (antes AUNA) e IBERDROLA con fecha 13 de mayo de 1998 (en adelante, Contrato IRU).
- Que *“desde principios de 2007, ONO y NEO-SKY, S.A. (en adelante, NEO-SKY) e IBERDROLA, a petición de ésta, y ante la inminente terminación de los tramos alquilados en virtud del Anexo 2 A, han estado negociando el establecimiento de un acuerdo global de alquiler de fibra sustitutivo de los diversos acuerdos suscritos con el mismo objeto entre ambas partes desde el año 1998, y de modificación del Contrato IRU”*.
- Que es voluntad de ONO, una vez iniciada la renegociación señalada de la relación global existente para el alquiler de fibra, dotar de eficiencia al despliegue de su red, intentando unificar en un solo contrato dicha relación, y, mantenerlo en sus mismos términos siempre que ello sea posible a la vista de dicha renegociación, o negociando, en su caso, una modificación puntual del mismo, encaminada a contemplar de forma expresa la segregación de las fibras utilizadas al amparo del mismo o la sustitución de ciertas fibras del Contrato IRU por otras alquiladas en la actualidad al amparo del Contrato Marco, en aras todo ello a realizar inversiones eficientes en infraestructuras.
- Que *“en el seno de la renegociación indicada, IBERDROLA está ofreciendo a ONO condiciones totalmente desproporcionadas y, seguramente, discriminatorias, en relación a las resultantes de los Contratos ONO y a las ofrecidas a otros operadores similares, tanto para el alquiler de nuevos tramos como para el alquiler de aquellos vigentes en la actualidad y suscritos al amparo del Contrato Marco (por cuanto que, respecto a estos últimos, elimina de forma absoluta las mejoras obtenidas como consecuencia de la asunción por ONO de determinados compromisos menos favorables que IBERDROLA sí pretende mantener, como por ejemplo, el relativo a la duración del alquiler)...”*.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que IBERDROLA está vinculando la negociación de ciertos elementos de la conexión de las dos redes de comunicaciones electrónicas a la aceptación por parte de ONO de determinadas condiciones, que perjudican la interoperabilidad de los servicios y generan ineficiencias en el despliegue de la red de ONO, que pueden afectar a la continuidad de la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas por parte de ONO.
- Que, por un lado, IBERDROLA está ofreciendo, tanto para los nuevos tramos que se pretendan alquilar, como para tramos alquilados al amparo del Contrato Marco, cuya aplicación sigue vigente en la actualidad, unas condiciones de precio, penalizaciones por cancelación anticipada, descuentos y procedimiento de permuta de tramos desproporcionadas, en comparación con la realidad del mercado y en relación a las mejoras que ONO había obtenido a lo largo de la vigencia de los contratos firmados, así como seguramente discriminatorias, por razón de la desproporción existente.

Que, por otro lado, *“IBERDROLA vincula el inicio de las negociaciones encaminadas a dotar de eficiencia al despliegue de red de ONO en los tramos que se dirán a continuación, a la aceptación por parte de ONO de las condiciones indicadas en el párrafo anterior. En efecto, existe un tramo de fibras arrendadas en virtud del Anexo 2 A (tramo: Alcudia-Alicante-Murcia) que discurre por el mismo cable que otro tramo de fibras equivalentes arrendadas en virtud del IRU.”*

- Que las fibras sujetas al Contrato Marco fueron segregadas en virtud del mismo, esto es, se permitió conectar una determinada localidad con el tramo segregado para la conexión, para permitir dar servicio en determinadas localidades de la Comunidad Valenciana y Murcia en el tramo Alcudia-Alicante-Murcia.
- Que dado que las fibras sujetas al Contrato IRU y las sujetas al Contrato Marco son equivalentes, es decir existe una duplicidad de red en el mismo tramo, y que, además, dichas fibras no están identificadas de forma individual, ONO considera eficiente para su despliegue de red disponer únicamente de uno de los tramos de fibras alquilados a IBERDROLA.
- Que por ello, ONO considera necesario en el marco de la renegociación de la relación de alquiler (i) o bien sustituir las fibras del Contrato IRU (sin segregar) por las fibras sujetas al Contrato Marco, pasando el uso de las mismas a ser regulado por las condiciones del Contrato IRU, (ii) o bien, poder segregar las fibras del Contrato IRU para poder prestar el



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicio que en la actualidad presta a determinadas localidades de la Comunidad Valenciana y Murcia mediante fibras sujetas al Contrato Marco, y ello, en cualquier caso, a cambio de una contraprestación razonable y sin perjuicio del alquiler de la fibra que une la localidad de destino con el punto de conexión en las fibras del Contrato IRU o en las fibras sujetas al Contrato Marco, según la opción elegida.

