

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DECLARA CONCLUSO EL PROCEDIMIENTO DE CONFLICTO INTERPUESTO POR MÁSMÓVIL TELECOM 3.0, S.A. Y MASMÓVIL IBERCOM, S.A. CONTRA ORANGE ESPAGNE, S.A., RELATIVO A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ACCESO MÓVIL MAYORISTA BASADO EN TECNOLOGÍA 4G, POR DESAPARICIÓN SOBREVENIDA DEL OBJETO.

CFT/D TSA/2122/14/MASMÓVIL vs. ORANGE ACCESO 4G

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria 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 Madrid, a 23 de julio de 2015

Visto el expediente de conflicto de acceso móvil mayorista basado en tecnología 4G planteado por MásMóvil Telecom 3.0, S.A. y MasMóvil Ibercom, S.A. contra Orange Espagne, S.A., la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito presentado por MasMóvil Ibercom, S.A. y MasMóvil Telecom 3.0, S.A. instando el inicio del conflicto de acceso.

Con fecha 17 de noviembre de 2014, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -en lo sucesivo, CNMC- un escrito de las entidades MÁSMÓVIL TELECOM 3.0, S.A. -en adelante, MasMóvil Telecom- y MASMÓVIL IBERCOM, S.A. -en adelante, MasMóvil Ibercom- (ambas asimismo referidas en lo sucesivo y en algunos casos como MasMóvil) mediante el que plantearon un conflicto de acceso frente a ORANGE ESPAGNE, S.A. -en adelante, Orange-, operador que les presta a ambas entidades servicios mayoristas de acceso móvil.

Concretamente, MasMóvil solicitó que se obligase a Orange a facilitarle acceso móvil mayorista basado en tecnología 4G a precios razonables que le permitiese replicar las ofertas de Orange y de su segunda marca Amena y que éstos se determinasen en la misma resolución que ponga fin al conflicto planteado, sobre la base de las obligaciones legales, regulatorias y contractuales que, a su juicio, tiene Orange.

Además, MasMóvil solicitó la adopción de las siguientes medidas cautelares:

- Determinar de manera urgente e inmediata, hasta la resolución del conflicto, el acceso 4G según los precios aplicados al acuerdo 3G, de manera que MasMóvil pueda competir.
- Declarar que los precios fijados sean aplicables a todas las sociedades del Grupo MasMóvil (concretamente, MasMóvil Ibercom, MasMóvil Telecom y a la antigua The Phone House Móvil, S.L.U. –en adelante, TPH-).
- Que se establezca que no se empeore la calidad del acceso y servicio a MasMóvil y a sus clientes.
- Que se conmine a Orange a que no cancele o modifique ningún acuerdo bilateral vigente con Orange, como la facturación de bonos mayoristas fijos de datos –tarifas de pago comprometidas con independencia de su consumo-.
- Que se conmine a Orange a que no interrumpa y/o dilate proyectos comunes que estén actualmente en marcha como la migración a los clientes de MasMóvil Telecom a una plataforma de OMV Completo, de forma que los clientes de dicha entidad no se vean perjudicados.
- Que no se dilate o cancele el proyecto de homologación de tarjetas 4G SIM **INICIO CONFIDENCIAL TERCEROS [...] FIN CONFIDENCIAL TERCEROS** de MasMóvil.
- Finalmente, que se impida a Orange comercializar –directa o indirectamente a través de su marca Amena- tarifas con la oferta 4G hasta que MasMóvil haya llegado a un acuerdo satisfactorio de precios para el servicio 4G y tenga acceso efectivo a este servicio de forma que pueda competir efectivamente en el mercado.

Adicionalmente, MasMóvil presentó adjunto a su escrito principal dos anexos consistentes en (i) una relación de las comunicaciones y reuniones mantenidas entre Orange y MasMóvil para el acceso a la tecnología 4G y (ii) un informe técnico de la empresa Arthur D. Little sobre la situación de los OMV en el

mercado español, la creciente relevancia del 4G y el impacto en MasMóvil de la oferta de acceso a LTE presentada por Orange¹.

SEGUNDO.- Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento.

