

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ADOPTAN MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONFLICTO DE ACCESO PLANTEADO POR OCEAN'S NETWORK, S.L. FRENTE A TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (CNF/DTSA/2489/13/MIGRACION OCEAN'S).

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep María Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Barcelona, a 10 de julio de 2014

Visto el expediente de conflicto de acceso planteado por la entidad Ocean's Network, S.L. contra la entidad Telefónica de España, S.A.U, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Conflicto de acceso presentado por Ocean's Network, S.L. contra Telefónica de España, S.A.U.

Con fecha 20 de diciembre de 2013 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) escrito presentado por la entidad Ocean's Network, S.L. (en lo sucesivo, Ocean's), en virtud del cual formulaba conflicto de acceso contra la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica).

Según se señalaba en dicho escrito, el conflicto se presentó a consecuencia de las implicaciones que para los usuarios de Ocean's (más de 4000) conllevaría la acción anunciada por Telefónica en el mes de marzo de 2013, consistente en la resolución unilateral del contrato *de venta de productos y prestación de servicios a integradores de tecnologías de la información para su reventa de 1 de junio de 2010* y, con ello, la interrupción definitiva de los servicios de telefonía fija, internet y televisión prestados a sus clientes en virtud de dicho contrato.

Tras la comunicación por Telefónica de la resolución del contrato de reventa con Ocean's, y al no tener ésta otra solución alternativa para la continuación de la prestación de servicios en el segmento minorista, Ocean's consideró necesario solicitar los servicios mayoristas de acceso de Telefónica, con la finalidad de migrar todas las líneas y servicios asociados a las mismas a dichos servicios y continuar prestando servicios minoristas a sus clientes. Concretamente, se trataba de los servicios mayoristas de AMLT (acceso mayorista a la línea telefónica de Telefónica) y ADSL IP (servicio de acceso indirecto a la red de Telefónica para la prestación de servicios de banda ancha).

El plazo de vigencia del contrato finalizaba el día 31 de diciembre de 2013¹. El servicio de AMLT fue el único servicio completamente provisionado por parte de Telefónica a finales de diciembre de 2013, ya que si bien el día 19 de marzo de 2013 Ocean's solicitó a Telefónica la firma del contrato OBA (para la provisión de los servicios ADSL IP), estos no habían sido provisionados en dicha fecha. En consecuencia, Ocean's se vio en la necesidad de acudir a la Comisión para que ésta interviniera en el conflicto.

En su escrito, Ocean's solicitaba que:

- Se declarara que la resolución unilateral del referido contrato por parte de Telefónica era improcedente, ya que implicaba la interrupción de todos los servicios prestados por Telefónica a Ocean's el 31 de diciembre de 2013 sin que se hubiesen facilitado los servicios mayoristas necesarios para que Ocean's pudiese seguir prestando servicios a sus clientes, y
- Se obligara a Telefónica a mantener la vigencia del contrato y a continuar en la prestación de los servicios mayoristas hasta el momento en que Ocean's pudiera finalizar las labores de migración.

Asimismo, con el fin de que no se produjeran perjuicios irreparables para sus clientes, Ocean's solicitaba que se acordara la adopción de una medida cautelar consistente en la prórroga del contrato de reventa con Telefónica más allá del 31 de diciembre de 2013 hasta la finalización del proceso de migración.

Segundo.- Nuevo escrito presentado por Ocean's.

Con fecha 30 de diciembre de 2013 tuvo entrada en el Registro de la Comisión nuevo escrito presentado por Ocean's, en virtud del cual ponía en conocimiento de esta Comisión que, con fecha 26 de diciembre de 2013, había recibido comunicación de Telefónica manifestando *“la extensión improrrogable”* de las relaciones contractuales existentes entre ellas, de tal forma que el *“contrato de venta de productos y prestación de servicios a integradores de tecnologías de la información para su reventa”* quedaría prorrogado hasta el día 31 de marzo de 2014. De ahí que Ocean's desistiera de su petición de medidas cautelares solicitada el día 20 de diciembre de 2013.

¹ Como se verá más adelante, el contrato fue prorrogado por Telefónica en diversas ocasiones hasta dicha fecha, pero sin que finalizara el proceso de migración.

Tercero.- Acuerdo de inicio del procedimiento administrativo y requerimiento de información a Telefónica.

Mediante escrito de fecha 22 de enero de 2014, se notificó a las entidades interesadas el inicio del procedimiento de conflicto, otorgándoles un plazo de 10 días para que realizasen las alegaciones que tuvieran por conveniente. Asimismo, se realizó un requerimiento de información a Telefónica para que contestara en el plazo de los diez días siguientes a su notificación.

Cuarto.- Contestación por parte de Telefónica al requerimiento de información.

El día 4 de febrero de 2014 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito presentado por Telefónica contestando al requerimiento de información formulado por esta Comisión.

Quinto.- Solicitud de Ocean's de incorporación de nueva información al expediente.

Con fecha 7 de febrero de 2014 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito presentado por Ocean's en el que señalaba que había tenido conocimiento de que Telefónica estaba contactando con los usuarios finales de los números y servicios de Ocean's con el fin de ofrecerles determinadas ofertas comerciales para su captación como clientes y que Telefónica había procedido a cambiar la titularidad de determinados circuitos. Asimismo, Ocean's indicaba que Telefónica estaba aplicando un sistema de facturación y unas condiciones económicas contrarias a lo pactado en virtud de su contrato de 1 de junio de 2010.

Sexto.- Nuevo escrito presentado por Ocean's.

Mediante escrito recibido en el Registro de la Comisión el día 19 de marzo de 2014, Ocean's volvía a comunicar la existencia de problemas de facturación con Telefónica.

Séptimo.- Escrito presentado por Telefónica comunicando la prórroga del contrato.

Con fecha 26 de marzo de 2014 tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito de Telefónica en el que comunicaba que había procedido a remitir a Ocean's un burofax con el *"Acuerdo por el que se fijan las condiciones que aplicará Telefónica de España, S.A.U a Ocean's Network S.L desde el 1 de abril y hasta el 3 de junio de 2014"*.

En dicho burofax se indicaba que Telefónica no había tenido ninguna responsabilidad en el retraso en la entrega de los servicios, debiéndose dicha dilación a motivos imputables a Ocean's. Asimismo, Telefónica acompañaba un borrador de Acuerdo en el que se señalaba que Telefónica seguiría dando continuidad al servicio prestado a Ocean's hasta el día 3 de junio de 2014,
[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL].

Octavo.- Nuevo escrito presentado por Ocean's solicitando la adopción de medidas cautelares.

El día 27 de marzo de 2014 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito presentado por Ocean's solicitando medidas cautelares con la finalidad de que se prorrogase el contrato de reventa más allá del 31 de marzo de 2014 hasta que finalizase el proceso de migración.

Noveno.- Respuesta de Ocean's al acuerdo enviado por Telefónica.

En la misma fecha (27 de marzo de 2014), y tras recibir el citado burofax de Telefónica, Ocean's puso en conocimiento de esta Comisión la respuesta enviada a Telefónica en la que manifestaba su disconformidad con los términos de la comunicación remitida por Telefónica, dado que la dilación del proceso de migración era imputable principalmente a Telefónica.