- Que el Contrato IRU ni permite ni prohíbe de forma expresa la posibilidad de segregar fibras, si bien IBERDROLA lo ha permitido en otras situaciones.
- Que IBERDROLA, actualmente, ha negado la posibilidad de que ONO segregue la fibras del Contrato IRU, así como la posibilidad de sustituir las fibras del Contrato IRU por la fibras sujetas al Contrato Marco, señalando que, antes de valorar tal petición, ONO debe aceptar las condiciones de precio, penalización por cancelación anticipada, descuentos y procedimiento de permuta de tramos que le ofrece para la renegociación de la relación global de alquiler de fibra para nuevos tramos y para tramos vigentes y que, resultan desproporcionadas y discriminatorias.
- Que, ante la inminente terminación del Anexo 2 A, las partes acordaron prorrogar el plazo del mismo por el período de un mes, esto es, hasta el día 14 de julio, en tanto negociaban las condiciones del futuro contrato único y la modificación del Contrato IRU, en lo que atañe a las fibras del Contrato IRU y a las fibras sujetas al Contrato Marco.
- Que, las negociaciones no han avanzado, razón por la que el 25 de junio de 2007, ONO dirigió a IBERDROLA un burofax en el que se solicitaba que se atendiera, antes del día 2 de julio de 2007, la solicitud de respetar de forma razonable las condiciones adquiridas durante la vigencia de los Contratos firmados, así como la cuestión relativa a la sustitución de fibras solicitada en el marco de la renegociación, anunciando la presentación del presente conflicto de interconexión ante la CMT, ante una eventual negativa o silencio por parte de IBERDROLA.
- Que, dada la imposibilidad de alcanzar un acuerdo sobre las cuestiones planteadas y, ante el burofax de fecha 29 de junio de 2007 remitido por IBERDROLA, en el que se comunica el corte del servicio de las fibras alquiladas al amparo del Anexo 2 A (que incluye el tramo Alcudia-Alicante-Murcia, implicando la interrupción del servicio la imposibilidad de ONO de prestar servicios, entre otras, a poblaciones como Orihuela, donde se cuenta con un total de 4.311 clientes residenciales, 193 pymes y 4 grandes cuentas/operadores a los que ONO actualmente está



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

prestando servicios de comunicaciones electrónicas), se interpone conflicto ante esta Comisión, respecto de las siguientes cuestiones:

- *“Las condiciones relativas al precio, penalizaciones por cancelación anticipada, descuentos y procedimiento de intercambio de tramos, por discriminatorias y desproporcionadas, afectando a la garantía de interoperabilidad de los servicios.*
 - *La negativa a sustituir las fibras del Contrato IRU por las fibras del Contrato Marco o a permitir las segregaciones de las fibras sujetas al Contrato IRU, por afectar tal negativa a la continuidad de los servicios y, en consecuencia, a la interoperabilidad de los servicios.”*
- Que IBERDROLA tiene la obligación de negociar la interconexión en su red de comunicaciones electrónicas con la de ONO en condiciones objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias, de conformidad con los apartados segundo y quinto del artículo 11 de la Ley General de Telecomunicaciones, de 3 de noviembre (en adelante, LGTel) y su normativa de desarrollo.
 - Que la imposibilidad de alcanzar un acuerdo de interconexión perjudica gravemente la garantía de interoperabilidad de los servicios, y afecta uno de los objetivos de la LGTel establecidos en su artículo 3, como es el de fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas.
 - Que las condiciones esenciales de la interconexión como son las relativas al precio, penalizaciones por cancelación anticipada, descuentos y procedimiento de intercambio de tramos ofrecidas por IBERDROLA se alejan de forma sustancial de las que venía disfrutando ONO hasta la fecha, sin que existan razones sobrevenidas que justifiquen una modificación tan desproporcionada del alcance de la que pretende IBERDROLA en el seno de la actual negociación.
 - Que la negativa de IBERDROLA a considerar la cuestión planteada por ONO respecto de las fibras sujetas al Contrato Marco impide su inclusión en el ámbito del acuerdo único global que se pretende suscribir, logrando con ello la percepción de las cantidades correspondientes al alquiler de las mismas como nuevos tramos, y ello con independencia de la exigencia de la propia LGTel de promover una inversión eficiente en materia de infraestructuras.
 - Que, a mayor abundamiento, una eventual negativa de IBERDROLA a la modificación puntual del Contrato IRU que propone ONO, conculcaría la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