Mediante sendos escritos de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (en adelante, Directora de la DTSA) de la CNMC de fecha 9 de diciembre de 2014, se notificó a los mencionados operadores el inicio del correspondiente procedimiento para resolver el conflicto de acceso móvil mayorista planteado por MasMóvil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -en adelante, LRJPAC-, concediéndose a Orange un plazo de quince días para que alegaran lo que tuviesen por conveniente y aportaran los documentos que consideraran oportunos.

TERCERO.- Requerimientos de información a los operadores interesados.

Mediante sendos escritos de la Directora de la DTSA de fecha 17 de diciembre de 2014, se requirió respectivamente a MasMóvil y a Orange determinada información y documentación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la LRJPAC.

CUARTO.- Ampliación de plazo a Orange.

Con fecha 18 de diciembre de 2014, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Orange mediante el que solicitó una ampliación del plazo otorgado para formular alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento de referencia indicado en el Antecedente segundo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.1 de la LRJPAC, estimándose conveniente, mediante escrito de fecha 5 de enero de 2015, ampliar el plazo en cinco días hábiles adicionales.

QUINTO.- Escrito de alegaciones de Orange.

Con fecha 8 de enero de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de Orange al acuerdo de inicio del presente procedimiento (indicado en el Antecedente segundo) para la resolución del conflicto de acceso móvil mayorista basado en tecnología 4G.

SEXTO.- Contestación de MasMóvil y Orange al requerimiento de información.

Con fechas 9 y 14 de enero de 2015, MasMóvil y Orange contestaron, respectivamente, a los respectivos requerimientos de información indicados en el Antecedente tercero.

¹ En aquel momento se estaba valorando la oferta presentada por Orange a MasMóvil Ibercom.

SÉPTIMO.- Nuevo escrito de Orange.

Con fecha 11 de febrero de 2015, tuvo entrada en el registro de esta Comisión un nuevo escrito de Orange mediante el que realiza alegaciones al informe técnico realizado por Arthur D. Little, aportado como Anexo 2 del escrito inicial de MasMóvil.

OCTAVO.- Acceso de MasMóvil a la documentación obrante en el expediente.

Mediante escrito de la Directora de la DTSA de fecha 17 de febrero de 2015, MasMóvil tuvo acceso a la siguiente documentación obrante en el expediente (i) escrito de alegaciones de Orange de fecha 8 de enero de 2015 junto con su documentación anexa y (ii) contestación de Orange al requerimiento de información practicado por esta Comisión en fecha 17 de noviembre de 2014 junto la documentación adjunta al mismo.

NOVENO.- Nuevo escrito de Orange.

Con fecha 18 de febrero de 2015, tuvo entrada en el registro de esta Comisión un nuevo escrito de Orange mediante el que explica de forma más detallada la oferta económica realizada a MasMóvil para la prestación de servicio de acceso móvil mayorista basado en tecnología 4G.

DÉCIMO.- Nuevo escrito de MasMóvil.

Con fecha 20 de febrero de 2015, tuvo entrada en el registro de esta Comisión, un nuevo escrito de alegaciones de MasMóvil a la vista de las alegaciones realizadas por Orange en sus escritos de 8 y 14 de enero de 2015, afirmando que todavía no ha recibido una oferta mayorista de acceso móvil basado en tecnología 4G para el modelo de OMVPS por parte de Orange.

DÉCIMO PRIMERO.- Segundo requerimiento de información a Orange.

En fecha 11 de marzo de 2015, se requirió a Orange nueva información, presentando contestación al requerimiento la entidad el pasado día 30 de marzo de 2015.

DÉCIMO SEGUNDO.- Nuevo escrito adicional de Orange.

Con fecha 13 de abril de 2015, Orange presentó un nuevo escrito adicional mediante el que informa del avance de los estudios de viabilidad realizados para (i) el acceso mayorista basado en tecnología LTE/4G para MasMóvil bajo la plataforma de OMV prestador de servicios (OMVPS) en la modalidad de prepago y (ii) la homologación de las tarjetas SIM para 4G **INICIO CONFIDENCIAL TERCEROS [...] FIN CONFIDENCIAL TERCEROS.**

DÉCIMO TERCERO.- Resolución de la CNMC de fecha 23 de abril de 2015 de adopción de medidas cautelares.