Décimo.- Escrito presentado por Telefónica.

Con fecha 28 de marzo de 2014 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito presentado por Telefónica en el que ponía en conocimiento de la Comisión que extendería la prestación de servicios en virtud del contrato existente con Ocean's de forma improrrogable hasta el 30 de junio de 2014.

Décimo primero.- Nuevo escrito de Ocean's solicitando la adopción de medidas cautelares.

El día 3 de junio de 2014 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito presentado por Ocean's en el que comunicaba que a dicha fecha todavía no le había resultado posible realizar la migración de la totalidad de sus clientes por causas imputables a Telefónica (quedaban pendientes de migrar unos **[CONFIDENCIAL]** clientes).

Respecto de las líneas ya migradas, Ocean's señalaba que Telefónica pretendía cobrar unos precios con los que no estaba conforme. Concretamente, como consecuencia de la disponibilidad efectiva del servicio NEBA² (Nuevo Servicio Mayorista Ethernet de banda ancha de Telefónica) declarada por la CNMC con efectos a partir del día 1 de abril de 2014³, Telefónica pretendía cobrar a Ocean's, para las líneas migradas a partir de esta fecha y situadas en zonas donde está disponible el NEBA, las condiciones económicas establecidas en su Oferta de Servicios ADSL IP comercial (más perjudiciales que las contenidas en la OBA para

² Telefónica ofrece actualmente los servicios mayoristas de banda ancha denominados GigADSL y ADSL-IP (este último en sus niveles provincial y nacional), cuya descripción y condiciones de prestación se recogen en la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA), y el servicio NEBA, que se comercializa desde el 1 de julio de 2012, y está a destinado a sustituir a los servicios actuales, GigADSL y ADSL-IP.

³ Resolución de la CNMC de fecha 1 de abril de 2014 sobre la solicitud de declaración de disponibilidad efectiva del servicio NEBA (DT 2013/1287).

el servicio mayorista ADSL IP y, por tanto, que las aplicadas a las líneas migradas con anterioridad a 1 de abril de 2014).

Ante dicha situación, Ocean's solicita a esta Comisión que se adopten medidas cautelares urgentes consistentes en:

- El mantenimiento de los precios de vigencia establecidos en la OBA durante 1 año más desde la fecha de su escrito, para todos aquellos servicios que se migren desde la fecha de su escrito hasta la fecha de la resolución del contrato de reventa.
- La prórroga del contrato de reventa existente con Telefónica hasta el 31 de diciembre de 2014, con la finalidad de no dejar sin servicio a los [CONFIDENCIAL] usuarios que contrataron servicios de valor añadido con Ocean's.

Décimo segundo.- Escrito de Ocean's modificando su solicitud y presentando información complementaria.

El día 6 de junio de 2014 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito presentado por Ocean's en el que solicitaba la modificación de su solicitud de adopción de medidas cautelares de fecha 3 de junio, en el sentido de que los precios de vigencia establecidos en la OBA se mantuvieran durante un año más, no desde la fecha de su escrito, sino desde el 1 de abril de 2014 para todos aquellos servicios migrados desde dicha fecha hasta la fecha de la resolución del contrato de reventa.

Asimismo, aportaba información complementaria a la facilitada en su escrito de 3 de junio de 2014 en relación con las líneas pendientes de migrar y justificaba que la aplicación de los precios de la oferta comercial de ADSL IP propuesta por Telefónica para las líneas ya migradas afectaría a la viabilidad económica de la empresa, que se vería comprometida de manera irreversible.

Décimo tercero.- Propuesta de medidas cautelares.

En fecha 19 de junio de 2014, se emitió por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual una propuesta de medidas cautelares, dando plazo de cinco días de alegaciones a Telefónica y a Ocean's.

Décimo cuarto.- Escrito de alegaciones de Ocean's a la propuesta de medidas cautelares.

En fecha 25 de junio de 2014, ha tenido entrada escrito de alegaciones de Ocean's a la propuesta de medida cautelar anterior, solicitando que el mantenimiento de los precios de la OBA se haga durante 1 año, y no hasta la fecha de rescisión del contrato suscrito con Telefónica, y que se amplíe el plazo propuesto en la medida cautelar de mantenimiento del contrato resulta insuficiente.

Décimo quinto.- Escrito de alegaciones de Telefónica a la propuesta de medidas cautelares.

El 25 de junio de 2014 ha tenido entrada escrito de alegaciones de Telefónica mediante el que comunicaba su voluntad de no proceder a la interrupción de los servicios que estaba prevista para el próximo 30 de junio de 2014, manteniéndolos activos hasta el próximo 15 de julio de 2014, periodo durante el cual su intención era negociar con Ocean's los términos de la prórroga del contrato.

Posteriormente, con fecha 27 de junio de 2014 tuvo entrada nuevo escrito de Telefónica en el que aportaba su versión sobre los hitos más relevantes de la provisión por parte de Telefónica a Ocean's de los diferentes servicios mayoristas que Ocean's había solicitado.

AMLT: El servicio AMLT no había planteado ningún problema desde su implantación.

ADSL-IP: Telefónica no está de acuerdo en la afirmación vertida en el Informe de los Servicios de la CNMC relativo a la adopción de medidas cautelares acerca de que los retrasos en la provisión de este servicio ADSL IP por parte de Telefónica era el motivo de la concesión por Telefónica de sucesivas prórrogas del contrato inicial de reventa dado que, según esta entidad, de los 464 días de retraso en la provisión del servicio ADSL-IP, 366 días serían imputables a Ocean's y 98 días a Telefónica.

NEBA: Telefónica alega que los operadores ya conocían que el servicio NEBA está regulado desde noviembre de 2010 y que, por tanto, no sería excusa la aparición de la resolución de disponibilidad de NEBA de abril de 2014 para no haber realizado la petición con anterioridad a esa fecha.

Por otra parte, Telefónica considera que no tenía responsabilidad en el reposicionamiento de los servicios de valor añadido de Telefónica dado que, por una parte, se informó a Ocean's el 31 de octubre de 2013 que parte de ellos no existían en la modalidad de reventa y que debía reposicionarlos y, por otra, era de suponer que Ocean's supiera que los demás servicios de valor añadido **[CONFIDENCIAL FIN**

CONFIDENCIAL] no disponían de réplica mayorista directa al deber ser desarrollados y/o implementados por los propios operadores.

Según Telefónica, dicha particularidad fue trasladada a Ocean's en diversas ocasiones incluso presencialmente en la reunión que ambas partes mantuvieron el día 6 de mayo de 2014, donde Ocean's indicó que iban a "mirar" uno por uno a los clientes que quedaban en esta situación para conectarlos directamente y dar servicios virtuales. Fue en la siguiente reunión de 20 de junio de 2014, cuando Ocean's indica su plan de actuación para afrontar la migración de determinados servicios con garantías y a resultas de la cual Telefónica amplió el acuerdo de reventa de servicios hasta el 15 de julio con la intención de llegar a un acuerdo al respecto.