garantía de conexión extremo a extremo consagrada en la Directiva 2002/19/CE, al controlar indirectamente IBERDROLA el acceso de los usuarios finales a la red. Y ello, porque la segregación de una fibra permite ofrecer servicio a los usuarios localizados en la zona donde se instala la línea segregada conectada a la red troncal de fibra alquilada a IBERDROLA, teniendo un impacto en la conexión de extremo a extremo de los usuarios al controlar IBERDROLA el acceso a tales efectos.

Formuladas estas alegaciones, ONO solicita a esta Comisión que proceda a:

- (i) *“Fijar las condiciones de precios, penalizaciones por cancelación anticipada, descuentos y procedimiento de permuta para los nuevos tramos que ONO quiera alquilar y también para los tramos alquilados al amparo del Contrato Marco y que siguen vigentes en la actualidad, en la línea a de la propuesta facilitada por ONO a IBERDROLA.*
- (ii) *Sustituir las fibras del IRU por las fibras sujetas al Contrato Marco (que incluyen el tramo Alucía-Alicante-Murcia), pagando las cuotas de mantenimiento del tramo extremo a extremo de conformidad con el IRU y el alquiler del tramo segregado de conexión entre la localidad de destino y el punto de conexión de conformidad con las condiciones que fije la CMT al amparo de lo solicitado en el número anterior.*
- (iii) *Subsidiariamente, en el supuesto de que esa CMT no considere apropiada la sustitución de las fibras del IRU por las fibras sujetas al Contrato Marco, permitir la segregación de las fibras del IRU, asumiendo ONO los costes que resulten de dicha segregación, pagando las cuotas de mantenimiento de las fibras del IRU y el alquiler del tramo segregado de conexión entre la localidad de destino y el punto de conexión con las fibras del IRU, de conformidad con las condiciones que fije la CMT al amparo de lo solicitado en el número (i).”*

Asimismo, ONO solicita de esta Comisión la adopción de la siguiente medida cautelar:

“... se solicita la adopción de la medida cautelar consistente en que Grupo Iberdrola siga prestando a ONO el servicio de alquiler de fibra en el tramo Alucía-Alicante-Murcia incluido en el Anexo 2 A en sus términos actuales hasta la resolución del presente conflicto, a los efectos de asegurar la eficacia de la resolución que recaiga en el mismo, que se justifica por cumplirse los requisitos exigidos por la legislación aplicable para su adopción”.

SEGUNDO.- Con fecha 9 de julio de 2007, mediante sendos escritos fechados el mismo día, y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), se comunicó a los interesados, ONO e IBERDROLA, que había quedado iniciado



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

expediente administrativo para la resolución del conflicto planteado por la primera de estas entidades.

TERCERO.- Con fecha 11 de julio de 2007, IBERDROLA ha presentado escrito de alegaciones en el que afirma, esencialmente, lo siguiente:

