



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 26/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 5 de julio de 2012, 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 XFERA MÓVILES, S.A. FRENTE A TELEFÓNICA MÓVILES, S.A.U. EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE ROAMING Y EL SERVICIO HSPA+ (MTZ 2012/1340).

1 Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Escrito presentado por Xfera Móviles, S.A. instando el inicio del conflicto contra Telefónica Móviles, S.A.U.

Con fecha 28 de junio de 2012 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, la "Comisión") escrito de Xfera Móviles, S.A. (en adelante, Xfera) por el que plantea conflicto contra Telefónica Móviles, S.A.U. (en adelante, TME) tras la comunicación recibida de TME relativa a un presunto incumplimiento del contrato de roaming suscrito entre ambas entidades con fecha 29 de abril de 2008. Al mismo se adjuntaba diversa documentación relativa a dicho contrato así como las comunicaciones intercambiadas entre Xfera y TME con motivo de la disputa que ha dado origen al conflicto.

Xfera y TME mantienen una diferencia sobre la inclusión de determinados servicios en el contrato de roaming, denominados "servicios de acceso HSPA+", que Xfera considera incluidos en el mismo y TME no, considerando por tanto que una reciente campaña comercial denominada "Tarifa Infinita" en la que se publicitan dichos servicios HSPA+ infringe el acuerdo de roaming.

Concretamente, TME remitió con fecha 13 de junio de 2012 una comunicación por conducto notarial a Xfera en los siguientes términos:

[CONFIDENCIAL]

Por su parte, Xfera remitió por el mismo medio una comunicación a TME con fecha 15 de junio de 2012 en la que se oponía a su pretensión en los siguientes términos:

[CONFIDENCIAL]

En el escrito que plantea el conflicto, Xfera argumenta que la motivación real de la actuación de TME no responde a la salvaguarda de sus legítimos derechos e intereses, sino al intento



de expulsar a un competidor, aprovechando la débil posición de los operadores que, como Xfera, requieren de un servicio mayorista para poder competir en el mercado. Por ello solicita que se declare que los servicios HSPA+ son objeto del contrato y por tanto que Xfera no ha incumplido el mismo.

Xfera solicita también la adopción de una medida cautelar por parte de esta Comisión para evitar una posible resolución del acuerdo hasta la resolución del conflicto planteado, incluso sin haber oído a TME. En apoyo de su pretensión, argumenta que (i) la resolución de la CMT carecería de eficacia en el supuesto de que TME hubiera procedido ya a rescindir el contrato; (ii) la adopción de una medida cautelar no causa perjuicios de difícil o imposible reparación por cuanto que TME lleva consintiendo el uso del servicio HSPA+ desde hace varios meses, servicio por el que percibe además un precio [CONFIDENCIAL]; (iii) el carácter urgente se justifica por el breve plazo otorgado a Xfera para que ésta se conforme a las exigencias de TME, que habría vencido el 28 de junio de 2012.

SEGUNDO.- Escrito de Xfera de 29 de junio de 2012

Con fecha 29 de junio de 2012, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Xfera en el que se contenía información sobre el estándar HSPA y HSPA+ delimitados por la Asociación GSM.

TERCERO.- Notificación a las partes de la iniciación del procedimiento

Por medio de escrito con registro de salida 2 de julio de 2012 se comunicó a TME y Xfera el inicio del procedimiento de conflicto.

CUARTO.- Escrito de TME de 3 de julio de 2012

Con fecha 3 de julio de 2012 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TME en relación con el conflicto en el que manifiesta lo siguiente:

- Que *“el escrito presentado por Yoigo referente a un inexistente conflicto de acceso pretende trasladar a la CMT que existe un riesgo inminente de interrupción del servicio mayorista de roaming nacional que presta TME a Yoigo”* aunque *“el riesgo de interrupción sobrevenida es sólo resultado de una deformación intencionada de la realidad por parte de Yoigo para provocar un estado de alarma que dé lugar a una innecesaria e improcedente medida provisional por parte de la CMT”*.
- Que *“efectivamente, se han planteado entre Yoigo y TME diferencias interpretativas sobre el alcance del contrato de roaming nacional, en particular en cuanto a la inclusión de la tecnología de acceso radio HSPA+”*.
- Que tales diferencias son objeto de análisis por las partes, *“siendo voluntad de Telefónica avanzar en la misma de acuerdo con el principio de buena fe contractual en aras a alcanzar una conclusión satisfactoria para ambas partes”*.
- Que *“por todo ello la suspensión por TME del servicio mayorista de roaming nacional que presta a Yoigo sólo se producirá, en su caso, conforme exige a las normas vigentes, es decir, previa autorización de la CMT, que en este caso no hemos solicitado”*.

