



MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO, Director de Asesoría Jurídica de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (artículo 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), 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 29/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 25 de julio de 2013, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la cual se procede a resolver el conflicto en relación con el contrato de roaming y el servicio HSPA+ entre Xfera Móviles, S.A. y Telefónica Móviles, S.A.U.

I 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 planteaba conflicto contra Telefónica Móviles España, 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. A dicho escrito se adjuntaba diversa documentación relativa al mismo 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 argumenta están incluidos en el mismo y TME se opone a ello y considera 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 planteaba 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 solicitaba también la adopción de una medida cautelar por parte de esta Comisión para evitar una posible resolución del acuerdo hasta la finalización 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 GSMA (*GSM Association*).

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 siquiera solicitado”.

QUINTO.- Adopción de medida cautelar

Con fecha 5 de julio de 2012, el Consejo de esta Comisión adoptó, inaudita parte, una medida cautelar en los siguientes términos:

“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+).”

SEXTO.- Escritos de TME de 3 y 16 de julio y 3 de agosto de 2012

Con fechas 3 y 16 de julio y 3 de agosto de 2012 TME presentó escritos de alegaciones.

SÉPTIMO.- Requerimientos de información a TME y Yoigo

Mediante sendos escritos del Secretario de esta Comisión se formularon requerimientos de información a ambas partes del conflicto, debidamente notificados a las partes (con fechas 30 de julio y 7 de agosto a TME y Xfera respectivamente).

OCTAVO.- Contestación de los requerimientos de información

Con fechas 27 de agosto por parte de Xfera y 10 de agosto (completado posteriormente por escrito de 11 de octubre) por TME, las partes en el conflicto dieron respuesta a los respectivos requerimientos de información realizados por esta Comisión.

DÉCIMO.- Solicitud de suspensión del procedimiento por ambas partes

Con fecha 25 de octubre de 2012 y mediante acuerdo firmado por los representantes de Xfera y TME, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito en el que ambas partes solicitaban la suspensión del procedimiento, como consecuencia de las negociaciones que ambas partes estaban desarrollando, cuyo resultado se pondría en conocimiento de la CMT.

NOVENO.- Informe de audiencia y nueva solicitud de suspensión del procedimiento

Con fechas 14 y 19 de junio de 2013 se notificó a TME y Xfera respectivamente el informe de los Servicios de esta Comisión en relación con el conflicto, con el preceptivo plazo de audiencia en cumplimiento de lo establecido en el artículo 84 LRJPAC. Ninguna de las partes interesada en el conflicto ha presentado alegaciones específicas al informe de audiencia remitido por los Servicios de esta Comisión. Las partes presentaron conjuntamente un escrito con fecha 26 de junio de 2013 en el que solicitaban un nuevo plazo de suspensión del procedimiento por un plazo de sesenta días amparado en la renegociación de las condiciones de prestación del servicio mayorista de roaming nacional que TME ofrece a Xfera, cuyo resultado positivo según indicaban en el escrito haría innecesaria la intervención administrativa.

Sin embargo, no consta que hasta la fecha (transcurridas más de tres semanas desde el escrito de 26 de junio, y tras un primer periodo de negociación abierto entre las partes en



octubre de 2012) las partes hayan llegado a un acuerdo o que Xfera haya decidido presentar una solicitud de desistimiento del conflicto.

A los anteriores antecedentes de hecho resultan de aplicación los siguientes

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

PRIMERO.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia establece, en su artículo 1.2, que el objeto de la misma es el de *“garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios”*.

El artículo 6.4 de la Ley 3/2013 anteriormente citada y el artículo 48.4 d) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) atribuye a esta Comisión (o a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que la sucede) 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 (o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión), 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.

[...]

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 del acceso y 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 contra la Resolución de la CMT de 12 de diciembre de 2002, 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).

TME circunscribe la cuestión planteada por Xfera al ámbito privado por limitarse a una diferencia de interpretación contractual y haber acordado las partes una sujeción a arbitraje, excluyendo la competencia de la CMT para tutelar intereses privados o interpretar y aplicar el Derecho civil, ya que los artículos 11.2 del Real Decreto 3456/2000 y los artículos 11.4 y 48.4 de la LGTel excluyen la competencia de la CMT para tutelar intereses privados.

Las alegaciones de TME deben desestimarse. Más allá de mencionar TME normativa derogada, el tenor literal de los preceptos citados en modo alguno permite alcanzar las conclusiones a las que llega TME sino que, al contrario, de las previsiones normativas a que se ha hecho referencia en los anteriores párrafos resulta claro que esta Comisión está habilitada para resolver los conflictos que surjan entre los operadores como consecuencia de sus relaciones de acceso, como sucede en el presente caso.