- Que un problema en la negociación de las condiciones del arrendamiento de fibra oscura no es un conflicto de interconexión ni un conflicto de acceso, sino una discrepancia entre dos partes sobre un contrato puramente derivado del alquiler de un tramo de red troncal (que ni interconecta la red de ONO con la de IBERDROLA ni da acceso a ONO a la red de IBERDROLA), en cuya negociación ninguna de las dos partes está sujeta a restricción alguna.
- Que la fibra oscura de IBERDROLA alquilada a ONO no es una red pública de comunicaciones electrónicas, ya que a través de ella IBERDROLA no presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.
- Que con fecha 9 de julio de 2007, IBERDROLA ha remitido escrito a ONO mediante el cual le comunica a ésta que los servicios prestados a través de los acuerdos de arrendamiento de fibra oscura se mantendrán hasta el próximo 30 de septiembre de 2007. Durante este plazo, añade IBERDROLA, *“ambas partes pueden llegar a un acuerdo que todavía no han podido alcanzar y, por otro lado, ONO podrá ir buscando alternativas a ese arrendamiento, para el caso de que no haya acuerdo”*.
- Que, en consecuencia, no concurre el requisito del *“periculum in mora”*, que justifique la adopción de la medida cautelar. *“IBERDROLA en un acto de buena fe, ha decidido mantener los servicios y dar un plazo de casi tres meses más a ONO, para intentar llegar a un acuerdo. Esta ampliación de plazo, supone que, a día de hoy no tenga de adoptarse ninguna medida cautelar, puesto que no se va a dejar sin servicio a ONO y, en consecuencia, a sus usuarios”*.

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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial para conocer del conflicto planteado.

ONO ha formulado conflicto frente a IBERDROLA con fundamento en la interrupción por parte de este último operador de la prestación del servicio que venía garantizando al amparo de un contrato firmado entre ambos, que, por la práctica de las relaciones mantenidas entre ambas entidades durante estos años consiste en el alquiler de fibra titularidad de IBERDROLA por ONO.

El objeto del presente procedimiento es resolver sobre la conformidad o no a Derecho de las condiciones y tarifas exigidas por IBERDROLA en su relación contractual con ONO y sobre las demás pretensiones invocadas en relación con los parámetros de negociación entre ambas entidades, tal como solicita ONO en su escrito.

Por su parte, IBERDROLA, manifiesta que no nos encontramos ante un conflicto de interconexión o un conflicto de acceso, sino ante una discrepancia entre dos partes sobre un contrato puramente derivado del alquiler de un tramo de red troncal (que ni interconecta la red de ONO con la de IBERDROLA ni da acceso a ONO a la red de IBERDROLA), en cuya negociación ninguna de las dos partes está sujeta a restricción alguna. En base a lo anterior, a juicio de IBERDROLA, esta Comisión carece de competencia para resolver sobre el fondo de la controversia.

El artículo 48.2 de la LGTel determina cuál es el objeto que tiene este organismo público 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 las materias de telecomunicaciones reguladas en la LGTel, el artículo 48.3.d) de la misma atribuye a la CMT la siguiente función:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“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. (...)”*

El Título II de la LGTel viene rubricado con el título “*Explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de libre competencia*”. A su vez, el Capítulo III de dicho título se refiere al “*Acceso a las redes y recursos asociados e interconexión*”. Interesa recordar el ámbito de aplicación de este capítulo. Así, el artículo 11.1 de la LGTel señala:

*“Este capítulo y su desarrollo reglamentario serán aplicables a la **interconexión y a los accesos a redes públicas de comunicaciones electrónicas** y a sus recursos asociados, salvo que el beneficiario del acceso sea un usuario final”.*

Más aun, en relación con los conflictos que se puedan producir en las relaciones entre operadores, el artículo 11.4 de la LGTel señala 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**”.*

En fin, el artículo 14 del mismo texto legal preceptúa lo siguiente:

“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. (...)”

Por su parte, el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en lo sucesivo, Reglamento de Mercados), reitera los anteriores principios y añade:

“Artículo 22. Principios generales.

1. Las disposiciones de este título, relativas a la interconexión y a los accesos a las redes públicas de comunicaciones electrónicas y a sus recursos asociados, se entenderán aplicables a todos los operadores de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas. (...)”

“Artículo 23. Competencias en materia de acceso e interconexión y condiciones aplicables.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(...) 3. Por su parte, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá atribuidas las competencias siguientes:

a) Podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado.

b) Conocerá de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, de este Reglamento y de otras normas de desarrollo de la citada Ley; a tal efecto, dictará una resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto y las medidas provisionales que correspondan. (...)