Con fecha 23 de abril de 2015, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la adopción de las siguientes medidas cautelares en el seno del presente procedimiento:

*“**Primero.-** Adoptar la medida cautelar consistente en conminar a Orange Espagne, S.A. a presentar una propuesta mayorista completa de acceso móvil basada en tecnología 4G a MasMóvil Telecom 3.0, S.A en el plazo máximo de 10 días desde la notificación de la presente resolución. Dicha propuesta debe referirse a ambas plataformas –prepago y postpago- de forma que MasMóvil Telecom 3.0, S.A pueda valorar sus opciones y poder definir su estrategia en el mercado para ofrecer servicios minoristas 4G a todos sus usuarios finales.*

***Segundo.-** Adoptar la medida cautelar consistente en conminar a Orange Espagne, S.A. a presentar una oferta técnica y comercial para la homologación de las tarjetas SIM para 4G **INICIO CONFIDENCIAL TERCEROS [...] FIN CONFIDENCIAL TERCEROS** en una semana desde la notificación de la presente Resolución. De forma adicional, el proceso completo de homologación de las tarjetas SIM para 4G **INICIO CONFIDENCIAL TERCEROS [...] FIN CONFIDENCIAL TERCEROS** debe realizarse en el menor tiempo posible y, en ningún caso, en un plazo superior a doce -12- semanas desde la aceptación de la oferta comercial por parte de MasMóvil Telecom 3.0, S.A.*

*Asimismo, Orange Espagne, S.A. deberá proporcionar a MasMóvil Telecom 3.0, S.A. en un plazo máximo de 4 semanas, desde la aprobación de la oferta, una tarjeta SIM 4G **INICIO CONFIDENCIAL TERCEROS [...] FIN CONFIDENCIAL TERCEROS** homologada correspondiente al tipo elegido por MasMóvil Telecom 3.0, S.A. dentro de los definidos por Orange.*

***Tercero.-** Adoptar la medida cautelar consistente en conminar a Orange Espagne, S.A. a mantener la aplicación de los bonos mayoristas adicionales vigentes en virtud de dicho contrato mediante la utilización de la citada herramienta informática como sistema de facturación para la aplicación de dichos bonos a favor de MasMóvil Telecom, salvo que Orange demuestre fehacientemente divergencias significativas en los datos consolidados”.*

DÉCIMO CUARTO.- Tercer requerimiento de información a Orange.

Mediante escrito de la Directora de la DTSA de fecha 18 de mayo de 2015 se requirió a Orange determinada información acerca del cumplimiento por parte de Orange de las medidas cautelares indicadas en el Antecedente anterior.

DÉCIMO QUINTO.- Escrito de Orange de contestación al tercer requerimiento de información y solicitando el archivo del conflicto.

Con fecha 1 de junio de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC, escrito de contestación de Orange al requerimiento de información indicado en el Antecedente anterior. Asimismo, Orange pone de manifiesto que *“ha alcanzado un acuerdo con MasMóvil en relación con todos los aspectos que fueron objeto de denuncia por parte de ese operador”*, por lo que, solicita el archivo del presente procedimiento por desaparición sobrevenida de su objeto.

DÉCIMO SEXTO.- Traslado del escrito anterior a MasMóvil.

Mediante escrito de la Directora de la DTSA de fecha 8 de junio de 2015, se dio traslado a MasMóvil del escrito presentado por Orange y mencionado en el Antecedente anterior, para que en el plazo de diez -10- días pudiera aducir las alegaciones que estimaran pertinentes.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Nuevo escrito de alegaciones de MasMóvil.

Con fecha 16 de junio de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de MasMóvil en relación con el traslado del escrito presentado por Orange en fecha 1 de junio de 2015 indicado en el Antecedente décimo séptimo.

En dicho escrito, MasMóvil solicita (i) el archivo del conflicto de acceso planteado frente a Orange al haber llegado a un acuerdo de acceso mayorista basado en tecnología 4G con Orange en la modalidad de *Service Provider* y (ii) que esta Comisión *“permanezca vigilante al cumplimiento del acuerdo al que han llegado las partes en relación con el acceso 4G y la homologación de las tarjetas SIM 4G INICIO CONFIDENCIAL TERCEROS [...] FIN CONFIDENCIAL TERCEROS para que su implementación no se vea demorada en el tiempo”*.