En efecto, el acuerdo en cuestión que da origen al presente conflicto constituye un acuerdo voluntariamente suscrito entre dos operadores, de carácter doble, tanto público como privado. Sin embargo, no puede olvidarse que se encuentra sujeto a la potestad de intervención de esta Comisión, presidida por el indudable interés público a que se ha hecho referencia anteriormente, que supone mantener el cumplimiento de lo pactado y el mantenimiento del equilibrio contractual entre los operadores que lo suscriben, pudiendo en este contexto utilizar las reglas del Código civil (en tal sentido se pronuncia, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2008¹ contra la resolución de 23 de octubre de 2003, en su FJ cuarto al indicar que *“la apelación a los preceptos generales reguladores de las partes – no siendo improcedente, pues aquellos preceptos sin duda son aplicables a este género de acuerdos- no puede ocultar que en el caso de autos servía asimismo para respaldar una decisión administrativa vinculante”*) sin que ello implique entrar a tutelar los intereses privados de las partes puesto que su intervención se encuentra

¹ RJ 2008\5966



íntimamente ligada al mantenimiento de una competencia efectiva y el acceso en unas condiciones adecuadas y la garantía de interoperabilidad de los servicios, que constituyen objetivos enumerados específicamente en el artículo 3 de la LGTel. En relación con los servicios de acceso y originación móvil a nivel mayorista, debe tenerse igualmente en cuenta que éstos se encuentran sujetos a la regulación ex ante incluida en la Resolución de esta Comisión de 2 de febrero de 2006.

En definitiva, se considera que es competencia de esta Comisión resolver el conflicto de acceso planteado por Xfera y examinar en dicho contexto el contrato de roaming así como las circunstancias concurrentes, al amparo de su potestad de intervención en materia de conflictos de acceso.

SEGUNDO.- Objeto del presente procedimiento

La solicitud planteada por Xfera como conflicto de acceso supone determinar si el servicio HSPA+ se encuentra incluido en el ámbito del contrato de roaming suscrito con TME a efectos de determinar si Xfera ha incurrido en una conducta susceptible de calificarse como un incumplimiento grave del contrato que ampare una posible resolución del mismo como consecuencia de haber utilizado el servicio HSPA+ en el marco del contrato de roaming con TME.

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) al modo en que las partes acuerdan la incorporación de nuevos servicios y actualizaciones tecnológicas; (iii) a los supuestos de incumplimiento del contrato. Por último, se analiza el desarrollo de los acontecimientos en el presente caso.

TERCERO.- Argumentos de las partes en conflicto

Xfera considera que la tecnología HSPA+ se encontraba inicialmente incluida dentro del contrato firmado con TME, habiendo lanzado la oferta comercial de servicios en los que se hacía uso de dicha tecnología desde noviembre de 2011, sin que TME se haya opuesto a ello hasta junio de 2012, momento en el que se originó el conflicto.

Xfera pone igualmente de manifiesto que, con carácter previo a dicho lanzamiento, TME conocía la necesaria adaptación de la red desde el punto de vista técnico que la propia Xfera debía llevar a cabo, al haber tenido que solicitar acceso a los emplazamientos de TME, circunstancia que se plasmó igualmente en la modificación del acuerdo de roaming con fecha 15 de octubre de 2010 donde mediante una addendum se procedió a modificar las condiciones de la prestación de servicios de utilización conjunta de las infraestructuras. En cualquier caso, durante varios meses Xfera ha ofrecido a sus clientes la posibilidad del servicio de datos a alta velocidad con tecnología HSPA+, siendo dicha información de carácter público y sin que TME se haya opuesto a ello y habiéndose desarrollado las reuniones técnicas y operativas con total normalidad.

Según Xfera, el motivo real de la reacción de TME responde al lanzamiento de la oferta comercial por la primera de la "Tarifa Infinita" y a la intensa competencia del sector móvil, respondiendo la amenaza de ruptura contractual al intento de "expulsar a un competidor". De hecho, según indica, TME ha suspendido determinadas negociaciones de [CONFIDENCIAL reducción de precios en los servicios de SMS en roaming FIN CONFIDENCIAL] desde que esta Comisión adoptó las medidas cautelares a fin y efecto de que la relación contractual entre las partes se mantuviera en los términos en los que se venía realizando hasta la presentación del conflicto. Esta estrategia tendría como efecto



incrementar los precios mayoristas y estrechar los márgenes comerciales de Xfera en el mercado minorista, donde la competencia es intensa.