En referencia a la medida cautelar de mantener los precios de la OBA regulados para todas las líneas de Ocean's que se migren, Telefónica considera que no se

ajusta a la legalidad vigente, dado que la Resolución de disponibilidad del NEBA recoge que los precios deben mantenerse para las conexiones existentes. En su opinión, se estaría buscando equiparar el concepto de conexiones existentes recogida con conexiones que iban a ser solicitadas y supondría extender el alcance de la Resolución de disponibilidad del servicio NEBA. Según los cálculos de Telefónica, las líneas instaladas con posterioridad a la fecha de disponibilidad NEBA se referirían a **[CONFIDENCIAL]** conexiones en zona con huella NEBA.

Telefónica concluye diciendo que, conforme a la planta actual que dispone Ocean`'s de productos y servicios y de acuerdo con la razonable actuación que Ocean`'s desarrollará en el mercado hasta el 30 de octubre de 2014, fecha del fin de la vigencia del Contrato de Reventa que se les pretende imponer de acuerdo con la medida cautelar propuesta, sería necesario un aval por importe mínimo de **[CONFIDENCIAL]**, que debería ser adaptado mensualmente en función de la ejecución del Contrato de Reventa que realice Ocean`'s a lo largo de la vigencia de la medida cautelar, siendo la única forma de asegurarse de que Ocean`'s no tenga incentivos para prolongar una situación irregular, que no fue nunca querida por las partes dado que tal relación jurídica se debería terminar el 30 de junio del presente año.

Respecto a la apariencia de buen derecho, Telefónica contempla tres aspectos que considera relevantes para considerar que las medidas cautelares no deberían prosperar:

1. Considera que no se trata de un conflicto de acceso al afectar más al ámbito de las labores de distribución comercial que a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, por lo que la cobertura legal asociada a los artículos 15.1 o 12.5 de la LGTel no parecería ser la más indicada.
2. Se estaría incumpliendo la Resolución de disponibilidad del NEBA al empezar a contar el plazo de un año para seguir cobrando precios de OBA regulados desde la solicitud de migración y no desde la migración efectiva.
3. No existe urgencia para las medidas cautelares al haberse producido la última prórroga el 25 de junio de 2014.
4. Considera que la extensión de cinco meses del contrato de reventa minorista es desproporcionada al llevar ya una extensión acumulada de 15 meses y, según el texto adoptado en la medida cautelar, poder afectar también a nuevas altas.

A los anteriores Antecedentes les son de aplicación los siguientes

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- **Habilitación competencial.**

Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para intervenir en el presente procedimiento resultan de lo dispuesto en la normativa

sectorial. En este sentido, el conflicto se interpuso al amparo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2003), cuyo artículo 11.4 establecía la competencia de este organismo para intervenir en las relaciones entre operadores para garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3.

De forma adicional, los artículos 14, 48.3 48.4.d) de la LGTel de 2003 atribuían a este organismo la función de resolver los conflictos en materia de interconexión y acceso derivadas de la LGTel y su normativa de desarrollo.

La LGTel de 2003 ha sido derogada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGTel de 2014). Esta Ley otorga a la CNMC las mismas competencias para intervenir en las relaciones entre operadores y en los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas, tal y como se prevé en sus artículos 15 y 70.2, letras d) y g), por lo que el cambio normativo no tiene incidencia alguna en la resolución de la presente controversia.

Asimismo, de conformidad con los artículos 6.4 y 12.1.a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Comisión es competente para conocer los conflictos que se planteen entre los operadores en materia de obligaciones de interconexión y acceso.

La Comisión está igualmente habilitada para la adopción de medidas cautelares, puesto que el artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), norma por la cual se rige esta Comisión en el ejercicio de las funciones públicas que la ley le atribuye conforme establece el artículo 2.2 de la Ley 3/2013 citada anteriormente, señala que: *“Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”*.

Segundo.- Objeto del procedimiento y del presente informe.

Ocean's ha planteado un conflicto de acceso frente a Telefónica. De conformidad con el Anexo (apartado 2) de la LGTel de 2014, ha de entenderse por acceso:

“Acceso: la puesta a disposición de otro operador, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. [...]”

En la presente controversia, se analiza si la relación existente entre los dos operadores en conflicto es la propia de una reventa, de manera que pueda concluirse que Ocean's estaba utilizando los servicios de Telefónica para su reventa minorista en nombre propio. Si es así, el contrato debe calificarse como un acuerdo de acceso entre ellos, y en función de ello, procede analizar si es conforme a Derecho la petición de Ocean's respecto de la prórroga del contrato suscrito en 2010

y/o respecto del mantenimiento del acceso mayorista en unas condiciones determinadas.

A los efectos del presente conflicto ha determinarse la naturaleza de la relación entre las partes y si hay una obligación de Telefónica de dar acceso a su red a Ocean's para la prestación de servicios a sus clientes, lo que justificaría la intervención de la Comisión ante la resolución del contrato por parte de Telefónica.

Expuesto lo anterior, la presente Resolución tiene por objeto la adopción de medidas cautelares tendentes a garantizar que Ocean's dispone de un plazo adecuado para que pueda finalizar la migración de sus clientes hacia los servicios mayoristas de acceso de Telefónica sin ocasionársele perjuicio a éstos y que las condiciones económicas exigidas por Telefónica a Ocean's respecto a sus servicios mayoristas no impidan a ésta continuar con la prestación de los servicios a sus clientes.

Tercero.- Concurrencia de los presupuestos necesarios para la adopción de medidas cautelares.

Mientras se tramita el procedimiento principal de análisis del conflicto planteado, resulta indispensable arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel y ello sin perder de vista el bien jurídico protegido en el presente caso, esto es, la eficacia de la futura Resolución que ponga fin al presente procedimiento.

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.

Se fundamenta, a continuación, la concurrencia de los requisitos anteriores para la adopción de medidas cautelares solicitadas por Ocean's:

a) Existencia de una norma jurídica que permita la adopción de medidas cautelares en el marco del presente expediente.

Como ya se ha señalado en la presente resolución, la Comisión está facultada para adoptar medidas cautelares en el presente caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 72 de la LRJPAC.

b) 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).

- Naturaleza del contrato inicial entre Telefónica y Ocean's y resolución unilateral del mismo por parte de Telefónica.

Con fecha 1 de junio de 2010 Telefónica y Ocean's firmaron el contrato de venta de productos y prestación de servicios a integradores de tecnologías de la información para su reventa, en virtud del cual Ocean's ha venido prestando a usuarios finales servicios de telefonía, internet y televisión.

Dicho contrato posibilitaba a Ocean's no la simple comercialización de los servicios de Telefónica sino la reventa de los servicios de Telefónica a los clientes de Ocean's, tal y como se menciona en el título del mismo y como se desprende de la relación habida entre ambas operadoras.

La propia Ocean's ha afirmado en el seno del presente conflicto que, en su relación con Telefónica, ha venido operando como revendedor, situándose la relación jurídica mantenida entre ambas más cercana al contrato de distribución o de concesión propiamente dicho que al de un mero agente o comercializador⁴.

