



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión número 36/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 26 de octubre de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que, en el marco de la tramitación del presente procedimiento (expediente de referencia MTZ 2006/1141), se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ADOPTAN MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONFLICTO DE ACCESO PRESENTADO POR EUSKALTEL FRENTE A ORANGE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito presentado por Euskaltel, S.A. solicitando autorización para la transmisión a Euskaltel de los recursos de numeración asignados a Retevisión Móvil, S.A., así como la adopción de una medida cautelar.

Con fecha 14 de septiembre de 2006, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Euskaltel, S.A. (en adelante, "Euskaltel"), por el que formula una solicitud de autorización de transmisión a Euskaltel de los recursos de numeración asignados a Retevisión Móvil, S.A. (en adelante, "Orange" o "Amena")¹ utilizados por los usuarios contratados por Euskaltel, quedando subrogada Euskaltel en todos los derechos y obligaciones derivados de dicha asignación. Asimismo, solicita la

¹ Retevisión Móvil, S.A., ha sido absorbida por France Telecom España, S.A. (fusión por absorción, por escritura pública inscrita bajo el número 2035 de su protocolo, de fecha 31 de julio de 2006).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

inscripción de Euskaltel como nuevo titular de la asignación en el Registro público de numeración gestionado por esta Comisión.

Euskaltel plantea su solicitud como un aspecto necesario en el marco del proceso de migración de clientes que pretende acometer. Euskaltel describe dicho proceso de migración de clientes como un cambio de encaminamiento a la red de Euskaltel que se realizaría mediante cambio de NRN y en el que todos los operadores deberían estar implicados, describiendo las etapas del proceso en su escrito de solicitud.

Según Euskaltel, el proceso de migración descrito *“incluye, entre otras actuaciones, las siguientes:*

- 1.- En lo que se refiere a la tarjeta SIM y a los terminales de los clientes:
Se habrán de realizar, entre otros, cambios de IMSI, modificaciones en la configuración de la SIM y modificaciones en los datos de configuración del terminal.*
- 2.- En relación con la red móvil de Euskaltel:
Será necesario configurar en la misma los servicios contratados por el cliente.*
- 3.- En lo que se refiere a otras redes.
Será preciso realizar la adecuación de los enrutamientos para la correcta terminación de llamadas, SMS y otros datos.”*

Esta solicitud la lleva a cabo Euskaltel sobre la base de entender que, en virtud del Acuerdo Marco de Colaboración entre Retevisión Móvil, S.A. y Euskaltel, S.A., de fecha 16 de diciembre de 1998 (en adelante, el “Acuerdo Marco de Colaboración”) para la comercialización del servicio DCS 1800, *“cuenta a la fecha con más de 400.000 líneas de telefonía móvil contratadas”*, que son de su titularidad.

Asimismo, Euskaltel solicita de esta Comisión la adopción de las medidas cautelares *“consistentes en no permitir, durante el período de migración a la red de Euskaltel de los clientes que tienen contratado el servicio de telefonía móvil con Euskaltel y cuya autorización de transmisión de numeración es objeto de este expediente:*

- “1.- que Amena realice actuaciones comerciales directas para captación de los actuales titulares de la referida numeración y que tienen contratado en este momento el servicio de telefonía móvil con Euskaltel,*
- 2.- que Amena realice prácticas comerciales denigratorias hacia Euskaltel dirigidas a los actuales titulares de la referida numeración,*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3.- que Amena preste el servicio a los actuales titulares de la referida numeración en condiciones de calidad inferiores a la de los clientes que hubieran contratado directamente con Amena su prestación.”

SEGUNDO.- Escrito presentado por Euskaltel planteando conflicto de acceso frente a Orange para poder prestar el servicio telefónico móvil a los usuarios que contrataron el servicio con Euskaltel.

Con fecha 19 de septiembre del mismo año, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Euskaltel, en virtud del cual plantea conflicto de acceso frente a Orange, y solicita que se imponga a esta última la obligación de dar acceso a determinados recursos e información, para poder prestar Euskaltel servicios de telefonía móvil a los clientes que tienen suscritos contratos con la misma.

Euskaltel realiza las siguientes alegaciones:

- Que, con el fin de desarrollar su vocación de operador global de servicios de telecomunicaciones, Euskaltel suscribió con Retevisión, S.A., en fecha 10 de octubre de 1997 un Acuerdo de Alianza Estratégica y Comercial Operativa, en virtud del cual *“Retevisión se comprometía a poner a disposición de Euskaltel los títulos habilitantes que aquella pudiera ostentar”*.
- Por otra parte, *“Euskaltel suscribió un acuerdo el 16 de diciembre de 1998 con Retevisión Móvil, actualmente France Telecom España, S.A. (en adelante Amena) en virtud del cual comercializa el servicio DCS 1800. Este Acuerdo supuso la aplicación para la telefonía móvil de lo previsto en la Alianza.”*
- Que, en virtud del Acuerdo Marco de Colaboración suscrito con Amena, *“Euskaltel cuenta a la fecha con más de 400.000 líneas de telefonía móvil contratadas. (...) La prestación del servicio a sus clientes se realiza de la siguiente forma:*
 - o *Los clientes contratan el servicio directamente con Euskaltel, que los gestiona de manera autónoma, correspondiendo a Euskaltel la oferta de productos y servicios de telefonía móvil así como los integrados con productos y servicios de telefonía fija.*

El servicio ofrecido por Euskaltel es el de Amena, si bien Euskaltel actúa en el contrato en su propio nombre.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Euskaltel utiliza parte de la numeración asignada a Amena para sus propios clientes.

