



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, 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 04/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 31 de enero de 2013, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se adoptan medidas cautelares en el conflicto presentado por Cableuropa, S.A.U. y Tenaria, S.A. frente a Telefónica Móviles España, S.A.U. en relación con las condiciones de acceso a los servicios de acceso y originación en redes móviles de esta última entidad (MTZ 2012/2554).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de noviembre de 2012 ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) escrito de Cableuropa, S.A.U. y Tenaria, S.A. (en adelante, ONO) por el que plantea conflicto frente a Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME) por la modificación de las condiciones de acceso mayorista de acceso y originación en redes móviles pactadas en virtud del contrato suscrito entre las partes en fecha 30 de marzo de 2007 y la posible extinción de este contrato.

SEGUNDO.- Posteriormente, con fecha 4 de diciembre de 2012, ha tenido entrada un nuevo escrito de ONO trasladando la última propuesta de condiciones mayoristas de TME de fecha 21 de noviembre de 2012.

En su escrito ONO considera que los precios propuestos para los servicios mayoristas de voz, SMS y datos móviles no son razonables siendo, por tanto, contrarios a las obligaciones impuestas a este operador en el marco de la Resolución de 2 de febrero de 2006, por la que se aprobó la definición y el análisis del mercado de acceso y originación mayorista en redes móviles (AEM 2005/933).

TERCERO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 7 de diciembre de 2012 se comunicó a ONO y TME el inicio del presente procedimiento de resolución del conflicto entre las partes solicitándose, igualmente, determinada información necesaria para su instrucción.

CUARTO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 12 de diciembre de 2012, y a raíz de la solicitud a tal efecto de ONO, se procede a declarar confidenciales una serie de elementos del escrito de ONO anteriormente referido, por contener información que afecta al secreto comercial e industrial de este operador.



QUINTO.- Mediante escrito de 21 de diciembre de 2012, ONO dio cumplimiento al requerimiento de información formulado por esta Comisión. TME, por su parte, remitió su escrito con fecha 27 de diciembre de 2012.

SEXTO.- Con fecha 15 de enero de 2013 ha tenido entrada en el registro de esta Comisión escrito de ONO solicitando la adopción de medidas cautelares para garantizar la continuidad de la prestación del servicio de acceso por parte de TME hasta la fecha en la que la CMT resuelva el presente conflicto. En el mismo se aportaba, como Anexo nº 1, un burofax de TME de fecha 31 de diciembre de 2012, por el que este operador manifestaba desvincularse de la oferta formulada en fecha 21 de noviembre.

A los anteriores antecedentes de hecho resultan de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I OBJETO DE LA MEDIDA CAUTELAR

El objeto de la presente medida cautelar es garantizar el mantenimiento de las condiciones de prestación de los servicios mayoristas de acceso y originación móviles que TME viene prestando a ONO en virtud de su acuerdo mayorista de 30 de marzo de 2007 una vez que, de acuerdo con el burofax enviado por TME el 2 de agosto de 2012 se anunciara su intención de no prorrogar dicho acuerdo con vencimiento el 4 de febrero de 2013.

En dicho escrito, TME establecía que su intención de no renovar el acuerdo no era *“obstáculo para el inicio de la renegociación de los términos que pudieran dar lugar a la firma de un nuevo contrato (...)”*. Sin embargo, mediante burofax de 31 de diciembre de 2012 enviado por TME a ONO, este operador se desvincula de la oferta presentada el 20 de diciembre de 2012 para la prestación de los servicios mayoristas de referencia, recordando asimismo a ONO que el *“contrato vigente quedará resuelto de pleno derecho el próximo 4 de febrero de 2013 (...)”*.

En este sentido, ONO ha solicitado una medida cautelar consistente en garantizar el mantenimiento del servicio de acceso prestado por TME hasta tanto la CMT resuelva con la finalidad de asegurar la eficacia de la Resolución que recaiga en el mismo.

II HABILITACIÓN COMPETENCIAL

II.1 COMPETENCIA DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.3, indica que *“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 y en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”*.



El artículo 48.4 d) de la LGTel atribuye a esta Comisión la función de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso a recursos o servicios e interconexión de redes.

Por otra parte, el artículo 48.4 e) del mismo texto legal prevé que la CMT deberá adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios.