⁴ Frente a la agencia, el contrato de concesión mercantil es aquél en el que un empresario, denominado concesionario, se compromete a adquirir de otro (concedente) productos para revenderlos (en el caso de negocio consistente en la compraventa) y prestar a los compradores de estos productos determinada asistencia una vez realizada la venta. El concesionario, como revendedor, actúa en nombre y por cuenta propia, bajo su propio riesgo.

De acuerdo con ello, el distribuidor asume el riesgo empresarial de las operaciones en las que interviene, aspecto que sirve para diferenciar la concesión de la agencia, en la que, se señalaba anteriormente, lo natural (aunque se admite pacto en contrario) es que el agente no asuma el riesgo de las operaciones.

Resulta, pues, que cuando se habla de concesión o distribución propiamente dicha, la entidad que lleva a cabo dicha actividad asume el riesgo de las operaciones que lleva a cabo, por lo que goza de una autonomía particular (en mayor grado que un agente o comisionista), que le permite actuar en el mercado como entidad independiente del empresario principal.

De los datos aportados por las partes en el expediente se desprende que los clientes contrataban directa y únicamente con Ocean's (no con Telefónica) y que, además de la contratación directa con los clientes, correspondía a Ocean's la facturación y cobro a éstos por los servicios prestados, asumiendo la responsabilidad de esta actividad.

En definitiva, el desarrollo de la relación contractual entre ambas partes, las prestaciones realizadas, así como el riesgo asumido en su actividad, determinan que la relación contractual fuera de acceso a recursos o servicios de un operador de red (Telefónica) para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por parte de Ocean's, prestando este último al usuario final servicios de reventa, motivo por el que corresponde a esta Comisión resolver las pretensiones formuladas en el marco del presente conflicto. Por ello, no se estiman las alegaciones de Telefónica respecto de que su relación con Ocean's es de mera distribución comercial y no se trata de una relación de acceso.

Tras comunicar Telefónica a Ocean's, mediante burofax de fecha 4 de marzo de 2013, la rescisión unilateral del contrato existente con Ocean's, en virtud del cual ésta prestaba servicios minoristas a unos 4000 clientes, Ocean's solicitó a Telefónica los servicios mayoristas de acceso necesarios para seguir prestando a sus clientes los servicios minoristas de telefonía fija, internet y televisión: servicios mayoristas de AMLT para servicio telefónico fijo y de ADSL IP para servicios de internet y televisión.

- Desarrollo del proceso de migración a los servicios mayoristas de acceso de Telefónica durante este tiempo.

Ha de partirse de la firma de los respectivos contratos mayoristas de acceso en virtud de los cuales se iba a llevar a cabo el proceso de migración de los clientes de Ocean's.

Con fecha 11 de marzo de 2013, Telefónica y Ocean's firmaron el correspondiente contrato para el servicio mayorista AMLT (acceso mayorista a la línea telefónica). Por otra parte, en fecha 24 de abril de 2013 Telefónica y Ocean's firmaron el contrato para la provisión por Telefónica del acceso indirecto al bucle de abonado de su red telefónica fija (servicio mayorista de ADSL IP).

Con posterioridad a la celebración de los respectivos contratos, han existido diversas negociaciones entre ambas compañías para la entrega de los servicios, y si bien para el caso del servicio de AMLT, Ocean's pudo comenzar y completar la migración de sus clientes hacia las nuevas líneas, no pasó lo mismo respecto al servicio de ADSL IP.

La falta de entrega por parte de Telefónica del servicio de ADSL IP solicitado por Ocean's debido a múltiples incidencias técnicas en la provisión del servicio mayorista, motivó la concesión por Telefónica de sucesivas prórrogas del contrato inicial de reventa.

En efecto, si bien Telefónica comunicó a Ocean's en su burofax de fecha 4 de marzo de 2013 su voluntad de no proceder a la renovación del contrato de reventa a partir del día 1 de junio de 2013, el mismo fue prorrogado en diversas ocasiones a efectos

de poder facilitar la migración de los clientes de Ocean's a los servicios mayoristas de acceso de Telefónica.

Concretamente, el día 21 de mayo de 2013, se remitió burofax a Ocean's por parte de Telefónica comunicando la prórroga del contrato de reventa hasta el 1 de octubre de 2013. Y debido a las dilaciones que se estaban produciendo en la entrega de los servicios por parte de Telefónica, ésta comunicó nuevamente el día 1 de octubre a Ocean's una nueva prórroga del contrato hasta el día 1 de noviembre de 2013.

Mediante burofax de fecha 22 de octubre de 2013, Ocean's puso en conocimiento de Telefónica que el circuito necesario para tramitar y gestionar la migración de líneas ADSL al segmento mayorista de Telefónica se encontraba pendiente de parcheo (conexión física de elementos para establecer un circuito), por lo que técnicamente no era posible la finalización de la migración para el día 1 de noviembre de 2013.

En respuesta a ello, Ocean's recibió el día 4 de noviembre de 2013 burofax de Telefónica en el que se le comunicaba una nueva prórroga y que la totalidad de los servicios deberían estar migrados a una solución mayorista en fecha 31 de diciembre de 2013, procediéndose en dicho momento a la total cancelación de los servicios del área minorista.

Respecto a los servicios de valor añadido que ofrecía Ocean's a sus clientes en virtud de su relación contractual con Telefónica⁵, se señalaba en dicho burofax por parte de Telefónica que **[CONFIDENCIAL**

FIN CONFIDENCIAL]. Es decir, se señaló por parte de Telefónica que los servicios de valor añadido que Ocean's venía ofreciendo a sus clientes podrían ser reposicionados en otros servicios de modo que Ocean's pudiera seguir prestándolos.

Sin embargo, con fecha 3 de diciembre de 2013, Ocean's puso en conocimiento de Telefónica la imposibilidad de comenzar la migración tanto de los servicios de datos (ADSL) como de los servicios de valor añadido sobre los mismos, dado que Telefónica no había provisionado el Puerto del punto de acceso indirecto (pPAI) solicitado por Ocean's e imprescindible para comenzar la migración⁶. Respecto a los servicios de valor añadido, Ocean's señalaba que Telefónica no les había indicado cuáles eran esos servicios susceptibles de reposicionamiento ni sus condiciones económicas.

Asimismo, le comunicaba que la cancelación de la prestación de los servicios derivados del contrato de reventa a 31 de diciembre de 2013 sin que estuvieran

⁵ Según Ocean's, se trata de unos 286 tipos distintos de servicios, que aparecen mencionados en el Anexo I de su último escrito presentado el día 6 de junio de 2014 (entre otros, servicios de correo electrónico y dominios, centralitas de clientes en régimen de *renting* con Telefónica, líneas minoristas RDSI o RTB...).

⁶ Una vez finalizado el parcheo del circuito necesario para realizar las migraciones, era necesaria la entrega por parte de Telefónica de un pPAI para comenzar la migración.

provisionados los servicios mayoristas de ADSL IP conllevaría un relevante perjuicio para los usuarios finales, que se verían desprovistos de los servicios minoristas prestados por Ocean's. La falta de respuesta por parte de Telefónica llevó a Ocean's a plantear el conflicto ante esta Comisión.