La gestión de los clientes incluye la utilización por Euskaltel de la numeración que Amena le ha facilitado, numeración tanto para clientes pre-pago como para clientes post-pago.

Por otro lado la gestión de la numeración facilitada a Euskaltel se realiza por la propia Euskaltel para los clientes que contratan el servicio con esta Compañía.

- Euskaltel factura directamente a los clientes por el servicio, y posee y es el responsable de los datos de los clientes. A este respecto hay que considerar que, adicionalmente a los clientes de postpago, Euskaltel es responsable y titular de los datos del 40% de los clientes de los teléfonos prepago, que cruzan sus recargas contra factura de otros productos y/o servicios Euskaltel.
 - Euskaltel cobra directamente a los clientes por la prestación del servicio de comunicaciones móviles y soporta la totalidad de los impagos generados.
 - Euskaltel, desde la firma del contrato, asume la relación con el cliente, la atención comercial desde su propio Centro de Atención al Cliente, el servicio post venta, así como la calidad del propio servicio, respondiendo directamente frente al cliente en caso de mal funcionamiento del mismo.
 - El servicio se comercializa a través de los canales de distribución de Euskaltel bajo el nombre comercial, la imagen y la marca de Euskaltel.
 - La tarjeta SIM es propiedad de Euskaltel, que la adquiere a Amena, según consta tanto en el contrato con el cliente como en el Acuerdo con Amena.
 - Los terminales comercializados son objeto de subvención al cliente final por Euskaltel y están bloqueados para recibir en exclusiva el servicio de Amena.
 - La Administración de Justicia requiere directamente a Euskaltel la comunicación de datos de titularidad y consumos realizados de telefonía móvil, requerimientos que son contestados por Euskaltel.”
- “Que, con fecha 21 de marzo de 2006, Euskaltel remitió a Amena carta solicitándole el inicio formal de negociaciones tendentes a regular las condiciones de acceso de Euskaltel a recursos específicos de la red de Amena y de utilización de dicha red, en los términos establecidos en la Resolución del mercado de acceso a redes de telefonía móvil.”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *“Que con fecha 14 de julio de 2006, se celebró una reunión entre Amena y Euskaltel en la que Euskaltel presentó una propuesta de migración de la situación existente en dicho momento a la de Operador Móvil Virtual. (...)”*

A esta propuesta, a pesar de los reiterados intentos de Euskaltel, Amena no ha contestado en ningún momento.”

- *“Que con fecha 30 de agosto de 2006 Euskaltel, ante la imposibilidad de obtener un acuerdo y reiterando la solicitud de 14 de junio envió notificación a Amena solicitando el acceso a determinados recursos necesarios para la ejecución de la migración de Euskaltel a la figura de Operador Móvil Virtual.”*
- *“Que con fecha 15 de septiembre Amena ha enviado directamente a determinados clientes de Euskaltel una comunicación comercial notificando la ampliación de una oferta por Euskaltel. La citada comunicación comercial ha sido enviada por Amena vía SMS, siendo su contenido el siguiente:
“808 AMENA INFO: su solicitud en la Promo FS a 0 cent/min esta registrada. En 24h hablara a 0 cent/min con números Amena todos fines semana hasta 15/2/07. No+publi470”.*
- *“Que, con fecha 6 de septiembre de 2006, Euskaltel ha comunicado a la Comisión la firma de un acuerdo con Vodafone España, S.A. para el suministro a Euskaltel de los servicios de acceso mayoristas y servicios adicionales necesarios para la prestación por parte de Euskaltel de los servicios de telefonía móvil a sus clientes bajo el modelo de Operador Móvil Virtual, en los términos de la notificación de 26 de mayo de 2006 realizada a la Comisión”.*

Euskaltel plantea el presente conflicto como una negativa de acceso por parte de Amena a los recursos e información solicitados por Euskaltel, que ésta última califica como *“recursos asociados a redes”*, acceso a que está obligada Amena, según Euskaltel, al haber sido declarado operador con poder significativo en el mercado en el mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil por Resolución de 2 de febrero de 2006.

Euskaltel solicita la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en defensa de los intereses de los usuarios, que según Euskaltel, son clientes de esta entidad, y de conformidad con los objetivos del artículo 3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, “LGTel”), entre los cuales se encuentra el de *“defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad”*.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La finalidad de la solicitud que formula Euskaltel se refiere al acceso a determinados recursos e información que, a su juicio, garantizan el mantenimiento de los servicios contratados por los clientes afectados en los términos en que éstos fueron solicitados. Se trata de recursos que *“permiten la configuración del servicio contratado por el cliente”* y que determinan las características de los mismos. Concretamente, tal solicitud se refiere a:

1. Recursos relacionados con las tarjetas SIMs y los terminales utilizados por los clientes de Euskaltel (entre otros, relación IMSI-IMEI, concordancia de IMSIs y SIMs de clientes, información de perfiles de configuración).
2. Información relativa a los servicios prestados a los clientes (entre otra información, datos de configuración de red privada virtual VPN, información de clientes de prepago, relación de IMSIs y configuración del estado de servicios).

Formuladas estas alegaciones, Euskaltel solicita a esta Comisión que *“imponga a Amena la obligación de dar acceso a Euskaltel a los recursos solicitados”*.