Asimismo, el artículo 11.4 de la LGTel establece que esta Comisión 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 señalados en el artículo 3 del mismo texto legal. Entre los objetivos del artículo 3 se encuentran los siguientes:

“a) 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 y en el suministro de los recursos asociados a ellos, velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en la explotación de redes o en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluida la transmisión de contenidos.

[...]

c) Garantizar el cumplimiento de las referidas condiciones y de las obligaciones de servicio público en la explotación de redes y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, en especial, las de servicio universal.

d) Promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, así como la utilización de los nuevos servicios y el despliegue de redes, fomentando la conectividad y la interoperabilidad extremo a extremo de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y el acceso a éstos, en condiciones de igualdad, e impulsar la cohesión territorial económica y social.”

A tales efectos, el artículo 14 de la LGTel dispone que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones conocerá de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivados de la LGTel y de sus normas de desarrollo.

De forma adicional, el marco regulador actual aplicable a los servicios mayoristas de acceso y originación de llamadas en redes públicas de telefonía móvil se encuentra regulado por la Resolución de esta Comisión de 2 de febrero de 2006 anteriormente citada, de conformidad con lo previsto en el artículo 48.4.g) de la LGTel en el que se faculta a esta Comisión para definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas.

Conforme a la referida Resolución, TME, Vodafone y Orange tienen impuesta la condición de (i) *“atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización”*, que entre otros aspectos implica dar acceso a recursos específicos de su red, prestar los servicios necesarios para garantizar la interoperabilidad de los servicios y la interconexión de redes o recursos de extremo a extremo; (ii) *“ofrecer precios razonables por*



la prestación de los servicios de acceso”, que no sean excesivos o comporten una compresión de márgenes de modo que se impida la entrada de un operador eficiente.

En ejercicio de sus funciones en el ámbito de interconexión y acceso, esta Comisión está plenamente habilitada para supervisar la actuación de los operadores y, en particular, para vigilar el estricto cumplimiento de sus obligaciones cuando se trata de operadores con poder significativo de mercado, entre otras cuestiones, para garantizar el equilibrio contractual entre las partes y salvaguardar un interés general como es el de la interconexión y al acceso a las redes en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionadas y basadas en criterios objetivos en interés de todos los usuarios, los cuales son intereses generales dignos de protección que justifican la actuación de esta Comisión. Entre otras, se transcribe, por su carácter ilustrativo, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2008, que especifica que en la resolución de conflictos *“el órgano regulador se atiene a lograr el «equilibrio justo entre los intereses de las partes», con el objeto de garantizar los intereses públicos vinculados a la salvaguarda de la libre competencia entre empresas y el interés de los usuarios”* (FJ 7).

Las competencias enumeradas justifican la intervención de esta Comisión frente a la solicitud planteada por ONO, para lo cual resultará necesario en primer lugar analizar las condiciones de acceso razonable ofrecidas por TME en cumplimiento de sus obligaciones impuestas en el marco de la citada Resolución de 2 de febrero de 2006, así como si los precios ofrecidos para dichos servicios son razonables.

II.2 HABILITACIÓN LEGAL PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

De conformidad con el artículo 48.7 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 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. 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 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC). Así, conforme a las previsiones contenidas en el artículo 72 de la citada LRJPAC, *“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 entre operadores, como sucede en el presente caso.

III ANÁLISIS DE LA CONCURRENCIA DE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

De conformidad con el artículo 72.1 de la LRJPAC, el órgano competente para resolver el procedimiento podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas 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 del mismo precepto, *“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”*.

La doctrina y jurisprudencia han sistematizado los presupuestos necesarios para obtener la tutela cautelar. Tales requisitos son básicamente los siguientes:

- 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.
- La inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

Es necesario que la medida a adoptar sea proporcional e idónea en la ponderación necesaria que hace la Administración entre el interés público que trata de satisfacer la actuación administrativa y los posibles perjuicios que se irroguen a los afectados por la misma.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares indicando que no se produce vulneración de derechos constitucionales, incluso en el caso de que se adopten sin audiencia de las partes, 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 (STC 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 igual modo, el Tribunal Supremo ha señalado en su Sentencia de 17 de julio de 2000¹ que “(...) *la posibilidad de adopción de medidas cautelares sin oír previamente a la persona a la que afectan, no vulnera en sí misma, aquellos derechos constitucionales, pues encuentra justificación en su propia naturaleza, ante la hipótesis no descartable de situaciones urgentes en que sea necesaria su adopción para prevenir la lesión de los bienes jurídicos en peligro, salvaguardándose los referidos derechos en los trámites procedimentales posteriores, en donde deben ser satisfechos los principios de presunción de inocencia y proscripción de la indefensión*”.