Telefónica concedió una nueva prórroga del contrato a Ocean's hasta el 31 de marzo de 2014. Asimismo, en la comunicación remitida por Telefónica se exigía a Ocean's que tuviera la diligencia imprescindible en el proceso de migración hacia el área mayorista de Telefónica. La operadora señalaba que la responsabilidad en cuanto a los tiempos que habían sido necesarios para disponer del marco contractual y técnico que permitiera la migración de las líneas de Ocean's a los servicios mayoristas era de esta última.

Frente a ello, Ocean's señaló que en las comunicaciones enviadas los días 3 y 23 de diciembre de 2013 a Telefónica, ya expresó la imposibilidad de comenzar la migración de los servicios de datos (ADSL) y de los servicios de valor añadido sobre los mismos debido a la falta de provisión de los elementos técnicos necesarios por parte de Telefónica. Es por esto que Ocean's manifestaba su voluntad de continuar con la tramitación del expediente de conflicto frente a Telefónica al existir cuestiones técnicas pendientes de autorizar por parte de ésta.

En este punto, debe señalarse que no fue sino hasta diez meses después de la celebración del contrato cuando, mediante correo electrónico de fecha 6 de marzo de 2014, Telefónica puso en conocimiento de Ocean's que el servicio ADSL IP estaba provisionado. Concretamente, se señalaba por parte de Telefónica:

[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL].

Sin embargo, a pesar de haberse notificado por Telefónica que el servicio estaba provisionado, Ocean's constató que, aunque los servicios ADSL activados en la política Best Effort⁷ funcionaban, no ocurría lo mismo con los servicios ADSL a través de la política ORO⁸, lo que fue puesto en conocimiento de Telefónica mediante correo electrónico de Ocean's de fecha 18 de marzo de 2014. Concretamente, en dicho correo se señalaba por Ocean's:

[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL].

⁷ Servicios ADSL IP especialmente dedicados a usuarios residenciales o pequeñas o medianas empresas cuya calidad/velocidad de conexión no está garantizada sino que puede variar en función del tiempo.

⁸ Servicios ADSL IP que garantizan una mínima calidad/velocidad.

Según Ocean's, Telefónica no dio una respuesta formal a dicho correo, habiendo recibido tan sólo una llamada el día 20 de marzo de 2014 de un técnico de Telefónica interesándose por la incidencia.

Además de dicha incidencia técnica, se puso en conocimiento de la Comisión que existían incidencias administrativas asociadas al proceso de migración.

En este sentido, se aportaron por Ocean's correos electrónicos desde el día 17 de marzo de 2014 remitidos por la operadora a Telefónica donde se indicaba al Centro de Soporte a Operadores de Telefónica que las peticiones de altas nuevas y migraciones de manera automatizada (mediante e-mail autenticado por PGP⁹) no funcionaban. La última contestación de Telefónica recibida al respecto señala:

[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL].

A dicho correo, Ocean's respondió inmediatamente indicando:

[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL].

Pero a dicha comunicación no se produjo respuesta alguna por parte de Telefónica.

Expuesto lo anterior, según Ocean's, se pudieron migrar del segmento minorista al mayorista 14 ADSL de manera manual a través del interfaz web de Telefónica (SGO¹⁰). Eran líneas de clientes de confianza de Ocean's. Sin embargo, la migración masiva de clientes no había podido empezarse por los problemas técnicos a nivel de red y sistemas explicados anteriormente.

Debido a dichos problemas, con fecha 19 de marzo de 2014 Ocean's remitió nuevamente un burofax a Telefónica interesando la prórroga del contrato de reventa con el fin de que se salvaguardasen los derechos de sus usuarios finales.

Puesto que a fecha 25 de marzo de 2014, Telefónica no había dado respuesta a la solicitud de Ocean's de prorrogar el contrato de reventa existente, ésta procedió nuevamente a solicitar a la Comisión la adopción de las medidas cautelares contenidas en su escrito de 20 de diciembre de 2013.

Dos días más tarde (el 27 de marzo de 2014), Telefónica remitió a Ocean's un burofax con una carta de Acuerdo anexada en la que se comunicaba la prórroga de los servicios prestados hasta el momento por Telefónica desde el 1 de abril hasta el 3 de junio de 2014 a pesar de que Telefónica consideraba que Ocean's era la única responsable de las dilaciones producidas en la migración, con nuevas condiciones económicas (aplicación de un recargo del 25%).

⁹ Aplicación criptográfica para el cifrado de archivos.

¹⁰ Sistema de Gestión de Operadores: Interfaz de comunicación entre operadores para la gestión de parte de las ofertas mayoristas de Telefónica.

En la misma fecha (27 de marzo de 2014), Ocean's remitió respuesta al burofax de Telefónica expresando su disconformidad con las afirmaciones efectuadas por Telefónica.

El día 28 de marzo de 2014 Telefónica presentó un escrito en la Comisión comunicando que procedía a extender la prestación de servicios a Ocean's de forma improrrogable hasta el día 30 de junio de 2014 (no se hacía mención al cobro del recargo del 25%). Con fecha 31 de marzo de 2014 Telefónica efectuaba dicha comunicación a Ocean's.

Hasta entonces, Ocean's centró sus esfuerzos en finalizar los trabajos de migración. Los problemas técnicos que estaban pendientes de solventar fueron solucionados por Telefónica, según afirma esta última en el último burofax remitido a Ocean's, el día 14 de marzo de 2014. Sin embargo, según Ocean's, existían contradicciones cuando la propia Telefónica en un correo electrónico de 6 de marzo de 2014 indicaba tal finalización y más tarde (24 y 26 de marzo) se afirmaba por parte de Telefónica que *"el problema parece encontrarse en el encapsulado PPPoA con multiplexación VC"*.

Por lo que se refiere a los servicios de valor añadido que había venido prestando Ocean's a sus aproximadamente [CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL] clientes, Ocean's seguía sin obtener respuesta por parte de Telefónica respecto de los servicios alternativos de reposicionamiento, siendo en la reunión mantenida entre ambas partes el día 6 de mayo de 2014 (más de un año después), en contra de lo señalado en su burofax de 4 de noviembre de 2013, cuando se le indicó que no existía réplica de dichos servicios a nivel mayorista¹¹, de modo que los usuarios finales de Ocean's perderían estos servicios asociados a las líneas con fecha 30 de junio de 2014.

Según la visión de los hechos de Telefónica se concluye que efectivamente ha existido un retraso considerable en la provisión de los servicios ADSL-IP calculado en 464 días. No obstante, Telefónica atribuye la mayor parte de los retrasos (366 días) a Ocean's, en donde destaca un retraso asociado a un supuesto error en la dirección de entrega de un circuito (134 días) y una solicitud de Ocean's a Interxión de los puentes hasta su posición dentro del Data Center (50 días).

Los retrasos que Telefónica se imputa (98 días) en su mayoría corresponderían a retrasos de responsabilidad compartida entre las dos compañías siendo, a su entender, únicamente tres días los de responsabilidad total.