Asimismo, Euskaltel solicita de esta Comisión la adopción de las siguientes medidas cautelares:

- “1.-conceder el acceso a Euskaltel a los recursos solicitados a los efectos de posibilitar la planificación de la migración de los clientes de Euskaltel a su red tan pronto como ésta se halle disponible, y ello en los mismos términos y condiciones en que tales servicios han sido contratados por los clientes en el ejercicio de su libertad personal,*
- 2.-no permitir que Amena realice actuaciones comerciales directas para captación de los actuales titulares de la referida numeración y que tienen contratado en este momento el servicio de telefonía móvil con Euskaltel,*
- 3.-no permitir que Amena realice prácticas comerciales denigratorias hacia Euskaltel dirigidas a los actuales titulares de la referida numeración,*
- 4.-no permitir que Amena preste el servicio a los actuales titulares de la referida numeración en condiciones de calidad inferiores a la de los clientes que hubieran contratado directamente con Amena su prestación.”*

Por la simple lectura de los escritos presentados por Euskaltel, se puede observar como esta entidad solicita las mismas medidas cautelares en ambos escritos, salvo por la señalada en el número 1 de este escrito, que no aparece recogida en el Suplico del escrito presentado el pasado día 14 de septiembre.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Por medio de escrito de fecha 22 de septiembre del presente año, se notificó a las partes el inicio del presente procedimiento (con número de referencia MTZ 2006/1141), donde se tratarán conjuntamente, por su íntima conexión, las solicitudes planteadas por Euskaltel citadas en los Antecedentes Primero y Segundo anteriores. Asimismo, ambas partes acusaron recibo de dicho escrito en fechas 26 y 27 de septiembre, dándose traslado a Amena de los escritos planteados por Euskaltel confiriéndosele un plazo de diez días para que formule las alegaciones y presente los documentos que tenga por conveniente.

CUARTO.- Primer escrito de alegaciones de Orange.

Con fecha 26 de septiembre de 2006, ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de alegaciones presentado por Orange, en el que se pronuncia sobre la solicitud de Euskaltel relativa a la asignación de los recursos de numeración titularidad de Orange, solicitud de la que oficiosamente ha tenido conocimiento, con anterioridad a ser notificada por esta Comisión sobre la incoación del presente procedimiento.

En virtud de dicho escrito, Orange solicita que se le tenga por personado en el procedimiento iniciado por Euskaltel y se le trasladen cuantas actuaciones hayan sido practicadas y que no se adopte ninguna medida cautelar que eventualmente haya podido ser solicitada por Euskaltel. Más aun, Orange realiza las siguientes alegaciones:

- Se refiere a la relación contractual entre Euskaltel y Orange, que no es sino una relación de *“comercialización en exclusiva del servicio de telefonía móvil de ORANGE (anteriormente Retevisión Móvil, S.A., que comercializó el servicio bajo el nombre comercial Amena) en la Comunidad Autónoma de la Comunidad Autónoma Vasca, [...] En ningún caso se establecía en este contrato un acceso a los recursos de Amena vinculados a los servicios de telefonía móvil, [...]”*.

Según Orange, esta entidad es el operador que presta el servicio de telefonía móvil, a través de su red, y queda inequívocamente reflejado en los términos del Acuerdo Marco de colaboración de 16 de diciembre de 1998, *“que el usuario final es cliente de Amena”*, siendo ello más aun, evidente, a la luz del último documento contractual firmado entre las partes, en fecha 22 de septiembre de 2003.

- Asimismo, indica que *“la formalización por parte de Euskaltel de un acuerdo con otro operador de red de telefonía móvil, competidor de ORANGE,*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

suscrito el 27 de julio de 2006 [...], constituyó, de un lado, un hecho absolutamente incompatible con el objeto del Acuerdo Marco de Colaboración, [...].” Ante tal flagrante incumplimiento, en palabras de Orange, el 14 de septiembre de 2006, se ha notificado a Euskaltel la resolución a todos los efectos del citado acuerdo. Asimismo, se comunicaba a Euskaltel el objetivo de Orange de “asegurar la continuidad del servicio de comunicaciones móviles a todos sus clientes en al Comunidad Autónoma de la Comunidad Autónoma Vasca”.

- Más aun, manifiesta que Euskaltel no tiene derecho alguno sobre los recursos públicos de numeración asignados a Orange, y se muestra contrario a la autorización de la transmisión de los mismos a favor de Euskaltel.
- Y, por último, lleva a cabo alegaciones en contra de la adopción de la medida cautelar instada de contrario por Euskaltel, básicamente, por el necesario carácter instrumental de la medida cautelar respecto del objeto del procedimiento, que, señala Orange, es de transmisión de numeración, siendo “incoherente” a su juicio la pretensión cautelar deducida por Euskaltel.

A mayor abundamiento, expresa Orange, la relación contractual entre Euskaltel y Amena no puede ser conocida *“por la CMT en modo alguno en el ámbito de un procedimiento administrativo referido específicamente a la transmisión de recursos de numeración”*.

QUINTO.- Carta de fecha 13 de septiembre de 2006 de Orange a Euskaltel dando por resuelta su relación contractual, y carta de fecha 27 de septiembre de 2006 de Euskaltel a Orange dando, por su parte, por resuelto el contrato.

Mediante carta de fecha 13 de septiembre de 2006, la entidad Orange notifica a Euskaltel la resolución, desde esa misma fecha y a todos los efectos, del Acuerdo Marco de Colaboración y sus Anexos, así como todas las relaciones comerciales derivadas del Acuerdo mantenidas entre Orange y Euskaltel hasta dicha fecha, según aquella, como consecuencia del grave incumplimiento por parte de Euskaltel de los compromisos asumidos ante Orange.

Con fecha 27 de septiembre de 2006, Euskaltel remite una carta a Orange, dando por su parte por resuelto el Acuerdo Marco de Colaboración.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEXTO.- Carta de fecha 6 de octubre de 2006 de Orange a Euskaltel precisando los términos de la resolución del contrato.