DÉCIMO OCTAVO.- Escrito adicional de Orange.

Con fecha 1 de julio de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC un nuevo escrito adicional de Orange mediante el que reitera su petición de archivo del presente procedimiento, aportando copia del acuerdo de acceso móvil mayorista 4G firmado con MasMóvil en fecha 1 de junio de 2015.

A los anteriores Antecedentes de Hecho les son de aplicación los siguientes

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento.

El presente procedimiento tiene por objeto resolver la pretensión planteada por MasMóvil contra Orange sobre el acceso móvil mayorista basado en tecnología 4G a precios razonables a la red de Orange, sobre la base del contrato que tenían firmado ambas compañías.

SEGUNDO.- Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Los artículos 6.4, 12.1.a).1º y 12.2 de Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC –en adelante, LCNMC y los artículos 15 y 70.2.d) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) atribuyen a la CNMC la función de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso e interconexión de redes.

En este sentido, los artículos 12.5 y 70.2.g) de la LGTel establecen 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 que se incluyen los siguientes:

- a) *“fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones para potenciar al máximo los beneficios para las empresas y los consumidores, principalmente en términos de bajada de los precios, calidad de los servicios e innovación, teniendo debidamente en cuenta la variedad de condiciones en cuanto a la competencia y los consumidores que existen en las distintas áreas geográficas, y velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en la explotación de redes o en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluida la transmisión de contenidos”. (...)*
- c) *Promover el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, fomentando la conectividad e interoperabilidad extremo a extremo de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y su acceso, en condiciones de igualdad y no discriminación”. (...)*

Por ello, y en atención a lo previsto en los artículos 5.3 y 6, en relación con el artículo 21.2 de la LCNMC, y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la

CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para resolver el presente conflicto es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

ÚNICO.- Desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento.

Como se ha indicado en el antecedente de hecho décimo quinto, Orange solicitó en su escrito de fecha de 1 de junio de 2015, el archivo del procedimiento por desaparición sobrevenida de su objeto. En dicho escrito, Orange afirmó que el día **INICIO CONFIDENCIAL TERCEROS [...] FIN CONFIDENCIAL TERCEROS**.

Dado traslado del escrito anterior de Orange a MasMóvil, dicho operador también solicita en su escrito el 19 de junio de 2015 el archivo del conflicto dirimido en el presente procedimiento al haber llegado a un acuerdo con Orange. Además, MasMóvil también ha solicitado que *“la CNMC que permanezca vigilante al cumplimiento del acuerdo al que han llegado las partes en relación con el acceso 4G y la homologación de las tarjetas SIM 4G 4G INICIO CONFIDENCIAL TERCEROS [...] FIN CONFIDENCIAL TERCEROS, para que su implementación no se vea demorada injustificada en el tiempo”*.

Según consta en la documentación obrante en el expediente, MasMóvil y Orange firmaron el día **INICIO CONFIDENCIAL TERCEROS [...] FIN CONFIDENCIAL TERCEROS** al contrato de acceso móvil mayorista principal que les vincula y en la que se establecen las condiciones de prestación, por parte de Orange, del servicio de acceso móvil mayorista basado en tecnología 4G/LTE bajo el modelo técnico de *Service Provider* (SP) **INICIO CONFIDENCIAL TERCEROS [...] FIN CONFIDENCIAL TERCEROS**. Las condiciones técnicas y económicas de prestación del citado servicio de acceso móvil mayorista LTE se describen en los Anexos I, II y III, respectivamente. Asimismo, en el Anexo IV del citado acuerdo se detallan las condiciones y plazos de homologación de las tarjetas SIM necesarias para la prestación del mencionado servicio de acceso mayorista LTE (USIM).

La Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC valora positivamente el acuerdo alcanzado entre Orange y MasMóvil el día 1 de junio de 2015, por la potencialidad de éste de introducir competencia a nivel minorista en el mercado de telefonía móvil teniendo en cuenta el grado de dificultad del solicitante para replicar la infraestructura necesaria para ofrecer tales servicios móviles.