En definitiva, para Xfera la tecnología HSPA+ forma parte del objeto del contrato, circunstancia que justificaría que no se hayan desarrollado reuniones en relación con la inclusión de los servicios en el contrato de roaming y, contrariamente a lo alegado por TME, dicho operador no ha cometido ningún incumplimiento contractual al haber utilizado la tecnología en cuestión sin informar con carácter previo a TME de esta circunstancia sino que, en todo caso, se trataría de una discrepancia interpretativa que en modo alguno puede dar lugar a la posible resolución del contrato como la que amenazó TME a Xfera en junio de 2012.

Respecto al cauce para la actualización tecnológica de servicios en ejecución del contrato y de ejemplos concretos acontecidos, Xfera se refiere a dos, uno de ellos [CONFIDENCIAL], ninguno de los cuales ha requerido una aprobación expresa de TME y tampoco se ha plasmado en una modificación específica del contrato.

TME por su parte, considera que todo proceso de actualización tecnológica implica una adaptación de la infraestructura y una correcta dimensión de la red para ofrecer el nuevo servicio, siendo esta circunstancia plenamente aplicable a la tecnología HSPA+ y el origen de la disputa, sin que TME haya pretendido en ningún momento proceder a la resolución del acuerdo de roaming.

En el caso concreto de la tecnología HSPA+, ésta implica una “evolución del acceso HSPA que ha supuesto para TME la necesidad de realizar inversiones en equipos e infraestructuras”.

En apoyo de sus afirmaciones, TME aporta un informe técnico interno de agosto de 2012 donde se realiza un estudio de costes incrementales para evolucionar la red a HSPA+, que cuantifica con carácter global en [CONFIDENCIAL]. También indica que un operador que no contribuye a las inversiones necesarias para la actualización de las redes no tiene el incentivo para hacer un uso racional de la red, como hace TME con sus clientes al incluir en muchos de sus perfiles la capacidad total de descarga a la velocidad máxima.

TME ofrece los servicios HSPA+ a sus clientes finales desde [CONFIDENCIAL]. En el caso concreto de Xfera, tuvo conocimiento del uso de la tecnología HSPA+ por parte de dicho operador en junio de 2012, momento en el que Xfera lanzó la campaña publicitaria para su “Tarifa Inifinita”, según consta en la carta remitida por conducto notarial que adjuntó Xfera a su escrito inicial planteando el conflicto.

TME insiste en que el listado de servicios inicialmente cubiertos se limitaba a [CONFIDENCIAL], siendo necesario ajustarse al procedimiento contractualmente establecido para la incorporación de “cualquier nuevo servicio fruto o no de la evolución tecnológica que Xfera pretende prestar a sus clientes y no se encuentre incorporado en el listado inicial de servicios objeto del contrato”, como es el caso de HSPA+. Al no haber procedido Xfera en dicho sentido, ya que no le comunicó a TME la incorporación de la tecnología en cuestión y tampoco las partes negociaron de buena fe los precios de los servicios correspondientes que se integran en el contrato (por tanto tampoco se produjo la plasmación del addendum contractual correspondiente), Xfera habría incurrido en un incumplimiento de los términos del contrato. En otros supuestos, como [CONFIDENCIAL] TME y Xfera sí han aplicado el mecanismo contractualmente acordado, es decir, previa solicitud a TME y en aplicación del procedimiento establecido en el artículo 7 del contrato.



Por último, en relación con la tramitación del conflicto, TME alega acerca de la innecesariedad y desproporción de la medida cautelar adoptada por el Consejo de esta Comisión de fecha 5 de julio de 2012 en el sentido de declarar que dicha entidad no se encontraba facultada para resolver el contrato con Xfera o para modificar los términos en los que se presta el contrato vigente hasta entonces.

TERCERO.- Características de la tecnología objeto de discrepancia

Con carácter preliminar, debe hacerse referencia a las características de la tecnología HSPA, un estándar definido por el *Third Generation Partnership Project* (3GPP), entidad en la que participa el organismo de normalización a nivel comunitario (ETSI) así como asociaciones que agrupan a los operadores, como la GSMA.