A este respecto, de cara a la adopción de medidas cautelares se constata que la propia Telefónica asume un retraso mínimo imputable de tres meses. Adicionalmente, tampoco es concebible atribuir a Ocean's un retraso de 134 días por haber introducido erróneamente una dirección en NEON a menos que ello hubiera implicado el inicio de unos trabajos en la dirección errónea, no siendo el caso, dado

¹¹ Como se ha señalado, en un primer momento Telefónica le dijo a Ocean's que dichos servicios de valor añadido podrían ser reposicionados en otros servicios de modo que pudieran seguir prestándose por Ocean's a sus clientes, aunque Telefónica no llegó a concretar cuáles serían dichos servicios de reposicionamiento.

que ambas partes eran plenamente conocedoras de la ubicación de los emplazamientos por la multitud de reuniones que habían mantenido al respecto.

Por lo tanto, aplicando una división de responsabilidades del 50%, sin entrar en el detalle que se llevará a cabo en la resolución del conflicto, podría concluirse que Telefónica, como mínimo, se podría haber retrasado $98 + 134/2$, es decir, 165 días, unos cinco meses y medio.

- Resolución de la CNMC sobre disponibilidad efectiva del servicio mayorista NEBA.

Además de los problemas técnicos y de la inexistencia de servicios alternativos a los servicios de valor añadido ofrecidos por Ocean's, anteriormente expuestos, debe tenerse en cuenta la aprobación con fecha 1 de abril de 2014 de la Resolución sobre la disponibilidad efectiva del servicio NEBA.

En dicha Resolución se declara disponible el servicio NEBA, como nuevo servicio mayorista que está obligada a ofrecer Telefónica en virtud de las obligaciones impuestas en el mercado 5¹², y que sustituye a los actuales servicios mayoristas de GigADSL y ADSL IP (cuyas condiciones se establecían en la OBA). De este modo, tras la declaración de la disponibilidad efectiva de NEBA, en todas las localizaciones con cobertura NEBA, Telefónica no tiene obligación de aceptar nuevas altas de GigADSL o ADSL-IP, pero debe continuar prestando durante un año en condiciones reguladas el servicio anterior en las conexiones existentes.

Así, según se señala en la página 5 (segundo párrafo) y la página 31 (segundo párrafo y siguientes) de la Resolución: *“de acuerdo a esta Resolución y en consonancia con lo establecido en la Resolución de los Mercados 4 y 5, tras la declaración de disponibilidad efectiva de NEBA, en todas las localizaciones con cobertura NEBA, Telefónica no tendrá obligación de aceptar nuevas altas de GigADSL o ADSL-IP, y deberá continuar prestando durante un año en condiciones reguladas el servicio en las conexiones existentes”*.

Consciente de la futura sustitución del servicio ADSL IP por el servicio NEBA, Ocean's solicitó con fecha 24 de marzo de 2014 a Telefónica la suscripción del contrato asociado al NEBA a efectos de adaptar sus líneas a estos servicios.

Telefónica no contestó hasta el día 30 de abril de 2014, señalando que el día 1 de abril se había aprobado la Resolución sobre la disponibilidad efectiva del NEBA y que, de acuerdo con esta resolución, los servicios GigADSL y ADSL IP (Nacional y Regional) habían quedado desregulados en las zonas de cobertura NEBA. De este modo, en estas zonas, y para las líneas que no se hubieran migrado por Ocean's a fecha 1 de abril de 2014, serían de aplicación las nuevas condiciones económicas no reguladas contempladas en su Oferta de Servicios GigADSL Comercial y ADSL IP Comercial hasta que no estuviera efectivamente implementado el servicio NEBA

¹² Resolución de 22 de enero de 2009, por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructuras de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado en una ubicación fija (mercado 4) y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor (mercado 5), la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas y se acuerda su notificación a la Comisión Europea (MTZ 2008/626).

para las líneas de Ocean's¹³ (los precios de los servicios no regulados son notablemente superiores a los que hasta ese momento Telefónica venía aplicando en condiciones reguladas¹⁴). Telefónica le remitió adjunto a Ocean's el Contrato Tipo ADSL IP Comercial para que fuera devuelto firmado por Ocean's en un plazo de 15 días.

Sin embargo, Ocean's solicitó una reunión con Telefónica ante su disconformidad con la contestación de la operadora, dado que el motivo fundamental por el que – según Ocean's- no había podido migrar a todos sus clientes finales a la OBA antes del 1 de abril de 2014 fue que Telefónica no había completado los trabajos de provisión de los elementos técnicos para el correcto funcionamiento del servicio. En dicha reunión, que tuvo lugar el día 6 de mayo de 2014, Telefónica confirmó su oferta del Contrato ADSL IP Comercial, así como la fecha de aplicación de sus precios.

- Problemática actual como consecuencia del proceso de migración que ha llevado a Ocean's a solicitar la adopción de medidas cautelares.

El desarrollo anterior de los hechos conlleva para Ocean's una doble problemática.

- a. Por un lado, Telefónica está exigiendo para todas las líneas que se encuentran en zonas NEBA los precios de los productos comerciales GigADSL o ADSL IP, al no ser ya exigible la prestación de los servicios tradicionales de acceso indirecto en dichas zonas a partir de la Resolución de 1 de abril de 2014.

Según Ocean's, se han migrado 567 líneas antes de 1 de abril de 2014 y 1167 líneas después de dicha fecha –hasta el día 6 de junio de 2014-, sobre el pPAI entregado en marzo de 2014. Según datos de Telefónica, el número de conexiones es algo diferente, ascendiendo a 1423 en zonas con cobertura NEBA.

- b. Por otro lado, en relación con las líneas no migradas debido a la inexistencia de servicios de reposicionamiento en el ámbito mayorista, Telefónica remite únicamente a su catálogo de productos mayoristas, pero ha indicado últimamente que no hay ningún producto mayorista apropiado para prestar estos servicios. En las alegaciones de Telefónica, este operador estima que los del total de **[CONFIDENCIAL**

FIN CONFIDENCIAL].

Ocean's solicitó a Telefónica mediante burofax de fecha 9 de mayo de 2014:

1º) El mantenimiento de los precios establecidos en la OBA durante un año más para los servicios que se migren desde dicha fecha hasta la resolución del contrato de reventa, dado que la imposibilidad de migrar los servicios antes del 1 de abril de

¹³ El paso de las líneas de Ocean's a NEBA en las zonas con dicha cobertura requiere de determinadas actuaciones por parte de la operadora que impiden que dicho paso pueda hacerse automáticamente.

¹⁴ Según Ocean's, las modificaciones en los precios conllevarían un incremento de la cuota mensual de un 47,05% y un incremento en la cuota de alta de 43,47%.

2014 era debido única y exclusivamente a la falta de provisión por parte de Telefónica de los elementos técnicos necesarios, lo que, además, resultaría acorde con el espíritu de la Resolución de 1 de abril de 2014 sobre disponibilidad del NEBA, en el sentido de que se obligaba a Telefónica a *“continuar prestando durante un año en condiciones reguladas el servicio en las conexiones existentes”*, y

2º) La prórroga del contrato de reventa hasta el 31 de diciembre de 2014 (6 meses más) para evitar dejar sin servicio a los **[CONFIDENCIAL]** usuarios que disponen hasta la fecha de servicios que no tienen equivalencia en el ámbito mayorista.