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



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 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 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 (AEM 2005/933), 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 de extremo a extremo y la interconexión de redes o recursos; (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.

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 e interconexión de redes.

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.

Por su parte, la letra a) del apartado 3, 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 (en adelante, el Reglamento de Mercados), dispone 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. Asimismo, la letra b) señala que conocerá de los conflictos en materia de interconexión y acceso, y a tal efecto, dictará una resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto y las medidas provisionales que correspondan.

En ejercicio de sus funciones en el ámbito de interconexión y acceso, esta Comisión está plenamente habilitada para supervisar la actuación de los operadores, entre otras cuestiones, para garantizar el equilibrio contractual entre las partes y salvaguardar un interés general como es el de la interconexión de 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, transcribimos 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 Xfera, para lo cual resulta necesario analizar el contrato de roaming entre Xfera y TME al objeto de determinar (i) si el servicio HSPA+ se encuentra incluido en el ámbito del contrato; (ii) la valoración de si Xfera ha incurrido en una conducta susceptible de calificarse como un incumplimiento grave del contrato que ampare una posible resolución del mismo.

SEGUNDO.- 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 con respecto a la solicitud de medidas cautelares planteada por Xfera en el escrito de interposición del conflicto.

TERCERO.- 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 Xfera, de los requisitos anteriores.

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 dos cuestiones relativas a la disputa entre TME y Xfera, sin prejuzgar la resolución de fondo que recaiga a la finalización de la tramitación correspondiente. La primera se refiere a la inclusión de los servicios HSPA+ dentro del ámbito del contrato de roaming². La segunda aborda la cuestión de la incidencia denunciada por TME como motivo para justificar un incumplimiento contractual grave que pudiera dar lugar a la resolución del acuerdo de roaming.

Características de la tecnología HSPA y sus actualizaciones

Con carácter preliminar, debe hacerse referencia a las características de la tecnología HSPA.

Se trata de un estándar definido por el Third Generation Partnership Project (3GPP)³ compuesto por un conjunto de tecnologías que permiten a las redes móviles de tercera

¹ RJ 2000/3200.

² A su vez, se distingue entre HSDPA (High Speed Downlink Packet Access) y HSUPA (High Speed Uplink Packet Access), canal descendente y ascendente respectivamente.

³ En él se establecen las bases del sistema 3G de la misma manera que en su día se hizo con la introducción del estándar



generación (3G) ofrecer un mayor ancho de banda de transmisión de datos y, en consecuencia, proporcionan un mayor aprovechamiento del espectro radioeléctrico disponible. El conjunto de tecnologías introducidas en el estándar HSPA suponen una evolución de las redes 3G y por ese motivo son conocidas comúnmente como sistemas 3,5G. Esta evolución tecnológica redundará en un beneficio a los usuarios al (i) poder disfrutar de velocidades de transmisión de datos más elevadas y además (ii) reducir significativamente la latencia de las comunicaciones favoreciendo, de este modo, una mayor penetración de servicios con elevados requisitos de interactividad como son las llamadas de voz sobre IP (VoIP) o las videoconferencias.

Las primeras versiones de HSPA permitían velocidades de transmisión en el sentido descendente (desde la red al usuario) de hasta 14 Mbps de bajada y 384 kbps de subida (*release 5*). En la versión siguiente (*release 6*), se mejoraba igualmente el canal ascendente aumentando la velocidad máxima hasta los 5,7 Mbps. En la actualidad, el estándar ha evolucionado significativamente gracias al empleo de técnicas sofisticadas de compresión de la información (modulaciones de la señal de mayor grado) o el empleo simultáneo de múltiples antenas (técnicas MIMO, *multiple input multiple output*). Todas las nuevas técnicas combinadas (que pueden identificarse con lo que TME identifica en la comunicación remitida a Xfera como HSPA+) pueden llegar a ofrecer en la *release 8* de velocidades de hasta 42 Mbps (en sentido descendente) y 11 Mbps (en sentido ascendente).