El 3GPP es el organismo encargado de definir buena parte de los estándares de los servicios de comunicaciones móviles de modo que todos los operadores y fabricantes dispongan de una referencia común para garantizar la interoperabilidad de las redes y la compatibilidad de los equipos. En 1999 el 3GPP definió las primeras versiones del estándar 3G, conocido como UMTS (release 99), que permitía una mayor velocidad de transferencia de datos así como una menor latencia respecto a las redes basadas en el estándar GSM (2G). El objetivo de cada nuevo salto tecnológico es favorecer la aparición de nuevos servicios cada vez más exigentes en cuanto a ancho de banda o retardo máximo permitido, pero siempre asegurando la compatibilidad entre diferentes tecnologías de modo que se favorezca su implementación progresiva.

En particular, la introducción del estándar 3G facilitó la conectividad de datos al permitir velocidades superiores a las experimentadas hasta entonces. En las primeras versiones (release 99) se ofrecía un máximo de 384 kbps de descarga. Las siguientes evoluciones del sistema 3G fueron especialmente significativas al conferir un salto cualitativo en cuanto a la velocidad de transferencia tanto en el sentido descendente (desde la red al usuario) como en el ascendente (de usuario a red), todo ello gracias a la aplicación de las técnicas innovadoras recogidas en el estándar HSPA que contemplan ratios de transferencia de hasta 14 Mbps de bajada (release 5) y de hasta 5,7 Mbps en el canal de subida (release 6).

Pero el recorrido del estándar HSPA no finaliza en la release 6 sino que ha seguido evolucionando significativamente gracias al empleo de técnicas sofisticadas de compresión de la información (modulaciones de la señal de mayor grado), el uso de múltiples antenas (técnicas MIMO, *multiple input multiple output*) o el uso simultáneo de diferentes bandas de frecuencia (*Dual-Cell*). Son precisamente dichas nuevas soluciones tecnológicas innovadoras las que han favorecido la denominación de las versiones de HSPA posteriores a la release 6 como HSPA+. En la siguiente tabla se resumen las velocidades máximas para el canal descendente en función de la versión del estándar:



Release 3GPP	Códigos disponibles por celda	Modulación	Técnicas	Ratio codificación	Denominación del sector	Velocidad máxima canal descendente
Release 99	No aplica	16-QAM	-	0,76	UMTS	384 kbps
Release 5	10	16-QAM	-	0,76	HSDPA	7,2 Mbps
Release 5	15	16-QAM	-	0,97	HSDPA	14 Mbps
Release 6	No hay cambios significativos canal descendente. El ascendente pasa de 384 kbps a 11 Mbps al pasar de QPSK a 16-QAM				HSUPA	14 Mbps
Release 7	15	64-QAM	-	0,98	HSPA+	21,1 Mbps
Release 8	30	64-QAM	Dual-Cell	0,98	HSPA+	42,2 Mbps
Release 9	30	64-QAM	Dual-Cell + MIMO	0,98	HSPA+	84,4 Mbps
Release 10	60	64-QAM	Quad-Cell + MIMO	0,98	HSPA+	168,8 Mbps
Release 11	120	64-QAM	Octa-Cell + MIMO	0,98	HSPA+	337,5 Mbps

Tabla 1: Diferentes releases de del sistema 3G en función del ancho de banda máximo en el canal descendente (elaboración propia)

La principal agrupación a nivel global en el ámbito de estandarización, el 3GPP (en la que como se ha indicado, participa el organismo europeo de normalización técnica), no parece diferenciar las últimas versiones de HSPA como una tecnología diferente, sino como evoluciones tecnológicas de dicho estándar, concretamente en lo que es refiere a las velocidades de transferencia, que son superiores a las inicialmente contempladas en las Releases 5 y 6². Del mismo modo, el recorrido de la tecnología HSPA no finaliza en la release 8 usada por TME, sino que, como resulta del anterior cuadro, existen nuevas versiones que explotan la capacidad de agrupación de diferentes bandas de frecuencias para ofrecer mayores velocidades.

TME, para contrarrestar esta conclusión, se limita a reproducir declaraciones contenidas en diversos foros en los que, según dicho operador, podría incluso considerarse como tecnología de cuarta generación (4G) (concretamente, cita el caso del operador Emobile en Japón). Más allá de la credibilidad que puedan merecer las afirmaciones realizadas en dichos foros, lo cierto es que tampoco desvirtúan la conclusión anteriormente apuntada.

En definitiva, la información disponible del sector confirma que HSPA+ constituye una evolución tecnológica del estándar HSPA y no necesariamente una nueva tecnología.

² Gracias al empleo modulaciones de la señal orden superior hasta 64-QAM, técnicas MIMO (*multiple input multiple output*) y/o uso agregado de diferentes bandas de frecuencias.