En fecha 6 de octubre de 2006, la entidad Orange envía nuevamente una carta a Euskaltel, en la que señala que reitera su afirmación de la carta de fecha 13 de septiembre sobre la extinción del contrato de modo que *“siendo el principal interés de ORANGE, como ya se comunicó a Euskaltel, asegurar la integridad y continuidad del servicio de comunicaciones móviles a todos los usuarios de sus servicios”*² (y, específicamente, en este caso, a los clientes de ORANGE en la Comunidad Autónoma del País Vasco), por medio de esta carta, ORANGE, a fin de proteger los legítimos intereses y asegurar tales integridad y continuidad del servicio de comunicaciones móviles a sus clientes en la Comunidad Autónoma del País Vasco, comunica formalmente a Euskaltel su posición, tras la resolución del Acuerdo Marco de Colaboración...”).

Tal y como Orange comunica en su carta, la posición de la entidad tras la resolución de su relación contractual con Euskaltel se manifiesta tanto en las actividades de comercialización llevadas a cabo hasta el momento por Euskaltel, como en las intervenciones en la red de Orange.

Por lo que se refiere a las actividades de comercialización llevadas a cabo hasta el momento por Euskaltel, la entidad Orange insta en su carta a Euskaltel a cesar en el ejercicio de las actividades que hasta el momento había llevado a cabo en el marco del Acuerdo en relación con la gestión comercial, las altas y bajas de clientes, el servicio de atención al cliente, y las recargas de tarjetas a través de medios propios, comunicándole, asimismo, que Orange cesaría en el suministro a Euskaltel de tarjetas SIM o de cualquier medio o soporte que permitiera o facilitara la comercialización de sus productos o servicios, y requeriría a los proveedores de terminales para que cesaran de inmediato en el suministro de terminales con el código de red de Orange y SIM lock y de información sobre IMEI's y/o códigos de desbloqueo de los terminales suministrados con anterioridad.

Dicho lo anterior, Orange advierte que para mantener la integridad y la continuidad del servicio de Orange *“precisa disponer de los datos de identificación de los usuarios del servicio de telefonía móvil clientes de Orange de que dispone Euskaltel y que pertenecen a Orange”*. De ahí que la operadora requiera a Euskaltel *“la entrega inmediata de los contratos y datos de identificación de los usuarios del servicio de telefonía móvil de los clientes de Orange que se encuentren a disposición de Euskaltel, con prohibición expresa*

² El subrayado es nuestro.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de su uso a todos los efectos. Euskaltel deberá restituir dicha información de inmediato a Orange”.

Asimismo, precisa Orange que, a efectos de garantizar aquella integridad y continuidad del servicio, y en relación con la facturación y cobro, seguirá prestando a Euskaltel el soporte electrónico con los datos necesarios para la facturación a los clientes de Orange, pero que en el momento en que Orange disponga de los contratos y datos de identificación de clientes depositados en Euskaltel, Orange cesara en el suministro de aquellos soportes electrónicos y procederá a la facturación y cobro a sus clientes de forma directa. En cuanto a la interoperabilidad de los sistemas, Orange comunica a Euskaltel que procederá a la segregación y/o desconexión de todos los sistemas de información que inter-operan con los sistemas de información de Euskaltel, en particular, de los sistemas de soporte a los negocios.

Al margen de las actividades de comercialización, Orange insta a Euskaltel a cesar en el ejercicio de las actividades que venia realizando en la red de Amena, si bien en la medida en que Orange afirma no disponer de la información necesaria para gestionarlas directamente y por sí misma, se señala que Euskaltel debería continuar realizando determinadas actividades.

SÉPTIMO.- Segundo escrito de alegaciones de Orange.

Mediante escrito de fecha 9 de octubre de 2006, con entrada en el Registro de la Comisión en la misma fecha, la entidad Orange viene a formular alegaciones dentro del plazo de 10 días conferido al efecto, con fundamento en:

- La falta de jurisdicción por parte de la Comisión para conocer de cualquier cuestión relativa a la resolución y liquidación del Acuerdo Marco de Colaboración, así como cualquier cuestión de carácter comercial derivada del proceso.
- La carencia absoluta de todo apoyo o fundamento normativo de la solicitud de Euskaltel de transmisión en bloque de la numeración de los recursos públicos de numeración de titularidad de Orange a Euskaltel.
- La inexistencia de conflicto de acceso, puesto que Euskaltel no pretende acceder a la red OMV ni algún recurso asociado a la misma, sino que únicamente pretende acceder a recursos públicos de numeración de titularidad de Orange y a información confidencial, que le permitan la migración de todos los clientes de Orange en la Comunidad Autónoma Vasca a un operador distinto.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- El incumplimiento absoluto por parte de Euskaltel de que no se puede ir en contra de los actos propios, así como de las exigencias derivadas del principio de buena fe.

OCTAVO.- Escrito de alegaciones de Euskaltel.

Con fecha 18 de octubre de 2006 tiene entrada en el Registro de la Comisión nuevo escrito formulado por la entidad Euskaltel, en virtud del cual formula alegaciones en el marco del expediente abierto, dados los siguientes hechos relevantes acontecidos tras la carta remitida por Orange a Euskaltel:

- Intromisión por parte de Orange en las relaciones entre Euskaltel y un proveedor suyo directo de terminales.
- Realización por parte de Amena de modificaciones en el sistema de lectura de los registros informáticos necesarios para realizar la facturación al cliente que
- El envío de SMS's a los clientes de Euskaltel notificándoles un número de teléfono de atención al cliente de Orange, en sustitución del hasta ese momento operativo (el de Euskaltel).
- Publicación en varios periódicos de publicidad denigratoria de Euskaltel con la única finalidad de confundir a sus clientes.
- Cese de la aceptación de altas y bajas de los clientes de Euskaltel y, por tanto, falta de gestión de portabilidades hacia otros operadores.
- Denegación de tarjetas SIM de reemplazo para terminales perdidos, robados o averiados.
- Imposibilidad de realizar recargas en los prepagos a través de determinados canales.