Con fecha 2 de junio de 2014, Telefónica remitió a Ocean’s su contestación al burofax de 9 de mayo de 2014 negándose a admitir lo peticionado por Ocean’s, dado que los trabajos de provisión del ADSL IP *“quedaron concluidos el 14 de marzo de 2014, por lo que Ocean’s Network pudo –desde dicha fecha hasta el 01 de abril de 2014- haber procedido a la migración de todas las líneas ADSL”* y porque respecto de los servicios que Ocean’s denominaba de valor añadido, Ocean’s tenía a su disposición la totalidad del catálogo de servicios mayoristas de Telefónica.

- Medidas cautelares solicitadas por Ocean’s.

Dadas las vicisitudes que dicha negativa conllevará tanto para Ocean’s como para sus clientes la operadora solicita ante la Comisión la adopción de medidas cautelares.

- a. Por un lado, por lo que se refiere a su petición de mantenimiento de los precios OBA durante un año adicional, para todos aquellos servicios que se han migrado antes o después de la Resolución de 1 de abril de 2014, debe señalarse que, indiciariamente, de los hechos acontecidos durante la tramitación del presente expediente, se desprende que Ocean’s no ha podido migrar a sus clientes finales a los servicios mayoristas de la OBA antes de 1 de abril de 2014 debido a varias razones, y principalmente porque Telefónica no había finalizado los trabajos de provisión de los elementos técnicos necesarios para el correcto funcionamiento del servicio, por lo que aunque existieran líneas pendientes a fecha 1 de abril de 2014, a éstas no les deberían resultar de aplicación los precios no regulados de los servicios GigADSL y ADSL IP comerciales, sino los mismos precios que los que resultaron de aplicación a las líneas migradas antes de 1 de abril de 2014.

Ello teniendo en cuenta la Resolución citada sobre la disponibilidad del NEBA, según la cual Telefónica está obligada a mantener los servicios en condiciones reguladas para las conexiones existentes durante un año.

Si bien Telefónica considera que el texto de la Resolución indica que los precios deberían aplicar a las líneas existentes, debe considerarse que a las solicitudes de acceso indirecto realizadas con tanta anterioridad a la fecha de la Resolución de disponibilidad del NEBA se les ha de aplicar dichas condiciones, sobre todo cuando ha habido retrasos en la provisión del servicio imputables a Telefónica y el operador alternativo desconocía cuándo se iba a dictar dicha resolución.

Ocean's solicita en su escrito de 25 de junio que el mantenimiento de los precios de vigencia se produzca durante un año desde el 1 de abril de 2014 – fecha de la Resolución de disponibilidad del NEBA-. Sin embargo, el fin de esta resolución –de medidas cautelares- es asegurar las condiciones que se juzgan como razonables hasta la fecha de resolución del conflicto, no más allá.

- b. En cuanto a los servicios de valor añadido que no han migrado – correspondientes a **[CONFIDENCIAL]** clientes-, para los que Ocean's solicita una nueva prórroga del contrato de reventa de 2010, hasta el 31 de diciembre de 2014, de modo que sea posible garantizar una solución para todos aquellos usuarios finales a los que se está prestando servicios que no disponen directamente de un producto mayorista regulado equivalente **[CONFIDENCIAL]**

FIN CONFIDENCIAL], procede hacer las siguientes consideraciones.

Si bien Telefónica informó a Ocean's el 31 de octubre de 2013 de que parte de estos servicios no existían en la modalidad de reventa y que debía reposicionarlos, no dejó lo suficientemente claro si iba a ser Telefónica la encargada de llevar a cabo dicho reposicionamiento. Literalmente Telefónica afirma en dicha fecha:

[CONFIDENCIAL]

FIN CONFIDENCIAL]

Estos servicios necesitan de desarrollos e implementaciones sobre servicios mayoristas, necesitando tener como base servicios regulados como la coubicación y desagregación (OBA) o el alquiler de infraestructuras (ORLA), para después poder desarrollar servicios adicionales como grupos de salto, VPN's, alquiler de centralitas o instalación de nuevas o servicios de Televisión (Yomvi).

No obstante, no ha sido hasta mayo de 2014 cuando Ocean's deja constancia que Telefónica le informa de que no existe un producto mayorista disponible para la prestación por Ocean's de estos servicios de valor añadido. A juicio de esta Comisión, ha existido cierta confusión para identificar el alcance de los servicios mayoristas, entendiendo Ocean's que daban cobertura a los servicios de valor añadido y dando por supuesto Telefónica que quedaban fuera de cualquier acuerdo comercial.

Sea como fuere, Telefónica no está obligada a prestar estos servicios a Ocean's y cierto es, como señala Telefónica, que esta entidad no tiene obligación de asesoramiento a ningún operador, pero habiendo rescindido el contrato a la empresa y teniendo obligación de dar determinados productos

mayoristas –[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL]-, la respuesta en cuanto a los servicios mayoristas apropiados tendría que haber sido más clara.

Sin embargo, siendo Ocean's operador de telecomunicaciones la mayoría de estos servicios –basados en [CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL]- los puede prestar directamente o sobre la base de un producto de acceso directo pidiendo la portabilidad de las líneas de Telefónica y ofreciendo soluciones alternativas para los servicios de valor añadido –[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL].

Por ello, con el fin de no ocasionar perjuicios a los clientes, se considera apropiado mantener cautelarmente la prestación de servicios derivados del contrato de reventa con Telefónica –hasta 5 meses adicionales desde la expiración de la última prórroga del contrato- para las líneas dadas de alta con anterioridad a la expiración del contrato –Telefónica no está exigida a dar nuevas altas-, a fin de que Ocean's consiga un producto que le asegure replicar sus servicios.

Dicho mantenimiento del servicio se considera razonable siempre que Ocean's siga pagando los servicios prestados tal como está previsto en el contrato cuya resolución ha instado Telefónica.

Se considera que dicho plazo de 5 meses es suficiente para que Ocean's termine de encontrar la solución técnica adecuada –ya debe llevar tiempo buscándola, en la medida en que la última prórroga de la vigencia del contrato vencía próximamente y que es evidente que había servicios en ese paquete de servicios de valor añadido que iba a tener que prestar por otros medios¹⁵.

Este plazo se considera improrrogable, siempre y cuando no se produzcan incidencias por causas graves imputables a Telefónica. Igualmente, se considera que, si como máximo en el plazo de 4 meses –esto es, con anterioridad a 30 de noviembre de 2014- Ocean's comprueba que no va a poder ofrecer una alternativa a los servicios de valor añadido sobre la base de sus propias soluciones, debería ponerlo en conocimiento de sus clientes a fin de que éstos puedan valorar otras alternativas existentes, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Carta de Derechos del Usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas¹⁶.

¹⁵ [CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL].

¹⁶ A estos efectos, según su artículo 9.3, los operadores deberán notificar a sus usuarios finales las modificaciones contractuales con una antelación mínima de un mes, informando expresamente en la notificación de su derecho a resolver anticipadamente el contrato sin penalización alguna.