Señala IBERDROLA, en su escrito de alegaciones de 11 de julio de 2007, que la red que ésta alquila a ONO no es una red pública de comunicaciones electrónicas, ya que a través de ella, IBERDROLA no presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.

En contra de lo anteriormente señalado, como es conocido por IBERDROLA, la misma está inscrita en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, para explotar una red de comunicaciones electrónicas, consistente concretamente en una red de fibra oscura, sin equipos de conmutación, transmisión, recepción o procesado de señales (derivada de la obtención de su antiguo título habilitante de licencia individual de tipo C1).

El conflicto formulado, que afecta a la interconexión entre dos redes de comunicaciones electrónicas o al acceso a una red de comunicaciones electrónicas (por ONO) es asunto competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en atención a los preceptos mencionados.

En conclusión, esta Comisión es competente para conocer de los conflictos en materia de acceso e interconexión de redes públicas de comunicaciones electrónicas (supuesto en el que nos encontramos) que se planteen entre operadores de red entre sí o entre operadores y empresas que deseen acceder a sus redes y servicios en determinadas condiciones.

SEGUNDO.- Sobre los requisitos necesarios para la adopción de medidas cautelares.

ONO solicita la adopción de una medida cautelar consistente en que se obligue a IBERDROLA a seguir prestando a ONO el servicio de alquiler de fibra en el tramo Alcudia-Alicante-Murcia incluido en el Anexo 2 A en sus términos actuales hasta la resolución del presente conflicto, a los efectos de asegurar la eficacia de la resolución que recaiga en el mismo.

El artículo 72 de la LRJPAC permite al órgano competente para resolver el procedimiento, adoptar medidas cautelares, de oficio o a instancia de parte,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, doctrina y jurisprudencia han 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).
- La existencia de apariencia de buen derecho (*“fumus boni iuris”*) o de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida.
- Previsión razonable de la necesidad y urgencia de la medida (*“periculum in mora”*) para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.
- Proporcionalidad e idoneidad de la medida. Es decir, la inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

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

Segundo. 1.- Habilitación para adoptar la medida cautelar.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares indicando que no se produce vulneración de derechos constitucionales siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, se adopten las medidas cautelares por resolución en Derecho y se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes (Sentencias del Tribunal Constitucional 31/1981, de 28 de julio; 13/1982, de 1 de abril; 66/1984 y 108/1984, de 26 de noviembre y 22/1985, de 15 de febrero).

De conformidad con el artículo 48.12 de la LGTel,

“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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 LGTel 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 e interconexión. 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**”.*

Por su parte, el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado mediante Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante, RCMT), habilita a esta Comisión para, en el ejercicio de sus funciones, adoptar de oficio o a instancia de los interesados, una vez iniciado el correspondiente procedimiento, *“las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia (...) de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”.*

Según el mismo artículo 31 del RCMT, dichas medidas cautelares podrán consistir en órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que se refiere el procedimiento o en la imposición de fianza de cualquier clase, excepto la personal, que sea bastante para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar.

Por último, el citado artículo 31 impide dictar medidas cautelares que puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

De acuerdo con los artículos 48.1 de la LGTel y 2 del RCMT, esta Comisión, en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas, adecuará sus actuaciones a lo previsto en la LRJPAC. Así, conforme a las previsiones contenidas en el artículo 72 de la citada Ley, *“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 suficientes para ello”.*

En definitiva, esta Comisión está habilitada para adoptar medidas cautelares en los procedimientos que tienen por objeto la resolución de conflictos de acceso e interconexión entre operadores.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo. 2.- Apariencia de buen derecho.

Con esta expresión se alude a la verosimilitud o apariencia de que el Derecho asiste al eventual beneficiario de la medida, de manera que la Administración lleva a cabo un ejercicio de predicción sobre la pretensión de fondo, debiendo tomarse en todo caso con mucha cautela dicho presupuesto, pues no se trata de conocer sobre el fondo del asunto, tal y como se ha pronunciado en sucesivas ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, STS de 27 de febrero de 2001, Ar. 1374, ATS de 16 de octubre de 2000, Ar. 9738).

1. El interés público concurrente en el presente conflicto.

El presente conflicto hace referencia al servicio de alquiler de fibra existente entre ONO e IBERDROLA en el marco de su relación contractual.