CUARTO.- Previsiones relevantes del contrato de roaming existente entre las partes

Servicios del contrato e incorporación de nuevos elementos o servicios de acceso

[CONFIDENCIAL]

Incumplimiento contractual

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, en su caso, a la resolución del mismo, tal y como resulta de la carta remitida por conducto notarial con fecha 13 de junio de 2012, aunque posteriormente en su escrito de 16 de julio de 2012 indica que a pesar de las diferencias contractuales *“TME EN NINGÚN MOMENTO HA PRETENDIDO LA DESCONEXIÓN”* (sic).

Xfera, por su parte, indica que no se ha producido ningún incumplimiento sino que lo que pretende TME es *“utilizar la dependencia de Xfera del Contrato de roaming nacional (...) como palanca para atacar su estrategia comercial”*.

La **cláusula quinta** del contrato de roaming es la que establece las obligaciones de las partes, listándose 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 se encuentran los siguientes:

[CONFIDENCIAL]

QUINTO.- Análisis de los hechos relevantes

Con carácter preliminar, debe reiterarse la misión que corresponde a esta Comisión, la cual, tal y como se ha indicado en el Fundamento de Derecho primero, en cumplimiento de su carácter jurídico-público, ha de velar por el debido equilibrio entre las posiciones e intereses de las partes que suscriben el acuerdo, en particular dada la condición de TME como operador con posición significativa en el mercado en el acceso y originación mayorista móvil, tal y como resulta de la Resolución de 2 de febrero de 2006³.

5.1 En primer lugar, sobre la **si la tecnología HSPA+ se encontraba entre los servicios inicialmente incluidos en el contrato**, no cabe concluir, a diferencia de lo que afirma TME, que la tecnología HSPA+ estuviera fuera del ámbito del contrato de roaming inicial. Y ello si se atiende tanto a los criterios establecidos en el Código Civil para la interpretación de los contratos como si se examina el desarrollo de los acontecimientos en el presente caso:

- Atendiendo a los criterios interpretativos incluidos en los artículos 1.281 y siguientes del Código civil resulta necesario atender en primer lugar al **tenor literal** del contrato de roaming. En este sentido, no parece que la tecnología HSPA+ deba necesariamente ser considerada como una tecnología diferente a la mencionada en la cláusula primera del contrato, sino que podría ser una evolución tecnológica del estándar HSPA al que sí hace referencia expresa la referida cláusula en el sentido de considerarlo incluido dentro ~~del ámbito material del~~ contrato. Al respecto, parece significativo que en la referida

³ Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con Poder Significativo de Mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea (AEM 2005/933)



cláusula primera del contrato se incluyan [CONFIDENCIAL] por lo que podría interpretarse que las partes del contrato asociaron en su momento la referida tecnología HSPA+ como una evolución natural de HSPA, máxime cuando la release 7 del 3GPP (primera versión de la tabla 1 anterior a la que la industria se refiere como HSPA+ y que permite velocidades superiores a 14Mbps) fue cerrada en diciembre de 2007, es decir, con anterioridad a la firma del acuerdo..

Por tanto, del contrato de roaming no se deduce que necesariamente, tal y como argumenta TME, la tecnología HSPA+ tuviera que incorporarse por las partes conforme al cauce procedimental específico [CONFIDENCIAL]. De hecho, la interpretación del tenor literal del apartado 2 del anexo 2 permite también llegar a la conclusión contraria puesto que según se indica [CONFIDENCIAL]. En este sentido se puede igualmente citar el escrito inicial de Xfera en el que indica que *“la tecnología HSPA+ (...) es la misma tecnología sólo que a diferente velocidad y no supone ningún cambio cualitativo ni de naturaleza. La interpretación contraria llevaría al absurdo de entender que hay decenas de tecnologías HSPA tantas como velocidades posibles, dejando sin sentido el Contrato al no adjuntarse las velocidades de HSPA que forman parte del objeto del mismo”*.

- Por otro lado, una **interpretación finalista** de la cláusula y del comportamiento de las partes contratantes también lleva a concluir que ninguna ellas (TME o Xfera) recurrió al Comité Evolutivo, que sería al que correspondería examinar esta cuestión (dando lugar, en su caso, a la correspondiente modificación contractual). Ello sería lo lógico si la tecnología HSPA+ implicara nuevos “elementos o servicios” no inicialmente cubiertos por el contrato, como argumenta TME, aunque también podría plantearse en supuestos en los que se plantearan “opciones de desarrollo tecnológicas” o “la evolución de la conectividad de ambas redes” de conformidad con el anexo 4 del contrato. Esta aseveración queda acreditada por varias circunstancias.