Se examina a continuación la concurrencia, en relación con las medidas cautelares solicitadas por ONO, de los requisitos anteriores.

III.1 EXISTENCIA DE UNA NORMA JURÍDICA QUE PERMITA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL MARCO DEL PRESENTE EXPEDIENTE

Como ya se ha señalado en la presente Resolución, esta Comisión está facultada para adoptar medidas cautelares en el presente caso en virtud de lo dispuesto en el artículo 48.7 de la LGTel así como en el artículo 31 del RCMT.

III.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, STS de 16 de octubre de 2000, Ar. 9738).

En el presente apartado se examinan las obligaciones vigentes y su alcance para el presente procedimiento, sin prejuzgar la resolución de fondo que recaiga a la finalización de la tramitación correspondiente.

En primer lugar, TME debe ofrecer un acceso razonable a su red y recursos y servicios asociados a precios razonables de acuerdo con la citada Resolución de 2 de febrero de 2006. Pues bien, el burofax de este operador de 31 de diciembre de 2012, desvinculándose de su oferta de 21 de noviembre de 2012, supone que ONO no contaría actualmente y en el futuro próximo con ninguna oferta de acceso mayorista por parte de TME, más allá de las previsiones realizadas por TME en relación con el periodo de permanencia en su red que ofrece para que ONO se migre a la red de otro operador mayorista.

De esta forma, esta Comisión considera que TME no ofrece actualmente, para el periodo que se inicia el 5 de febrero de 2013 – fecha en la que el contrato existente entre las partes ya no estará en vigor –, un servicio mayorista que suponga un acceso razonable a su red, situación que es contraria a sus obligaciones mayoristas, lo que justifica la intervención de esta Comisión.

En este sentido, TME tiene, al amparo de sus obligaciones específicas impuestas en la Resolución de 2 de febrero de 2006, la obligación de negociar de buena fe y de no retirar el

¹ RJ 2000/3200.



acceso que está suministrando a ONO, y no parece que haya negociado una modificación tan relevante del contrato con la antelación suficiente, ya que según se desprende de las alegaciones de las partes, la primera vez que mencionó la modificación de dichas condiciones fue en un burofax de 3 de agosto de 2012, el último día del plazo antes de que el contrato quedara prorrogado tácitamente por un año, notificando formalmente su intención de poner fin y no prorrogar el contrato en vigor en las condiciones pactadas anteriormente.

De acuerdo con el escrito de ONO de 20 de noviembre de 2012, este operador solicitó, ya en abril de 2012, la renegociación de las condiciones contenidas en el contrato de acceso de 2007 que debían aplicar a los servicios de referencia a partir del día siguiente al 4 de febrero de 2013, fecha en la que vence la última de las prórrogas acordadas entre las partes. A pesar de ello, TME no presentó oferta mayorista alguna hasta octubre de 2012 (en formato presentación) y hasta el 21 de noviembre de 2012 formalmente mediante una propuesta de Addendum al contrato de 2007.

TME alega, en su escrito de 27 de diciembre de 2012, que *“[C]on anterioridad a agosto de 2012, ONO venía manifestando a TME la necesidad de una mejora de las condiciones contractuales, sin que aportara justificación alguna, pero bajo la naturalidad de que cada vez que vence un contrato es lógico pensar en una modificación de las mismas. Estas solicitudes fueron rechazadas por TME en las diferentes reuniones que se mantuvieron al efecto, bajo el argumento de que no eran en absoluto procedentes, en una relación viciada para mantener un adecuado equilibrio de ingresos y márgenes”*.

Del párrafo anterior se deduce que efectivamente ONO y TME habían mantenido negociaciones con anterioridad a agosto de 2012 y que TME, más allá de negar las solicitudes de ONO, nunca clarificó las condiciones mayoristas que proponía a partir de la finalización del contrato. Estas condiciones no fueron comunicadas hasta octubre y noviembre de 2012, reduciendo sensiblemente el periodo de negociación.

TME señala que su intención última era la de renegociar el acuerdo vigente si bien *“resultaba necesario proceder a la denuncia de la prórroga del contrato antes del 4 de agosto de 2012 pues de no hacerlo, en el supuesto de no llegar a buen fin las negociaciones entre las partes sobre las condiciones del nuevo contrato, se produciría la prórroga del mismo y permanecería vigente el contrato con las condiciones firmadas, viéndose las partes a mantener un contrato al menos un año más”*.