Para evitar tal situación, Euskaltel solicita la adopción de medidas cautelares consistentes en:

1. Cesar en la publicación de noticias de prensa denigratorias para Euskaltel y que induzcan a confusión de los clientes.
2. Aceptar y gestionar correctamente las solicitudes de alta y baja solicitadas por Euskaltel a efectos de la activación y desactivación en la red de Amena.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Cesar en sus comunicaciones a través de SMS', rectificarlas en los mismos medios empleados, y aceptar la continuidad del servicio de atención a cliente por parte de Euskaltel.
4. Entregar a Euskaltel los códigos PIN y PUK necesarios para la activación de tarjetas de reemplazo.
5. Continuar el envío de tarjetas SIM para nuevas altas, así como de reemplazo para garantizar la continuidad del servicio ofrecido por Euskaltel.
6. Aceptar y gestionar de manera eficiente las recargas de los clientes de prepago a través de medios propios de Euskaltel en los términos en que venían realizándose hasta la fecha.
7. Cesar en sus requerimientos a proveedores de terminales de Euskaltel de no entrega de códigos de desbloqueo.
8. Cesar en la campaña publicitaria consistente en ofrecer a clientes de Euskaltel productos por debajo de coste.

NOVENO.- Requerimientos de información a Orange y Euskaltel.

Mediante escritos de fecha 18 octubre de 2006, con salida del Registro de la Comisión el día siguiente, se efectúan sendos requerimientos de información a Orange y Euskaltel con el fin de obtener la información y acreditación suficiente de los hechos y afirmaciones realizadas por ambas entidades, según se puso de manifiesto en los escritos de alegaciones presentados por ambas partes.

Concretamente, se solicita información y acreditación sobre los siguientes aspectos:

- Relaciones entre Orange y Euskaltel con los proveedores.
- Cambio en el sistema de lectura de decimales de los CDR's no notificado a Euskaltel para la facturación.
- Comunicaciones entre Orange y clientes afectados por el Acuerdo Marco de Colaboración.
- Prestación del servicio de atención al cliente.
- Activaciones y/o desactivaciones, así como altas y/o bajas solicitadas por los usuarios.
- Tarjetas SIM de reemplazo.
- Recargas.
- Ofertas comerciales a clientes.
- Ingresos de interconexión.
- Cuentas anuales.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DÉCIMO.- Orden de inspección de las entidades Orange y Euskaltel.

Asimismo, con fecha 18 de octubre de 2006, el Secretario de la Comisión ordena la inspección de las entidades Orange y Euskaltel, con objeto de verificar la posible existencia de deficiencias en el servicio de atención al cliente y, en general, el correcto mantenimiento de las condiciones de prestación del servicio telefónico móvil a los usuarios.

UNDÉCIMO.- Contestación al requerimiento de información efectuado a Orange.

Con fecha 23 de octubre de 2006, se recibe escrito en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en virtud del cual la entidad Orange contesta al requerimiento de información efectuado a la entidad el día 18 de octubre de 2006.

DUODÉCIMO.- Contestación al requerimiento de información efectuado a Euskaltel.

Con fecha 23 de octubre de 2006 tiene entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito dirigido por Euskaltel en virtud del cual procede a dar contestación al requerimiento de información formulado a la entidad el día 18 de octubre de 2006.

DECIMOTERCERO.- Tercer escrito de alegaciones de Orange.

Con fecha 24 de octubre de 2006, tiene entrada en el Registro de la Comisión escrito de Orange, en virtud del cual formula alegaciones complementarias a las ya realizadas en sus escritos anteriores, sobre la base de las remitidas por Euskaltel el día 18 de octubre de 2006.

Orange viene a sistematizar los argumentos ya expuestos en sus escritos de alegaciones anteriores, señalando que el único amparo y habilitación para que Euskaltel realizara actividades de comercialización del servicio de telefonía móvil de Orange en la Comunidad Autónoma Vasca era el Acuerdo Marco de Colaboración, que no era un contrato de acceso, sino un instrumento para la realización, por parte de Euskaltel, en el ámbito de la Comunidad Autónoma Vasca, de actividades de comercialización del servicio de Orange.

Según Orange, Euskaltel ya no dispone de tal habilitación, puesto que las dos partes han desistido unilateralmente del contrato en sus comunicaciones de 13 de septiembre de 2006 y de 27 de septiembre de 2006.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Una vez resuelto el contrato, según Orange, no existe disposición normativa o cláusula contractual vigente aplicable que permita a Euskaltel realizar sobre la red de Orange cualquier tipo de actividad comercial o de cualquier otra naturaleza respecto a la prestación del servicio de telefonía móvil. Tampoco, a su entender, existe precepto legal o reglamentario alguno que permita la transmisión en bloque de la numeración y de las demás informaciones de carácter absolutamente confidencial de recursos de titularidad de Orange, de modo automático y en bloque a Euskaltel.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Euskaltel ha planteado conflicto de acceso frente a Orange en relación con la negativa de acceso a determinados recursos de esta última entidad, relativos a los clientes contratados por Euskaltel en el marco del Acuerdo Marco de Colaboración. Asimismo, ha solicitado de esta Comisión la autorización para la transmisión de determinados recursos de numeración asignados a Orange, utilizados en el seno del Acuerdo Marco citado.