En primer lugar, la interpretación de inclusión en el contrato de la tecnología HSPA+ sería coherente con la interpretación del sector, tal y como se ha expuesto en el Fundamento de Derecho tercero.

En segundo lugar, desde el momento en que TME comenzó a ofrecerlo a sus usuarios finales [CONFIDENCIAL]. Esto supone que TME sabía que Xfera podría acceder a la tecnología HSPA+ (sin perjuicio de que ésta realizase algunas adaptaciones para poder comercializarla a sus clientes finales) varios años antes de que Xfera comercializase el servicio con la tecnología HSPA+, [CONFIDENCIAL sin que conste que durante dicho periodo TME realizase actuación alguna para que Xfera tuviera conocimiento y acceso a la tecnología HSPA+.

En tercer lugar, consta que Xfera inició el despliegue a nivel comercial en noviembre de 2011 según la información aportada⁴. En efecto, aceptando que Xfera no puso en conocimiento de TME que había procedido a la actualización de su red para incorporar los servicios HSPA+ a sus propios clientes finales y TME pudiera llegar a desconocer el momento preciso de dicha incorporación, desde noviembre de 2011 constituye un hecho

⁴ No ha quedado acreditado sobre la base de la documentación aportada por Xfera, sin embargo, que TME tuviera conocimiento preciso de que Xfera fuera a desplegar comercialmente el servicio con tecnología HSPA+ antes de noviembre de 2011. Y ello porque el acceso a los emplazamientos comunes que tiene con TME podría deberse a diversas circunstancias que no tienen por qué estar directamente relacionadas con el despliegue de la tecnología HSPA+ en la red de Xfera. Por otro lado, tampoco se ha aportado la modificación del contrato de utilización conjunta de infraestructuras que indica Xfera en su escrito de 27 de agosto de 2012 y que ambas partes habrían suscrito el [CONFIDENCIAL 15 de octubre de 2010 FIN CONFIDENCIAL]-este contrato supondría según Xfera que TME tuviera conocimiento del posible despliegue de HSPA+.



acreditado la difusión pública (a través de notas de prensa y diversas campañas de comunicación de los servicios de Xfera) del inicio por dicho operador de la comercialización de los servicios en cuestión. Sin embargo, no consta que tampoco entonces TME solicitara la aplicación del procedimiento contractualmente establecido o recurriera al Comité Evolutivo en ningún momento.

Las partes fueron requeridas para aportar información sobre el cauce habitualmente seguido para las actualizaciones tecnológicas, citando supuestos concretos, para determinar en qué medida se aplicaría el protocolo previsto en el anexo 4. Cada una de ellas aportó información sobre actualizaciones que no eran coincidentes entre sí.

TME aportó información sobre [CONFIDENCIAL]

Por su parte, Xfera se refiere a [CONFIDENCIAL].

En definitiva, no pueden sacarse conclusiones claras acerca de la aplicación del procedimiento, ya que en algunos casos de actualización técnica se ha seguido el protocolo y en otros no, aunque debe señalarse que en ninguno de los casos citados por las partes consta la modificación contractual mediante addendum que formalizaría los cambios acordados.

- En cualquier caso, el acceso por los clientes de Xfera a la tecnología HSPA+ no se ha debido a una adaptación concreta en la red de TME. De hecho, sólo en el caso de una limitación de la velocidad sería necesaria una colaboración entre ambos operadores, extremo que dicho operador reconoce al indicar, en respuesta al requerimiento de información de esta Comisión, que la limitación del uso de servicios prestados a través de la tecnología HSPA+ por parte de Xfera sería [CONFIDENCIAL]

En relación con esta cuestión y respecto a la alegación del posible riesgo de la calidad e integridad de las redes que menciona TME en su escrito de 10 de agosto para “*realizar una adecuada planificación, y asignar convenientemente la oferta a la demanda, evitando, en la medida de lo posible, mermas en la calidad del servicio y percepción del cliente (...)*”, no sólo dicho riesgo no se ha acreditado, sino que lo lógico sería que TME hubiera informado a Xfera para adoptar medidas preventivas o en su caso correctivas en caso de que se hubiera detectado una situación de riesgo concreta de cualquier tipo, información que no consta a pesar de que TME estaría en posición de realizar la planificación puesto que [CONFIDENCIAL].