Esta Comisión no valora el hecho que TME denunciara el contrato en tiempo y forma de acuerdo con la cláusula tercera del contrato firmado en 2007. Sin embargo sí debe valorar que la concreción de las condiciones que pretendía ofrecer para dar cumplimiento a sus obligaciones regulatorias de acuerdo con la citada Resolución de 2 de febrero de 2006 no fueron comunicadas a ONO hasta mucho después de que este operador solicitara la negociación de las mismas. Este hecho ha reducido sensiblemente el tiempo de negociación de las partes así como los plazos para una eventual actuación de esta Comisión.

Por tanto, esta Comisión estima que, si bien TME podía legítimamente denunciar el contrato de acuerdo con las condiciones fijadas entre las partes, ello no justifica la dilación en la concreción de los elementos que pretendía renegociar así como de la presentación de una oferta mayorista consistente con las obligaciones que tiene impuestas. Esta dilación debe ser, por tanto, tenida en consideración a la hora de establecer la concurrencia de los requisitos para adoptar una medida cautelar – en particular aquí, el de apariencia de buen derecho – dado que ha reducido los plazos de negociación entre las partes, así como para la actuación de esta Comisión.

En segundo lugar, y obviando el hecho de que actualmente no exista dicha oferta mayorista, esta Comisión debe recordar a TME que debe ofrecer sus servicios mayoristas móviles a



precios razonables, esto es, que no sean excesivos o comporten una compresión de márgenes de modo que se impida la entrada de un operador eficiente.

A este respecto, la oferta presentada por este operador el 21 de noviembre de 2012 suponía las siguientes modificaciones: **[CONFIDENCIAL]**

Como puede observarse, algunas de las modificaciones anteriores impactan en el acceso y en los precios mayoristas ofrecidos, por lo que podrían resultar no razonables de acuerdo con las obligaciones impuestas a TME, tal y como estima ONO en su escrito. Efectivamente, en la medida en que las modificaciones incluidas en la oferta de 21 de noviembre de 2012 supusieran precios excesivos o comportaran una compresión de márgenes con respecto a los precios minoristas fijados por este operador, ésta debería considerarse no razonable y, por tanto, contraria a las obligaciones fijadas por esta Comisión en la citada Resolución de 2 de febrero de 2006. Además, las restricciones relativas a la actualización de las tecnologías podrían suponer que el acceso mayorista ofrecido no fuera suficiente para garantizar un acceso adecuado de conformidad con las obligaciones impuestas en el mercado de referencia.

Es importante señalar que, de acuerdo con estimaciones preliminares y sin prejuzgar el sentido de la Resolución que finalmente se adopte, las modificaciones en las condiciones económicas propuestas por TME suponen un impacto relevante sobre los precios vigentes. Así, por una parte, la modificación respecto de **[CONFIDENCIAL]**.

En relación con los servicios **[CONFIDENCIAL]**.

Sin perjuicio del análisis en profundidad que deberá hacerse en el marco de la resolución definitiva que se adopte, estos incrementos, al igual que otras condiciones ofrecidas por TME, podrían resultar no razonables, por lo que permiten fundar un juicio indiciario de que la petición de intervención de ONO podría estar justificada a la vista de las obligaciones de TME vigentes. Asimismo, esta Comisión debe velar por el mantenimiento general de la competencia en la explotación de redes de comunicaciones electrónicas y por el acceso a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas en condiciones de igualdad, debiendo garantizar la pluralidad de oferta de servicios (artículos 3 y 48.4 e) de la LGTel).

En definitiva, esta Comisión estima que en el procedimiento de referencia existen indicios razonables para entender que concurre el suficiente *fumus boni iuris*. Por una parte, TME debe, de acuerdo con sus obligaciones como operador designado con PSM en el mercado de acceso y originación móviles, ofrecer un acceso a su red a precios razonables. Por tanto, la petición de ONO es consistente con la actual situación regulatoria. Sin embargo, TME, a día de hoy, no está ofreciendo a ONO dicho acceso razonable para el periodo que comienza el 5 de febrero de 2013, en la medida en que se ha desvinculado de su oferta de 21 de noviembre de 2012, limitando sus servicios mayoristas al periodo que ha ofrecido exclusivamente para la migración a otro operador host.