El propio 3GPP no parece diferenciar las últimas versiones de HSPA como una tecnología diferente, sino como evoluciones tecnológicas de dicho estándar. Es decir, el hecho de que el sector se refiera a los últimos avances en HSPA como HSPA+ debe ser tenido en cuenta como una forma de hacer referencia al estándar HSPA cuando se emplean modulaciones de mayor orden y/o técnicas MIMO. Del mismo modo, el recorrido de la tecnología HSPA no finaliza en HSPA+, sino que ya existen nuevas versiones basadas en el uso combinado de diferentes bandas de frecuencia que permitirán conseguir velocidades agregadas aún mayores (versiones normalmente conocidas como Dual-Cell HSPA+).

De todo ello una conclusión preliminar y sin perjuicio de un examen más detallado lleva a considerar que la versión HSPA+ podría estar incluida dentro de una evolución tecnológica del estándar HSPA.

Inclusión de la tecnología HSPA+ en el contrato de roaming

A la luz de lo anterior, resulta preciso examinar las cláusulas contractuales relativas (i) al objeto del contrato y las tecnologías cubiertas por él; (ii) el modo en que las partes acuerdan la incorporación de actualizaciones tecnológicas.

[CONFIDENCIAL]

De la lectura de las previsiones contractuales enumeradas cabe realizar las siguientes observaciones:

- No se puede concluir a priori que la tecnología HSPA+ se encuentre a día de hoy fuera del ámbito del contrato de roaming suscrito por las partes. Además de lo ya indicado en el anterior apartado (en el que se hacía referencia a que HSPA+ no parece que pueda, en un examen preliminar y sin perjuicio de un examen más detallado, ser necesariamente considerada como una tecnología diferente, sino que podría ser una evolución tecnológica del estándar HSPA), [CONFIDENCIAL]. De hecho, TME ofrece a sus clientes servicios de datos móviles mediante tecnología HSPA⁴, por lo que, [CONFIDENCIAL].

UMTS. Del mismo forman parte diversas entidades de normalización (incluida la ETSI) así como asociaciones que agrupan a los operadores, como la GSM Association.



- El contrato contempla la posibilidad de que la inclusión de novedades tecnológicas requiera de adaptaciones en las redes de los operadores. A este respecto, TME y Xfera tienen un cauce procedimental específico [CONFIDENCIAL].

En este caso, sin embargo, un examen preliminar, sin perjuicio del análisis detallado a lo largo del procedimiento, lleva a considerar que tal adaptación en las redes no ha sido necesaria. Y ello porque la posibilidad de que los clientes de Xfera hayan podido acceder a la tecnología no ha sido promovido por ninguna adaptación ad-hoc en la red de TME para los clientes de Xfera (muestra de ello es que estos clientes han podido disfrutar de la nueva versión HSPA+ desde su introducción y una vez adquirido un terminal con las prestaciones adecuadas). Por el contrario, el supuesto en el que se quiera limitar el acceso de los usuarios de Xfera a la versión HSPA+ debe venir acompañado de actuaciones concretas en los sistemas de los operadores para acotar la velocidad máxima.

Tal y como indica Xfera en la carta remitida a TME, la inclusión o no de los servicios “podría ser en todo caso una discrepancia entre las partes acerca de la interpretación del Contrato” que podría dar lugar, en su caso, a una posible negociación de las condiciones (que parece que podrían estar limitadas a las condiciones comerciales). Sin embargo, no parece que se trate de un “uso ilegítimo de los servicios de acceso HSPA+” a que hace referencia TME en su comunicación de 13 de junio de 2012, sino que, en su caso, podría requerir un determinado cauce contractual para fijar las condiciones concretas de carácter técnico y económico para su incorporación.

Supuestos de resolución del contrato de roaming

TME parte de la premisa de haber incurrido Xfera en un incumplimiento grave del contrato de roaming y, al amparo de las previsiones contractuales, TME estaría facultado para proceder a la resolución del mismo. Por ello, resulta necesario examinar los términos de dicho contrato para verificar si se justifica la concurrencia de tales circunstancias.