Este acuerdo constituye una manifestación de voluntad de los operadores para la prestación del servicio de acceso móvil mayorista basado en tecnología 4G y la homologación de las tarjetas SIM necesarias para tal prestación. En su faceta estrictamente contractual, dicho acuerdo es un contrato privado que se rige por el principio de libertad de pactos entre MasMóvil y Orange tanto para

negociar como para decidir su contenido, cumpliendo con la normativa aplicable. Por tanto, en la negociación de un acuerdo de acceso como el analizado prima el libre acuerdo entre las partes.

En este sentido, el artículo 12.3 de la LGTel señala que *“no existirán restricciones que impidan que los operadores negocien entre sí acuerdos de acceso e interconexión”*.

El único límite a la citada libertad de pactos consiste en el principio de intervención mínima que preside la actuación de la CNMC, siempre y cuando esté justificado y tenga por objeto fomentar y 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 la LGTel, ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 12.5 del citado texto legal. Entre tales objetivos está la supervisión de las relaciones mayoristas entre los operadores y de la ejecución de la regulación mayorista y resoluciones dictadas por esta Comisión. De esta manera, la intervención del regulador debe ser lo menos intrusiva posible, en los casos en que sea necesario por motivos de interés público, y respetuosa del principio de primacía de la negociación entre las partes.

En consecuencia, la intervención pública en las relaciones de los operadores queda circunscrita a aquellos supuestos en los que se hayan impuesto obligaciones *ex ante* por esta Comisión o lo demande la salvaguarda de ciertos objetivos de interés general establecidos en la normativa sectorial de las comunicaciones electrónicas.

Como se ha indicado, MasMóvil también ha solicitado que *“la CNMC que permanezca vigilante al cumplimiento del acuerdo al que han llegado las partes en relación con el acceso 4G y la homologación de las tarjetas SIM 4G INICIO CONFIDENCIAL TERCEROS [...] FIN CONFIDENCIAL TERCEROS, para que su implementación no se vea demorada injustificada en el tiempo”*.

En este sentido, esta Sala dictó, en fecha 23 de abril del presente año, una Resolución de medidas cautelares que establecía una obligación para Orange de iniciar el proceso de homologación de tarjetas SIM para 4G **INICIO CONFIDENCIAL TERCEROS [...] FIN CONFIDENCIAL TERCEROS**, proceso que se ha instrumentalizado a través del contrato firmado entre ambas compañías y que, según la información aportada por ambas partes, está ejecutándose.

Por ello, en virtud de que el objeto principal de este procedimiento, la imposición de condiciones para el acceso a la tecnología 4G, ha desaparecido debido a la consecución de un acuerdo privado entre las partes, y en virtud de que a día de hoy el proceso de homologación de tarjetas se está ejecutando de forma pacífica por las empresas afectadas, en ejecución de dicho acuerdo y de las medidas cautelares citadas, no existe ningún interés jurídico-público en los

términos del artículo 3 de la LGTel que justifique la intervención por parte de esta Comisión en el marco de este procedimiento.

El artículo 42.1 de la LRJPAC dispone que “[L]a Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación. En los casos de (...) desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y de las normas aplicables. (...)”.

Asimismo, el artículo 87.2 de la LRJPAC establece expresamente como causa de terminación del procedimiento, la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas.

En consecuencia, al tratarse de un procedimiento de conflicto entre dos partes que han alcanzado un acuerdo, y no concurriendo motivos de interés público que justifiquen la intervención de este organismo, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC considera que ha de concluirse el presente procedimiento, archivando el expediente, al haber desaparecido el objeto material que motivó el inicio del presente procedimiento.

Por todo lo anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

ÚNICO.- Declarar concluso el procedimiento de conflicto de acceso móvil mayorista basado en tecnología 4G iniciado a instancia de Más Móvil Telecom 3.0, S.A. y Más Móvil Ibercom, S.A. contra Orange Espagne, S.A. procediéndose al archivo del expediente, por haber desaparecido el objeto que justificó su iniciación y no existir motivos que justifiquen su continuación.

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.