Adicionalmente, Euskaltel solicita la intervención cautelar urgente de esta Comisión ante los perjuicios que la presente controversia está ocasionando a los clientes contratados al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración y a sí misma y denuncia una serie de actuaciones llevadas a cabo por Orange, lo que entraña una solicitud implícita de acceso al servicio telefónico móvil que se venía prestando por la última, según Euskaltel, al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración, contrato que ha sido dado por resuelto unilateralmente por ambas partes.

El artículo 48.2 de la LGTel determina cuál es el objeto que tiene este organismo público que, entre otros aspectos, alcanza a la resolución de los conflictos que se produzcan entre los operadores:

“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.”

Asimismo, el art. 16 de la LGTel atribuye específicamente a la CMT la gestión y control del Plan Nacional de Numeración, por cuya virtud compete a este organismo la decisión sobre la transmisión de numeración instada por Euskaltel.

En relación con este objeto, y en lo que afecta a las materias de telecomunicaciones reguladas en la LGTel, el artículo 48.3.d) de la misma atribuye a la CMT la siguiente función:

*“La resolución vinculante de los **conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes**, en los términos que se establecen en el título II de esta Ley, así como en materias relacionadas con las guías telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras. (...)”*

El Capítulo III del Título II de la LGTel trata el *Acceso a las redes y recursos asociados e interconexión*, señalando el artículo 11.4 que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores *“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 establecidos en el artículo 3”*.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha de velar, por tanto, por el cumplimiento de los objetivos del artículo 3, de modo que ante la posible vulneración de tales objetivos, la LGTel habilita a este organismo para intervenir en las relaciones entre las partes implicadas en el conflicto.

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. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación.*
- b) Garantizar el cumplimiento de las referidas condiciones y de las obligaciones de servicio público en la explotación de redes y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, en especial, las de servicio universal.*

[...]

- e) Defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho de acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

elección, precio y calidad, y salvaguardar, en la prestación de éstos, la vigencia de los imperativos constitucionales, en particular, el de no discriminación, el del respeto a los derechos al honor, a la intimidad, a la protección de los datos personales y al secreto en las comunicaciones, el de la protección a la juventud y a la infancia y la satisfacción de las necesidades de los grupos con necesidades especiales, tales como las personas con discapacidad. A tales efectos, podrán imponerse obligaciones a los prestadores de los servicios para la garantía de dichos derechos. [...]”.

Dicho lo anterior, en orden a determinar la habilitación competencial de esta Comisión, resulta necesario partir de la definición legal de “acceso”. El Anexo de la LGTel, en su apartado 24, define lo que 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, habrá de analizarse, en primer lugar, si la relación existente entre los dos operadores en conflicto es la propia de una reventa, de manera que pueda concluirse que Euskaltel utiliza los servicios de Amena para su reventa minorista en nombre propio en la Comunidad Autónoma Vasca. Si es así, el Acuerdo Marco de Colaboración debería calificarse como un acuerdo de acceso entre ellos, y procederá analizar si es conforme a Derecho la petición de Euskaltel respecto a los recursos e información solicitados. Naturalmente, la petición de acceso a los recursos citados tendría como presupuesto previo la existencia de un acuerdo de acceso, si bien la decisión en torno a la supuesta existencia de acceso no conlleva necesariamente la procedencia del acceso a los recursos específicos que plantea Euskaltel, lo cual debe ser objeto de análisis detallado posterior.

También es objeto del presente procedimiento, como se ha dicho, la valoración de la autorización para la transmisión de la numeración asignada a Orange, con la que se ha prestado el servicio de telefonía móvil en los términos del Acuerdo Marco.

Adicionalmente, existe una solicitud de intervención implícita contenida en los escritos de Euskaltel, dirigida a que se garantice la continuidad del servicio prestado por Orange. Euskaltel pide de la CMT que intervenga en determinadas vicisitudes de su relación con Orange, que estarían afectando a la calidad del servicio que, según comenta, está prestando a los clientes del Acuerdo Marco de Colaboración –existirían, según dice, problemas con altas, recargas, etc-. Tal petitum envuelve realmente una petición de acceso al servicio telefónico móvil que Orange estaba prestando hasta el momento, y ello en aras de salvaguardar las condiciones de prestación del servicio a los



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

clientes contratados al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración. Aun cuando Euskaltel no ha planteado explícitamente la reclamación de un acceso ordinario a los servicios de telefonía móvil prestados por Orange –antes al contrario, invoca su resolución–, ha cursado la petición de que se mantenga el servicio a los clientes del Acuerdo Marco de Colaboración en condiciones de calidad análogas a las que Orange presta a sus propios clientes. El art. 110.2 de la Ley 30/1992 sienta el principio de la verdadera calificación de los escritos de los interesados, de manera que en los casos en que del petitum del interesado se deduzca su verdadera naturaleza, distinta de la descrita por el mismo, se dará el trámite correspondiente, atendiendo a dicha verdadera naturaleza, como manifestación del principio pro actione.

En nuestro caso, la petición de que se obligue a Orange a mantener el servicio en idénticas condiciones de calidad a las que presta a sus propios clientes implica necesariamente una verdadera petición de acceso a los servicios de Orange, de manera que ésta siga prestando el servicio, en primer lugar, y en las mismas condiciones de calidad, en segundo lugar. Por tanto, la tercera pretensión a resolver en el seno de este procedimiento es la del acceso transitorio solicitado por Euskaltel sobre la red de Orange.

El objeto de este expediente condiciona, evidentemente, el objeto de la medida cautelar que pueda en su caso adoptarse, puesto que sólo podrán adoptarse medidas cautelares que sean instrumentales o accesorias de las medidas finales que se puedan decidir en la resolución definitiva del expediente.