Además, con independencia de que actualmente no haya una oferta mayorista concreta, la última conocida por esta Comisión suponía modificaciones relevantes e incrementos sustanciales en los precios mayoristas, lo que podría resultar, sin perjuicio de las conclusiones que se alcancen en la Resolución definitiva, en unos precios o condiciones de acceso no razonables, como señala ONO.

Resta determinar en qué condiciones debe mantenerse dicho acceso. En la medida en que, como ya se ha señalado, para el periodo posterior al 5 de febrero próximo, TME no cuenta actualmente con una oferta para ONO con unas condiciones diferentes a las vigentes en virtud del acuerdo de 2007, ello inclina a esta Comisión a mantener dichas condiciones más allá de la fecha señalada del 5 de febrero de 2013, hasta el momento de la resolución del presente conflicto.



Por tanto, cabe estimar que la solicitud de ONO respecto a la necesidad de intervención cautelar estaría justificada en las obligaciones vigentes impuestas a TME, dado este análisis preliminar de la información obtenida.

III.3 NECESIDAD Y URGENCIA DE LA MEDIDA

Concurre el segundo presupuesto para la adopción de las medidas citadas en el apartado anterior, toda vez que, de no adoptarse la medida cautelar, el contrato entre ONO y TME quedaría resuelto de acuerdo con el burofax de 31 de diciembre de 2012 citado anteriormente. En este escenario es necesario adoptar una medida cautelar con antelación a la fecha de finalización del contrato al efecto de evitar los perjuicios que pudieran irrogarse a ONO o a los usuarios del servicio, dado que serían de difícil o imposible reparación en el supuesto de que finalmente llegar a estimarse su solicitud en el presente procedimiento.

En primer lugar, TME no está garantizando, como se ha señalado en el epígrafe anterior, un acceso razonable a ONO y, de acuerdo con su burofax, únicamente garantiza el suministro mayorista durante **[CONFIDENCIAL]** para asegurar la correcta migración de los clientes de ONO a otro operador *host*. ONO, en su contestación al requerimiento de información señala que el proceso de migración supondría un plazo de **[CONFIDENCIAL]** y un coste aproximado de **[CONFIDENCIAL]**. TME, por su parte, alega que el plazo ofrecido de **[CONFIDENCIAL]** es suficiente para garantizar la migración a la vista de la experiencia de este operador en situaciones similares.

Como se puede observar existe una gran discrepancia entre el plazo que TME considera suficiente para que ONO realice los trabajos necesarios para que se produzca la migración de la totalidad de la base de clientes de ONO y la estimación realizada por este último.

A este respecto cabe señalarse que para garantizar la continuidad del servicio en una migración como la que debería realizar ONO deben producirse los siguientes hitos:

- (i) Llegar a un acuerdo detallado entre el nuevo operador *host* y el OMV completo en el que se fije, desde el punto de vista técnico, la solución a implementar para la prestación del servicio de acceso. En el mismo es necesario detallar tanto la solución técnica (esquema de los distintos flujos de llamadas en función de su tipología, número de rutas y su dimensionamiento, ubicación de estas, etc.) como los procedimientos operativos (sistemas de provisión, de mediación, de facturación, etc.);
- (ii) Proceder a la implementación del acuerdo técnico alcanzado. En esta fase se procedería a la ejecución de trabajos de configuración de las respectivas redes para adecuarlas a la solución técnica pactada y la adaptación de los procedimientos operativos.
- (iii) Establecer un periodo de pruebas en la que se deberían realizar las correspondientes pruebas, al objeto de asegurar que la solución técnica y los procedimientos se han implementado correctamente.

Únicamente una vez finalizados de forma exitosa todos estos pasos ONO estaría en condiciones de iniciar la migración masiva de su cartera de clientes a la red del nuevo operador *host*.

A la vista del volumen de trabajos que se deberían llevar a cabo de forma conjunta y coordinada ONO y su nuevo operador *host* para realizar la migración con garantías de continuidad de servicio así como el hecho de que el planteamiento de ONO durante la negociación no contemplara el escenario de cambio de operador *host*, por lo que este operador no ha podido iniciar internamente estos trabajos, el análisis preliminar del plazo de migración propuesto por TME indica que podría resultar insuficiente para que ONO pueda



proceder a migrar toda su base de clientes con las garantías necesarias de continuidad del servicio.