En cualquier caso, el riesgo potencial de desbordamiento de la capacidad diseñada para la red de TME por el hecho de dejar acceder a los clientes de Xfera a una mayor velocidad parece un tanto remoto por los siguientes motivos:

- 1) Las ofertas comerciales de Xfera, aun cuando se promocionan como infinitas, en realidad están sujetas a un límite de descarga de 1 o 2 GB, a partir del cual se reduce la velocidad a 128 kbps⁵.
- 2) Xfera es también un operador que dispone de red de acceso radio y precisamente con mayor cobertura cuanto más densamente poblada es una zona del territorio. De este modo, las zonas más pobladas (previsiblemente más exigentes en cuanto al consumo de recursos) estarán mejor cubiertas. En otras palabras, buena parte del tráfico de alta velocidad será absorbido por la propia red de Xfera, sin afectar a la red de TME.

⁵ <http://www.yoigo.com/tarifas/contrato/tarifa-infinita-39.php>



- 3) El estándar HSPA prevé una asignación de los recursos radio muy eficiente que permite un mejor aprovechamiento del ancho de banda al ofrecer una mayor tasa de descarga durante la mayor parte del tiempo. Para ello los recursos ya no se asignan por servicio y sesión (como en UMTS) sino que se realiza un análisis de las peticiones de acceso cada intervalo de 2 ms, asignando los códigos disponibles (ver tabla 1, sobre las versiones 3G) en función de diferentes parámetros asociados al terminal que quiere acceder (calidad del enlace, categoría de terminal, tipo de servicio o tiempo de espera).

En otras palabras, los usuarios cogen los recursos radio que necesitan durante el tiempo indispensable y procurando causar la menor interferencia posible, por lo que no cabe prever que el resultado directo de aumentar la capacidad del canal radio (como es el caso de HSPA+) sea necesariamente el de incrementar el riesgo de congestión, sino más bien todo lo contrario, esto es, que dicho canal radio sea utilizado por un mayor número de usuarios resultando en una tasa de transferencia media superior.

- Por otro lado, TME ofreció a sus clientes servicios de datos móviles mediante tecnología HSPA+⁶ [CONFIDENCIAL].

Así, cabe concluir que aunque la referencia HSPA+ no se encuentra literalmente recogida en el contrato de roaming, sí existen otras previsiones de las que cabe deducir que la actualización de la tecnología HSPA sí está incluida entre los servicios inicialmente previstos en el contrato de roaming.

Por otro lado, tampoco parece que la propia TME considerase necesaria la aplicación de los procedimientos contractualmente previstos para articular una modificación del acuerdo si consideraba que la tecnología HSPA+ no estaba incluida dentro del contrato inicial. En efecto, TME pudo deducir que Xfera podría ofrecer la tecnología HSPA+ a sus clientes desde el momento en el que ella misma la ofertó para sus propios clientes [CONFIDENCIAL]. Asimismo, TME conocía las previsiones de tráfico y clientes proporcionadas por Xfera (y probablemente por el resto de los OMVs a quienes presta servicios mayoristas) para abordar la gestión de un mayor tráfico que podría resultar de la aplicación de la tecnología HSPA+. Sin embargo, no consta ninguna solicitud concreta por parte de TME a Xfera en este sentido, a pesar de que existe un mecanismo de reuniones regulares en el que ambas partes pueden suscitar cuestiones relativas a las modificaciones de los servicios o al modelo operativo con carácter regular en el seno del Comité Evolutivo.

5.2 En segundo lugar, respecto al **incumplimiento del contrato por parte de Xfera**, la posición de TME considera que *“Xfera no ha atendido dicho pacto y ha iniciado la comercialización de servicios basados en HSPA+ sin proceder a su comunicación a TM para la correspondiente negociación de las condiciones de prestación del servicio y sus precios y así firmar un addenda al contrato de 2008 incorporando el HSPA+ al objeto del contrato de Roaming nacional, tal y como se establece en el contrato vigente”*. De hecho, TME comunicó a Xfera en un momento inicial que una de las posibles consecuencias en caso de persistir Xfera en el incumplimiento sería la resolución del contrato.

Tal y como se ha detallado en los párrafos precedentes, TME estaba en posición de conocer con certeza el uso de la tecnología HSPA+ al menos desde que Xfera lanzó su comercialización a finales de 2011, y conforme al contenido contractual del anexo 4 sobre procedimientos operativos, cualquiera de las partes (y no sólo Xfera) podría haber

⁶ Ver http://www.movistar.es/Microsites/apple/es/pdf/c_uso_internet_movil.pdf



convocado una reunión (ordinaria o extraordinaria) del Comité Evolutivo para tratar la cuestión. Y ello sin perjuicio de que no está claro que en el presente caso tuviera que aplicarse la cláusula séptima del contrato relativa a la incorporación de nuevos elementos o servicios. La reacción de TME fue la remisión de una comunicación por conducto notarial que no parece encontrarse claramente amparada en las causas de resolución contractual acordadas en la cláusula décima del contrato, un comportamiento que cuando menos parece desproporcionado.