No parece que en el presente caso se haya acreditado el incumplimiento de lo que parece formar parte de las obligaciones esenciales del contrato. La cláusula quinta en la que se establecen las obligaciones de las partes establece como tales para Xfera las siguientes:

[CONFIDENCIAL]

Por otro lado, entre los supuestos de extinción del contrato previstos en la cláusula décima como consecuencia de incumplimientos contractuales por una de las partes, sin prejuzgar el resultado final del presente procedimiento y atendiendo a los elementos aportados por TME en la comunicación remitida a Xfera, la denuncia de TME no ha acreditado su concurrencia en ninguno de los supuestos contractualmente previstos, que serían los siguientes:

[CONFIDENCIAL]

En definitiva, la actuación de Xfera de utilización de la tecnología HSPA+ no parece implicar en un examen preliminar un incumplimiento de lo que parece configurarse como el listado de obligaciones esenciales del contrato. Tampoco TME ha acreditado la concurrencia de una causa de resolución del contrato de roaming (como por ejemplo podría ser la previsión genérica de [CONFIDENCIAL]).

TME procede a realizar una interpretación unilateral del contrato que en todo caso lo que podría suponer es una negociación de la incorporación de nuevos “elementos o servicios” conforme a las condiciones contractualmente pactadas. En estas circunstancias, la amenaza

⁴ Ver http://www.movistar.es/Microsites/apple/es/pdf/c_uso_internet_movil.pdf



de resolución del contrato parece a todas luces injustificada cuando, además, tal y como se ha indicado en el apartado anterior, el acceso HSPA+ [CONFIDENCIAL]

En su escrito de 3 de julio de 2012, TME manifiesta que la interrupción del servicio mayorista se producirá en su caso conforme a las normas vigentes y previa autorización por parte de esta Comisión. Igualmente indica que las partes están analizando alcanzar una conclusión satisfactoria para las partes. En relación con esta cuestión, cabe indicar que tal cambio de criterio parece razonable, aunque no minimiza en términos absolutos el riesgo de que pudiera llegar a realizarse una resolución del contrato en el transcurso del procedimiento. Asimismo, TME podría igualmente adoptar otras medidas relacionadas con los términos y equilibrio de la negociación entre las partes en el marco de la disputa mantenida, como es el de conminar a Xfera a la desconexión de los servicios HSPA+ que solicitó TME en la comunicación remitida a Xfera con fecha 13 de junio de 2012 y a la que no se refiere expresamente en su escrito de 3 de julio de 2012 o a que Xfera deje de prestar dichos servicios a sus clientes.

Además de lo anterior, debe mencionarse la necesaria protección de los derechos de los usuarios así como el posible impacto que pudiera acarrear la resolución del contrato de roaming entre Xfera y TME o la adopción de otras medidas a las que se ha hecho referencia en el anterior párrafo de cara a éstos.

Por todo ello, se concluye que en el presente caso concurren las circunstancias que constituyen base suficiente para adoptar una medida cautelar.

Periculum in mora

Concorre el segundo presupuesto para la adopción de las medidas citadas en el apartado anterior, toda vez que, de no adoptarse la medida cautelar y en el supuesto de que TME procediera a la resolución del contrato de roaming, los perjuicios que pudieran irrogarse a Xfera o a los usuarios del servicio serían de difícil o imposible reparación en el supuesto de que finalmente llegar a estimarse su solicitud en el presente procedimiento.

En este sentido, es esencial garantizar la continuidad en la prestación del servicio frente a los clientes finales en los términos en que éste se realiza a día de hoy, particularmente considerando que, tal y como se ha expuesto anteriormente, un examen preliminar no lleva a la conclusión de que se haya producido un claro incumplimiento grave por parte de Xfera que pudiera justificar la resolución contractual del acuerdo de roaming suscrito con TME u otras medidas en el marco de la negociación con Xfera, como los relativos a la desconexión a los servicios HSPA+ a que se instó a Xfera. También resulta necesario tener en cuenta el irreparable perjuicio que podría causarse a Xfera de cara a sus clientes en el supuesto de que éstos se vieran perturbados o interrumpidos en el servicio, con el claro menoscabo de la imagen de Xfera en el mercado que ello podría implicar.