En este sentido es pertinente señalar que el ejemplo tomado como modelo por TME para justificar el plazo de **[CONFIDENCIAL]** presenta una serie de características que invalidan tanto la posibilidad de comparar ambos escenarios como la conclusión alcanzada por TME. En primer lugar, TME desconoce el momento en el que **[CONFIDENCIAL]** tomó la decisión de migrar de *host*, por lo que asimismo, desconoce el momento en el que este OMV inició internamente los trabajos necesarios. De hecho, este OMV señaló, como respuesta a un requerimiento de información realizado por esta Comisión en el seno del procedimiento RO 2012/1265, que el tiempo que requirió para realizar todas las tareas necesarias para llevar a cabo la migración fue significativamente superior al plazo ahora propuesto por TME.

Por otra parte, las soluciones técnicas utilizadas por ONO y **[CONFIDENCIAL]** para prestar sus servicios bajo el modelo de OMV completo no son comparables por lo que resulta complejo extraer conclusiones sobre la complejidad del proceso de migración y su duración. En particular, existe una divergencia significativa en relación con la arquitectura de red elegida para proveer el servicio de roaming a sus respectivos clientes. Este hecho conlleva que existan diferencias notables en cuanto a los procesos y tiempos necesarios para llevar a cabo alguno de los procesos requeridos para que el OMV completo se desvincule completamente del anterior operador *host*.

En definitiva, ante las discrepancias entre los plazos necesarios para el proceso de migración entre ambos operadores así como el riesgo de que, a la vista de los análisis preliminares realizados, ese plazo fuese superior al establecido por TME, esta Comisión considera que es esencial garantizar la continuidad en la prestación del servicio frente a los clientes finales que, de acuerdo con los datos aportados por ONO, ascienden a **[CONFIDENCIAL]**.

También es necesario considerar el irreparable perjuicio que supone iniciar el proceso de migración en caso de que su solicitud fuera finalmente estimada tanto de cara a sus clientes finales como por los costes en que debe incurrir para iniciar el proceso de migración.

Así, en primer lugar, como se ha dicho, el plazo de **[CONFIDENCIAL]** podría resultar insuficiente para garantizar una migración de los clientes de ONO por lo que existe un riesgo de que, sin la intervención de esta Comisión, los clientes finales pudieran ver perturbados o interrumpidos los servicios que tienen contratados con este operador. Esta situación, además de los perjuicios para los propios usuarios finales, tendría unos efectos negativos para la viabilidad competitiva de este operador, con un claro menoscabo de su imagen en el mercado derivado de la modificación unilateral de las condiciones contractuales a sus clientes para adaptar las mismas a las nuevas condiciones mayoristas establecidas. Esos efectos afectarían tanto a los servicios móviles como a los fijos y de banda ancha dada la tendencia vigente que inició el Grupo Telefónica, al que pertenece TME, caracterizada por ofertas convergentes de servicios fijos y móviles.

Además ONO ha estimado en su contestación al requerimiento realizado por esta Comisión que los costes asociados al proceso de migración ascenderían a **[CONFIDENCIAL]**. Es evidente que estos costes serían irrecuperables en caso de que esta Comisión optara por estimar las demandas interpuestas por este operador.

Por tanto, esta Comisión estima que concurren los requisitos de necesidad y urgencia de la medida. Por una parte, la adopción de la medida cautelar resulta necesaria dada la fecha de finalización del contrato así como la comunicación de TME por la que se desvincula de su última oferta mayorista. De esta forma, a partir de la finalización del contrato, únicamente estaría asegurada la prestación de los servicios mayoristas si ONO decide migrarse a otro operador *host* – para lo cual tendría que asumir los costes anteriormente citados – y,



además, únicamente durante **[CONFIDENCIAL]**, plazo a juicio de esta Comisión podría resultar insuficiente, con el consiguiente riesgo para la continuidad, en las condiciones actuales, de los servicios a los usuarios finales.

Así, la adopción de las presentes medidas cautelares pretenden evitar que ONO inicie este proceso de migración, a todas luces costoso, ante la eventual estimación de sus pretensiones en la Resolución definitiva que esta Comisión podría dictar. Por tanto, concurre sobradamente la circunstancia de necesidad y urgencia en la adopción de la presente medida, para evitar que ONO tenga que incurrir en los costes descritos anteriormente derivados del inicio del proceso de migración.