- Conclusión

Teniendo en cuenta lo anterior, y dada la finalización de la prórroga del contrato de reventa entre Telefónica y Ocean's el 15 de julio de 2014, se considera necesaria la intervención de la Comisión a efectos de garantizar la correcta prestación de los servicios mayoristas por parte de Telefónica y, en último término, que los usuarios finales no quedan desprovistos de sus servicios por las diversas incidencias que han acontecido en relación con la prestación de los servicios mayoristas de ADSL IP por parte de Telefónica a Ocean's.

Desde este punto de vista, como se ha adelantado anteriormente, corresponde a la Comisión intervenir en las relaciones entre los operadores con el objeto de garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios (artículos 15 y 70.2 letras d) y g) de la LGTel de 2014). De acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, y en base a la documentación presentada, se estima que concurre la suficiente apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*), todo ello sin prejuzgar el fondo del asunto, para adoptar las siguientes medidas cautelares:

(i) Mantener cautelarmente, hasta la resolución definitiva del presente conflicto, los precios de la OBA para todas las líneas de Ocean's que se migren hasta la fecha de la rescisión del "*Contrato de Venta de Productos y Prestación de Servicios a integradores de Tecnologías de la información para su reventa*", existente entre Ocean's y Telefónica.

(ii) Mantener cautelarmente los servicios prestados por Telefónica a Ocean's al amparo del "*Contrato de Venta de Productos y Prestación de Servicios a integradores de Tecnologías de la información para su reventa*" de 1 de junio de 2010, por un periodo máximo de 5 meses, a salvo de lo que se decida en la Resolución definitiva del presente procedimiento.

c) Necesidad y urgencia de las medidas cautelares

Tal y como se ha manifestado en los Antecedentes de Hecho, con fecha 31 de marzo de 2014, Ocean's recibió comunicación de Telefónica manifestando "*la extensión improrrogable*" de las relaciones contractuales existentes entre ellas, de tal forma que el contrato de reventa que tenían entre ellas quedaría prorrogado hasta el próximo día 30 de junio de 2014 (posteriormente prorrogada hasta el día 15 de julio del mismo año).

Dada la inminencia de la finalización de la prórroga del contrato sin que se haya dictado la resolución definitiva del conflicto y sin que haya finalizado el proceso de migración de las líneas ADSL de Ocean's a los servicios mayoristas de Telefónica, la adopción de medidas cautelares se considera necesaria y urgente, pues con ellas se limita el riesgo de dejar sin servicio minorista a los clientes de Ocean's y la pérdida de viabilidad económica por parte de Ocean's al tener que pagar precios mucho más elevados de los que tendría que pagar en condiciones reguladas respecto de las líneas migradas con posterioridad al 1 de abril. Ello teniendo en cuenta que Telefónica tiene la obligación de dar un acceso indirecto en base a la

Resolución del mercado 5, y en este caso se pretende mantener dicho acceso a Ocean`'s a los precios regulados por la Comisión.

Así pues, resulta necesario adoptar medidas con carácter previo a la resolución final del procedimiento, sin que pueda esperarse a la finalización del mismo para intervenir.

De no adoptarse medidas como éstas de forma cautelar, la resolución que esta Comisión termine en su caso aprobando para la resolución del conflicto entre Telefónica y Ocean`'s como consecuencia del procedimiento iniciado, podría resultar inoperante si llegada la fecha del 15 de julio de 2014 a los clientes de Ocean`'s pertenecientes a zonas NEBA se les aplicase un precio mayorista por los servicios ADSL-IP mucho más elevado que el anterior, que no parece en nada razonable a esta Comisión, y que podría hacer inviable a la empresa o si los clientes con servicios específicos (siendo los más significativos los servicios de grupo de salto con centralita, centralitas en régimen de *renting* con Telefónica y servicios para empresas con líneas ADSL cuyos dominios y correos electrónicos están vinculados a Telefónica) se quedaran sin servicio con anterioridad a que Ocean`'s pudiera ofrecerles un servicio de acceso directo y solución alternativa para los servicios de valor añadido. No es objetivo de este organismo proteger la viabilidad económica de determinadas empresas, es cierto, pero la medida cautelar no se adopta por este motivo, sino porque concurre una apariencia de buen derecho muy clara sobre los precios aplicables para la CNMC y no se irrogan perjuicios graves a Telefónica que aconsejen su no adopción.

Por ello, con el fin de evitar la pérdida del efecto útil de las medidas que pudieran adoptarse por la Comisión en el seno del presente procedimiento, resulta apropiada y ajustada a Derecho, tal y como se ha señalado, la adopción de las presentes medidas cautelares.

d) Proporcionalidad de las medidas cautelares

Las medidas cautelares propuestas son idóneas y plenamente respetuosas con el principio de proporcionalidad¹⁷, habiéndose llevado a cabo 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. En este sentido, las medidas cautelares que se proponen no violan derechos amparados por las leyes ni ocasionan perjuicios de difícil o imposible reparación (artículo 72.3 de la LRJPAC).

La adopción de estas medidas cautelares se considera proporcionada a las circunstancias que concurren en el presente procedimiento porque, teniendo por

¹⁷ 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.

objeto asegurar la prestación de los servicios a los clientes finales de Ocean's, se garantiza que éstos no quedan injustificadamente desprovistos de sus servicios.

Teniendo en cuenta lo que antecede, puede concluirse que las medidas a adoptar en sede cautelar son plenamente consecuentes con el principio de proporcionalidad y tienen también carácter idóneo para cumplir con el objetivo perseguido.

Telefónica solicita la constitución de un aval por importe mínimo de **[CONFIDENCIAL]** euros. Sin embargo, dicho aval no está justificado porque se causen a Telefónica perjuicios económicos claros, salvo la prórroga de los servicios de acceso, que se le están pagando por Ocean's. Alega Telefónica la existencia de cantidades debidas, cuando no se han hecho valer en el presente conflicto con anterioridad.

Vistos los Antecedentes de hecho y Fundamentos de Derecho y, vistas, asimismo, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y demás normas de aplicación, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

Primero.- Adoptar la medida cautelar consistente en mantener, hasta la resolución del presente conflicto, los precios de la OBA para todas las líneas que hubieran sido dadas de alta con anterioridad por parte de Ocean's Network, S.L. y que se hayan migrado por esta entidad.

Segundo.- Adoptar la medida cautelar consistente en mantener los servicios y condiciones prestadas por Telefónica de España, S.A.U. a Ocean's Network, S.L. a las líneas ya existentes, al amparo del *"Contrato de Venta de Productos y Prestación de Servicios a integradores de Tecnologías de la información para su reventa"* de 1 de junio de 2010 por un plazo improrrogable de cinco meses, esto es, como máximo hasta el 10 de diciembre de 2014.

Si en el plazo de 4 meses desde la notificación de la presente Resolución, Ocean's considera que no va a poder ofrecer una alternativa a los servicios de valor añadido sobre la base de sus propias soluciones, debería ponerlo en conocimiento de sus clientes a fin de que éstos puedan valorar otras alternativas existentes en el mercado.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.