SEGUNDO.- Habilitación legal para la adopción de medidas cautelares.

De conformidad con el artículo 48.12 de la LGTel,

“En el ejercicio de sus funciones, y en los términos que reglamentariamente se determinen, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una vez iniciado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia del laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”.

La propia LGTel contempla, de forma específica, esta habilitación dada a la CMT para adoptar medidas cautelares con ocasión del ejercicio de sus funciones relativas a la resolución de conflictos de acceso. En el artículo 14.1 de esta Ley, antes citado, se indica que:

“Ésta [la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones], previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva”.

Por su parte, el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado mediante Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante, “RCMT”), habilita a esta Comisión para, en el ejercicio de sus funciones, adoptar de oficio o a instancia de los interesados, una vez iniciado el correspondiente procedimiento, *“las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia (...) de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”.*

Según el mismo artículo 31 del RCMT, dichas medidas cautelares podrán consistir en órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que se refiere el procedimiento o en la imposición de fianza de cualquier clase, excepto la personal, que sea bastante para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar.

Por último, el citado artículo 31 impide dictar medidas cautelares que puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

De acuerdo con los artículos 48.1 de la LGTel y 2 del RCMT, esta Comisión, en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas, adecuará sus actuaciones a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, “LRJPAC”). Así, conforme a las previsiones contenidas en el artículo 72 de la citada LRJPAC, *“iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”.*

En definitiva, esta Comisión está habilitada para adoptar medidas cautelares en los procedimientos que tienen por objeto la resolución de conflictos de acceso entre operadores.

TERCERO.- Concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de las medidas cautelares.

De conformidad con el artículo 72.1 de la LRJPAC, el órgano competente para resolver el procedimiento podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas cuando ello sea necesario para *“asegurar la eficacia de la resolución*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que pudiera recaer” y “si existen elementos de juicio suficientes para ello”. Según el apartado 3 del mismo precepto, “no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de imposible o difícil reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”.

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

- La existencia de apariencia de buen derecho (“*fumus boni iuris*”) o de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida.
- Previsión razonable de la necesidad y urgencia de la medida (“*periculum in mora*”) para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.
- La inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

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

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares indicando que no se produce vulneración de derechos constitucionales siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, se adopten las medidas cautelares por resolución en Derecho y se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes (**STC 31/1981, de 28 de julio; 13/1982, de 1 de abril; 66/1984 y 108/1984, de 26 de noviembre y 22/1985, de 15 de febrero**).

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

Tercero.1.- 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**



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de 27 de febrero de 2001, Ar. 1374, ATS de 16 de octubre de 2000, Ar. 9738).

- A. Análisis preliminar de la relación contractual mantenida entre Orange y Euskaltel.

Al objeto de poder determinar si esta Comisión es competente, de conformidad con la normativa anteriormente citada, para resolver sobre la solicitud de acceso planteada por Euskaltel, a continuación se ponen de manifiesto los indicios que obran en esta Comisión a favor y en contra de la consideración del acuerdo entre Orange y Euskaltel como un acuerdo de acceso. A tal fin se analizan distintos elementos de esta relación contractual:

1.- Objeto del Acuerdo Marco de Colaboración:

La cláusula primera del Acuerdo Marco de Colaboración establece que el objeto del mismo es la:

“(...) definición de un marco de colaboración entre Retevisión Móvil y Euskaltel en el ámbito de la comercialización, así como en el de las intervenciones en materia de infraestructura y redes, integrados en la prestación del servicio en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Comunidad Autónoma Vasca.”

Por su parte, la cláusula duodécima señala que Euskaltel llevará a cabo la comercialización de los servicios de telefonía móvil DCS 1800 del concesionario global (esto es, Amena).

En esta misma línea, en los modelos de contratos que firma con los usuarios finales, rubricados “*contrato de prestación del servicio de telefonía móvil a particulares*” y “*contrato de prestación del servicio de telefonía móvil a empresas*”, se define el objeto como la puesta a disposición del cliente del “*Servicio postpago de Telefonía Móvil GSM de Retevisión Móvil exclusivo de Amena*”, así como otros servicios suplementarios.

La dicción literal del contrato califica la relación entre Amena y Euskaltel como un acuerdo de colaboración, categoría general que debe ser examinada a la luz de las cláusulas del mismo, así como de actuaciones llevadas a cabo en ejecución del mismo, de las que se podría deducir la existencia de un acuerdo de acceso o reventa del servicio telefónico móvil de Amena (hoy Orange).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.- Clientes:

A pesar de que el Acuerdo Económico que figura como Anexo al Acuerdo Marco establece que los clientes son de Amena (cláusula séptima), el Acuerdo Marco de Colaboración contiene cláusulas que señalan que los clientes son de Euskaltel.

En el apartado cuarto de la cláusula duodécima se señala que *“Euskaltel, como responsable de la facturación, asumirá el riesgo del impago de sus clientes”*.

En la cláusula decimocuarta se establece que *“corresponderá a cada una de las partes la prestación de servicios a clientes de la otra”* (fuera del ámbito territorial de ésta) siempre que estén relacionados con el soporte necesario para la prestación del servicio.

Por último, la cláusula decimosexta relativa a los sistemas de información determina que *“La gestión y atención de sus clientes serán realizadas por Euskaltel”*.