Esta urgencia también determina que se haya prescindido en este caso del trámite de audiencia a TME. La adopción de la medida "inaudita parte" se considera necesaria en virtud de las circunstancias de urgencia y razonabilidad que concurren en el presente caso, permitiéndose a los interesados que en la tramitación del procedimiento en curso manifiesten lo que a su derecho e intereses convenga.

III.4 PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA

Como se ha justificado en los apartados anteriores, esta Comisión considera que se ha justificado la adopción de una medida cautelar encaminada a garantizar el acceso mayorista por parte de ONO más allá de la fecha de resolución del contrato el 4 de febrero de 2013. Efectivamente, después del burofax de TME de 31 de diciembre de 2012, dicha prestación únicamente estaba garantizada, y por un periodo que podría resultar insuficiente, a los efectos de migrar a los clientes de ONO a otro operador.

Como se ha señalado anteriormente, en el apartado III.1, esta Comisión entiende que, en la medida en que, como ya se ha señalado, TME no cuenta actualmente con una oferta para ONO con unas condiciones diferentes a las vigentes en virtud del Acuerdo de 2007, para el periodo que comienza el próximo 5 de febrero y, dadas las discrepancias sobre las condiciones negociadas, ello inclina a esta Comisión a mantener las condiciones del contrato actualmente en vigor más allá de la fecha señalada del 4 de febrero de 2013, en que en principio pudiera quedar resuelto entre las partes.

La fijación de estas condiciones se considera idónea y plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad², habiéndose llevado a cabo la necesaria ponderación entre el interés público que se trata de satisfacer y los posibles perjuicios que se podrían irrogar a los afectados por la misma. En este sentido, la medida cautelar que se acuerda por medio de la presente Resolución no viola derechos amparados por las leyes ni ocasiona perjuicios de difícil o imposible reparación (artículo 72.3 de la LRJPAC).

Efectivamente, que esta Comisión imponga a TME la continuidad del suministro no le supone perjuicio alguno en la medida en que el propio operador ya lo había previsto, si bien en condiciones diferentes, en su oferta de 21 de noviembre de 2012. Abundando en lo anterior, y en la medida en que el periodo de tramitación del presente expediente coincida, en su mayor medida, con el periodo garantizado a ONO para el periodo de migración, la presente medida cautelar no afectará en ninguna forma, de hecho, las condiciones ya asumidas por TME. Por el contrario, la adopción de la presente medida cautelar evita a ONO

² El principio de proporcionalidad exige que los medios adoptados sean adecuados para lograr el objetivo perseguido y no rebasen los límites de lo que resulta necesario para su logro, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos, ver asunto C-331/88, *Fedesa*, sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1990.



iniciar el periodo de migración y los costes que ello supondría, así como elimina el riesgo de que el periodo de migración previsto por TME sea, como aparentemente resulta según se ha indicado anteriormente, insuficiente para dicho proceso.

En relación con las condiciones de prestación de los servicios mayoristas, esta Comisión considera que mantener las actualmente vigentes de acuerdo con el contrato de 2007 resulta la medida más proporcional y la que otorga la mayor seguridad jurídica. Así, en caso de que las condiciones finalmente fijadas por esta Comisión fueran aceptadas por ONO, éstas serían de aplicación a partir del 5 de febrero de 2013, sin que existiera perjuicio alguno para TME.

Por el contrario, en caso que ONO optara por no continuar con la prestación por parte de TME de los servicios mayoristas a la vista de las condiciones fijadas por esta Comisión en la Resolución definitiva, no se producirían grandes perjuicios para ninguna de las partes. Así, cabe recordar que TME ya ha ofrecido un plazo de **[CONFIDENCIAL]** para la migración de ONO a un nuevo *host* **[CONFIDENCIAL]**. Todo lo anterior, sin perjuicio de las condiciones y plazos de migración que finalmente se pudieran fijar en la Resolución definitiva.

Conforme a los anteriores hechos y fundamentos de derecho, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Adoptar, en el seno del presente procedimiento, la siguiente medida cautelar:

Telefónica Móviles España, S.A. deberá mantener la continuidad del acceso mayorista que ofrece a Cableuropa, S.A.U. y Tenaria, S.A. al amparo del contrato para la prestación del servicio mayorista de acceso y originación móvil suscrito entre ambas partes con fecha 30 de marzo de 2007, en las mismas condiciones que las previstas en dicho contrato.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el artículo 22.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha de 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), 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 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.



El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.