Lo anterior lleva a concluir que la adopción de la medida resulta necesaria para evitar el riesgo de que TME pudiera proceder a la resolución del contrato de roaming u otras medidas en el marco de la negociación con Xfera, como los relativos a la desconexión de los servicios HSPA+ a que se instó a Xfera antes de que esta Comisión dicte una decisión sobre la disputa objeto del procedimiento.

En lo que se refiere a la urgencia de la medida, cabe destacar que el plazo de quince días para proceder a la desconexión de los servicios comenzó a contar desde el día en que le fue remitida la comunicación a Xfera el 13 de junio de 2012, por lo que habría terminado el día 28 de junio de 2012. Por tanto, también concurre la circunstancia de urgencia en relación con la adopción de la medida cautelar que evite la resolución del contrato u otras medidas como la relativa a la desconexión de los servicios HSPA+.



Precisamente, esa urgencia también determina que se haya prescindido en el presente caso del trámite de audiencia de 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.

Inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes

La medida cautelar adoptada en la presente Resolución es plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad. Este 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.

Tal y como se ha señalado con anterioridad, se pretende mantener la prestación de los servicios del contrato de roaming suscrito por Xfera y TME en los términos actuales, evitando perjuicios a los abonados y a la propia Xfera.

La medida que se acuerda por medio de la presente Resolución no viola derechos amparados por las leyes ni ocasiona perjuicios de imposible o difícil reparación (artículo 72.3 de la LRJPAC). De hecho, la continuidad de la relación contractual y evitar la posible resolución por parte de TME con motivo de la disputa contractual origen del presente conflicto también interesa a la Administración, en orden a que no se frustre la eficacia de la resolución que recaiga.

Como ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, para decidir sobre la tutela solicitada, ha de atenderse al único interés protegible, y es el del cumplimiento efectivo de la resolución definitiva que se adopte (autos del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1991 –Ar. 503–), no pudiéndose adoptar en consecuencia una medida cautelar que suponga un daño difícilmente reparable para la otra parte en conflicto.

En el presente caso, la continuidad de la ejecución del contrato de roaming entre TME y Xfera en los términos en los que éste se realiza actualmente no parece que pueda causar a la primera entidad un daño de difícil reparación hasta que se dicte una resolución definitiva sobre el conflicto (sin perjuicio de que, en su caso, las partes acuerden las condiciones de acceso a la tecnología HSPA+). En contraste, se podría producir tal daño si TME decidiera proceder a la resolución contractual anunciada en su comunicación de 13 de junio de 2012.

Por tanto, la necesaria ponderación entre el interés público que trata de satisfacer la actuación administrativa y los posibles perjuicios que se podrían irrogar a los afectados por la misma lleva a la conclusión de la procedencia de adoptar la medida cautelar solicitada.

Medidas cautelares a adoptar

En virtud de lo anterior, esta Comisión entiende que procede adoptar la siguiente medida cautelar:

- Xfera y TME deberán respetar y continuar la relación contractual que venían manteniendo al amparo del contrato para la prestación del servicio mayorista de roaming nacional suscrito entre ambas partes con fecha 29 de abril de 2008.

Ello implica que TME no se encuentra facultada para resolver la relación contractual con Xfera o para modificar los términos en los que ésta se presta actualmente con



motivo de la disputa origen del presente conflicto relativa a la actualización tecnológica del estándar HSPA (HSPA+).

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Adoptar, en el seno del presente procedimiento, las siguientes medidas cautelares:

- Xfera y TME deberán respetar y continuar la relación contractual que venían manteniendo al amparo del contrato para la prestación del servicio mayorista de roaming nacional suscrito entre ambas partes con fecha 29 de abril de 2008.

Ello implica que TME no se encuentra facultada para resolver la relación contractual con Xfera o para modificar los términos en los que ésta se presta actualmente con motivo de la disputa origen del presente conflicto relativa a la actualización tecnológica del estándar HSPA (HSPA+).

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 en el artículo 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo 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, por quienes puedan acreditar su condición de interesados 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 los artículos 107 y 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 48 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.