En definitiva, queda acreditado que existen diferencias de interpretación contractual entre las partes, pero a esta Comisión no le parece que se haya producido un incumplimiento contractual por parte de Xfera susceptible de dar lugar a la resolución del contrato, a diferencia de lo manifestado por TME.

5.3 En tercer lugar, TME indica que la introducción de la tecnología HSPA+ ha supuesto para dicho operador un **necesario redimensionamiento de su red**, estimándose unos costes incrementales que ascienden a [CONFIDENCIAL] por actualizaciones en planta necesarias (nodos) “para evolucionar la red a HSPA+”, conforme al informe técnico aportado por dicho operador a su escrito de 3 de agosto de 2012 fechado el 12 de julio de 2012.

Sin perjuicio de reconocer que el reparto de costes debería ser proporcional y reflejarse, en su caso, en la estructura de precios por los servicios mayoristas (cualquier cambio significativo en el equilibrio contractual de las partes podría dar lugar a la revisión del contrato, de conformidad con el principio *rebus sic stantibus* recogido en la cláusula 19), en el presente caso sin embargo la estimación proporcionada por TME no individualiza los costes específicos que en su caso le podría corresponder asumir a Xfera. De hecho, los cálculos [CONFIDENCIAL]. Por otro lado, parece que existe una distorsión en el cálculo [CONFIDENCIAL]

En este sentido, parece lógico que una atribución de costes realista tuviera en cuenta parámetros específicos asociados a la base de clientes de Xfera que realmente acceden a la red de TME, así como el tráfico asociado, de modo que fuera posible extraer el consumo real de recursos de la red de TME y así poder aislar el servicio ofrecido a Xfera y calcular su coste incremental. Además de lo anterior, el reparto de costes en concreto debe atender también al grado de uso de la red de TME, dado que, como se ha comentado anteriormente, al tener Xfera su propia red de acceso radio desplegada en zonas densamente pobladas, buena parte de los usuarios que acceden a servicio HSPA+ estarán conectados a la red de Xfera en lugar de a la de TME. Aún así, no se encontraría tampoco del todo justificado repercutir proporcionalmente al tráfico los costes asociados al incremento de la capacidad total de la red de TME (número de clientes simultáneos, [CONFIDENCIAL]).

Tampoco está claro que los costes de red no pudieran verse absorbidos por el mayor volumen de tráfico, teniendo en cuenta que [CONFIDENCIAL].

En definitiva, la estimación de costes adicionales de la que parte TME en el presente caso no parece suficientemente fundamentada.

Más allá de lo anterior, debe señalarse que los argumentos de Xfera en relación con el contexto comercial de la disputa así como sobre la posible aplicación de un incremento de precios por parte de TME (que según Xfera llevaría aparejado un estrechamiento de sus márgenes) no resultan mínimamente acreditados, además de que exceden del objeto del presente conflicto, en el que no se ha planteado directamente la cuestión de precios alguna. Sí puede recordarse en cualquier caso que en aplicación de la regulación ex ante aplicable a los servicios mayoristas de acceso y originación, TME se encuentra sujeto a la obligación de



acceso razonable y a precios razonables para los servicios mayoristas de originación y acceso móvil (incluidos los de datos), de conformidad con la Resolución de 2 de febrero de 2006.

En virtud de las consideraciones expuestas, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en cumplimiento de la normativa de referencia y, en particular, del artículo 89.1 LRJPAC,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que a la luz de las circunstancias concurrentes el contrato de roaming suscrito entre Telefónica Móviles España, S.A y Xfera Móviles, S.A. con fecha 29 de abril de 2008 incluye la tecnología HSPA, siendo la versión HSPA+ una actualización tecnológica de la anterior y por ende incluida en el ámbito del contrato.

SEGUNDO.- Declarar que no se ha producido por parte de Xfera Móviles, S.A. un incumplimiento contractual susceptible de dar lugar a la resolución del mismo en relación con la disputa mantenida con Telefónica Móviles España, S.A. relativa a la incorporación de la tecnología 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, de conformidad con el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 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 la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El presente documento está firmado electrónicamente por Miguel Sánchez Blanco, Director de la Asesoría Jurídica en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la CMT, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30.03.2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), con el Visto Bueno del Vicepresidente, Marcel Coderch Collell (P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre, B.O.E. de 25 de septiembre de 1996).