La citada actividad debe llevarse a cabo de conformidad con la normativa de aplicación, siendo de especial relevancia las condiciones exigibles a los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas recogidas en la normativa sectorial.

Con carácter general, 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 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:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“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)”*.

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, la normativa sectorial nacional ha recogido estos mismos principios.

Así, del análisis preliminar llevado a cabo por esta Comisión y de la información aportada, se desprende claramente que esta Comisión ha de intervenir en la relación contractual entre ONO e IBERDROLA, ya sea la misma de acceso o de interconexión de redes públicas de comunicaciones electrónicas, ello a reserva de lo que se disponga en la resolución final al respecto. Más aun, en base a lo establecido en el **artículo 11.2 de la LGTel**, si se tratara de un supuesto de interconexión, existe una obligación de negociar la interconexión mutua entre operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, con objeto de garantizar la prestación de servicios y su interoperabilidad, y si se tratara de un supuesto de acceso a redes y recursos asociados, en base a lo señalado en el **apartado 4 del mismo artículo**, dicho acceso ha de ser



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adecuado, para lo que esta Comisión puede y debe intervenir, así como para fomentar la interoperabilidad de los servicios y la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3, entre los que se encuentra el de defender los intereses de los usuarios en materia de elección, precio y calidad.

2. La continuidad del servicio que se viene prestando.

En el contexto indicado en el apartado anterior, la concreta medida sobre la que versa la presente Resolución es la de prevenir la interrupción del suministro del servicio de alquiler de fibra que viene prestando IBERDROLA a ONO en el tramo de Alcudia-Alicante-Murcia.

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 interrupción del servicio prestado, el mantenimiento – cuando menos, cautelar- del servicio que se viniera prestando se constituye en una garantía fundamental 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 del acceso o la interconexión:

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 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.

Del mismo modo, mediante Resolución de 21 de diciembre de 2005, se adoptaron por parte de esta Comisión medidas cautelares en el conflicto de acceso presentado pro TELE2 TELECOMMUNICATION SERVICES, S.L. frente a ALBURA TELECOMUNICACIONES S.A. en relación con la supresión de los servicios de acceso indirecto y desagregado compartido por parte de este último operador con el fin de proteger los derechos usuarios que se pudieran ver afectados en caso de interrupción del servicio.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, recientemente, por Resolución de 26 de octubre de 2006 se adoptaron medidas cautelares en el conflicto presentado por Euskaltel, S.A., frente a France Telecom España, S.A. (expediente MTZ 2006/1141), estableciéndose que ambos operadores siguieran contribuyendo a la prestación del servicio telefónico móvil a ciertos clientes afectados por la controversia en los mismos términos y condiciones que se estipulaban en el acuerdo existente con anterioridad entre ambos, con el fin último de proteger los derechos de los usuarios y de que su servicio no se viera perturbado.

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 las aludidas prácticas fraudulentas¹.

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 cesación en la prestación del servicio de alquiler de fibra entre ONO e IBERDROLA no se puede considerar una medida necesaria para asegurar la integridad de las redes frente a un eventual supuesto de anormal utilización de las mismas.

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

En particular, en atención al burofax de fecha 29 de junio de 2007 remitido por IBERDROLA a ONO, aquella comunica el corte del servicio de las fibras

¹ 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 2002 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.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

alquiladas al amparo del Anexo 2 A (que incluye el tramo Alcudia-Alicante-Murcia), hecho que supone, según señala el propio ONO, la imposibilidad de prestar servicios entre otras, a poblaciones como Orihuela, donde cuenta con un total de 4.311 clientes residenciales, 193 pymes y 4 grandes cuentas/operadores a los que ONO actualmente está prestando servicios de comunicaciones electrónicas.

Teniendo en cuenta que la resolución y la consiguiente interrupción del servicio de alquiler de fibra que le está prestando IBERDROLA a ONO no tienen en consideración los derechos de los usuarios finales afectados, cuya salvaguardia es uno de los objetivos y principios de la LGTel (artículo 3 de la misma), debe entenderse que existen indicios razonables para entender que la solicitud de ONO, está motivada para entender que concurre el suficiente *fumus boni iuris*, ello sin prejuzgar el fondo del asunto.

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 servicio que se venía prestando, frente a una supresión anunciada del servicio), y, en ello, dicho fundamento es independiente del que, en su caso, corresponda a la cuestión de fondo. En definitiva, no se prejuzga el fondo del asunto.

Segundo. 3.- Necesidad y urgencia de la medida.

Con fecha 9 de julio de 2007, IBERDROLA ha remitido a ONO una carta mediante la cual le comunica a ésta que los servicios prestados a través de los acuerdos de arrendamiento de fibra oscura se mantendrán hasta el próximo 30 de septiembre de 2007. Durante este plazo, añade IBERDROLA, *“ambas partes pueden llegar a un acuerdo que todavía no han podido alcanzar y, por otro lado, ONO podrá ir buscando alternativas a ese arrendamiento, para el caso de que no haya acuerdo”*.

Entiende por tanto IBERDROLA que desaparece la existencia de *“periculum in mora”* que justifique la adopción de la medida cautelar.

A pesar de que IBERDROLA efectivamente ha manifestado su disposición a formalizar, de forma expresa, la prórroga verbal mantenida, hasta el próximo día 30 de septiembre, esta Comisión considera, que con ello IBERDROLA no justifica convenientemente la desaparición del *“periculum in mora”*.

En efecto, en la carta citada de 9 de julio, IBERDROLA manifiesta que está dispuesta a formalizar de forma expresa dicha prórroga verbal hasta el próximo



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

día 30 de septiembre. Dicha mención parece condicionar la prórroga a una futura formalización expresa.

En virtud de lo anterior, esta Comisión estima necesaria la adopción de la presente medida cautelar para asegurar la eficacia de la posible resolución a adoptar, esto es, que el ritmo del proceso no perjudique fatalmente a quien acude al mismo solicitando tutela judicial.

Concorre, por tanto, el segundo presupuesto para la adopción de la medida, toda vez que en el supuesto de no adoptarse la medida cautelar, los perjuicios que pudieran irrogarse a los usuarios del servicio serían de difícil o imposible reparación.

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 por parte de IBERDROLA, se podría producir en un breve periodo de tiempo, con las correspondientes consecuencias para los servicios que se prestan a un número elevado de usuarios y para la confianza que estos mismos puedan tener en la prestación de los servicios por parte de ONO.

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

La confusión y retraso en la provisión de los servicios que se podría ocasionar a los clientes contratados justifican la adopción de esta medida.

Resulta necesaria, en consecuencia, la adopción de la presente medida cautelar, para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer. Esta Comisión entiende necesario que IBERDROLA siga atendiendo el servicio de alquiler de fibra en el tramo Alcudia-Alicante-Murcia en las condiciones pactadas entre las partes y en vigor en el momento de plantearse el presente conflicto.

Segundo. 4.- Proporcionalidad e idoneidad de la medida.

La medida cautelar que se adopta por medio de la presente Resolución es plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad. Tal y como se ha señalado con anterioridad, la presente medida resulta ser de carácter conservativo al pretender únicamente mantener el servicio prestado por IBERDROLA a favor de los clientes de ONO, frente a los que esta última entidad ha asumido una serie de obligaciones en el marco de los contratos firmados con los mismos. La medida resulta idónea para el objetivo perseguido:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

evitar perjuicios irreparables a ONO (principalmente, su imagen frente a los usuarios finales) y a sus clientes.

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

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.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que los posibles perjuicios que se puedan irrogar a IBERDROLA serían de tipo económico, no siendo, en consecuencia, de difícil reparación, pues se trata de seguir prestando unos servicios que se desarrollaban hasta ahora entre las partes. Además, en este caso no se está poniendo en cuestión que ONO no pague el servicio que le presta IBERDROLA.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Adoptar, en el seno del presente procedimiento, la medida cautelar consistente en que IBERDROLA, S.A. siga prestando a CABLEEUROPA, S.A. el servicio de alquiler de fibra en el tramo Alcudía-Alicante-Murcia, de forma idéntica a como lo viniera prestando hasta ahora en el marco de su relación contractual.

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 Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 VICEPRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Marcel Coderch Collell