3.- Contratación: altas y bajas:

Otro posible indicio de la existencia de un acuerdo de reventa es que los clientes contratan directa y únicamente con Euskaltel. Los clientes no tienen ninguna relación con Amena. Así, el apartado 3º de la cláusula duodécima del Acuerdo establece:

“Contratación.- *El cliente final contratará con Euskaltel los correspondientes servicios. En el documento del contrato se hará constar que el operador de los servicios contratados es Retevisión Móvil, así como el resto de condiciones que este hecho pueda suponer. A tal fin Euskaltel comunicará a Retevisión Móvil el texto de los contratos tipo que oferte a sus clientes.*

Euskaltel decidirá y comunicará inmediatamente a Retevisión Móvil, el alta y/o baja de cualquier cliente a efectos de su activación y/o desactivación en la red. Retevisión Móvil se compromete a realizar la activación y desactivación en el mismo tiempo que el empleado para realizar estas operaciones con el resto de sus clientes.”

4.- Servicio de atención al cliente:

El apartado 2º de la cláusula duodécima del Acuerdo Marco de Colaboración señala:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“2. Servicio de Atención al cliente: Euskaltel realizará el servicio de atención al cliente, dentro de su ámbito de actuación, garantizando, como mínimo, los criterios de calidad definidos por Retevisión Móvil, en cuanto responsable último del cumplimiento del servicio ante los clientes y la Administración. [...]

Euskaltel llevará a cabo el servicio de atención, para los clientes de su ámbito de actuación, actuales o potenciales, a través de su propio Centro, al que se enrutarán las llamadas en función del número llamante.

En efecto, tal y como se desprende de las alegaciones presentadas por Euskaltel, ésta es titular de los datos de los clientes postpago y del 40 % de los clientes de teléfonos prepago, necesarios para poder llevar a cabo esta función de atención al cliente. Asimismo, Orange señala, en su escrito de contestación al requerimiento formulado por esta Comisión, que no ha estado prestando el servicio de atención al cliente a los clientes postpago, así como que no lo puede prestar en la actualidad completamente con los datos de dichos clientes de que dispone.

Como indicio en contra de la existencia de un acuerdo de reventa, debe destacarse que en el Acuerdo Marco de Colaboración se señala que Amena es el responsable último del servicio ante los clientes y ante la Administración.

Asimismo, si bien se dice en el Acuerdo que Euskaltel presta el servicio de atención al cliente, el desarrollo del servicio tendrá lugar *“en la forma definida, con carácter previo, por el Grupo de Trabajo”* (integrado por representantes de ambas partes).

5.- Facturación:

La factura se emite por Euskaltel en su propio nombre, no constando en la factura la entidad Amena. Así, el Acuerdo Marco de Colaboración establece que *“Euskaltel procederá a la facturación y cobro de los clientes con los que contrate con los datos que, a este efecto, le proporcione Retevisión Móvil. [...] Euskaltel, como responsable de facturación, asumirá el riesgo del impago de sus clientes.*

En cuanto al cobro a clientes, Euskaltel cobra directamente a los clientes. Es decir, que tanto la facturación como el cobro la lleva a cabo Euskaltel.

6.- Marca:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De conformidad con la cláusula duodécima, apartado 6, del Acuerdo Marco de Colaboración, *“Euskaltel comercializará el servicio bajo su propio nombre comercial y las marcas que determine para cada producto.”* En cualquier caso, añade, *“la comercialización de productos del servicio que no vayan unidos a otros de Euskaltel, incorporará la marca con la que Retevisión Móvil tenga identificado el producto.”* En aquellos productos integrados, no deberá figurar la marca de Amena.

7.- Riesgo y ventura:

Euskaltel, como responsable de la facturación, asume el riesgo del impago de los clientes (apartado 4º de la cláusula duodécima del Acuerdo Marco de Colaboración), asumiendo igualmente el riesgo en el caso de la falta de venta de las tarjetas y terminales.

Esta asunción de riesgo es indicativa de la existencia de algo más que un mero acuerdo de agencia, como más adelante se analizará.

8.- Prestaciones accesorias:

Del Acuerdo Marco de Colaboración se desprende que Euskaltel podría haber asumido la realización de prestaciones que exceden de la mera comercialización del servicio. Gestiona la numeración y las tarjetas y monitoriza los consumos (cláusula decimosexta, apartado 1), participa en el desarrollo de los productos y servicios (cláusula duodécima, apartado 9º), aunque se establece que Amena determinaría las condiciones que definan individualmente los servicios, para que sean armónicas y equivalentes.

Se observa en todo caso una gran libertad en cuanto a la actuación de Euskaltel respecto de los servicios combinados.

9.- Precios:

Si bien en principio los precios del servicio telefónico móvil los fija Amena (en el apartado 9º de la cláusula duodécima se establece que Amena determina las condiciones que definen individualmente los productos y servicios, dejando a salvo lo previsto en cuanto a las ofertas globales de productos combinados), Euskaltel manifiesta que desarrolla productos y servicios, y que aplica tarifas propias en los productos integrados que contratan su clientes.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En efecto, tal y como señala el apartado 8º de la cláusula duodécima, se permite que Euskaltel formule ofertas globales de servicios combinados, en los que dicha operadora fijará la tarifa global, siendo la única condición que la tarifa global ha de superar necesariamente el de las tarifas individuales de los servicios de comunicaciones móviles personales.

Asimismo, en el párrafo 2º del apartado 9 de la misma cláusula, se establece que Euskaltel podría proponer a Amena la introducción de modalidades de tarifas disponibles, productos, servicios, planes de descuento, campañas, etc, para todo la Comunidad Autónoma Vasca, *“que Retevisión Móvil habrá de tener en consideración”*. En sus alegaciones presentadas el 23 de octubre, Euskaltel señala que, en aplicación de lo dispuesto en dicho párrafo ha realizado promociones de servicios exclusivamente de telefonía móvil a sus clientes diferentes de los de Orange, sin oposición de esta última.

Aporta a modo ejemplificativo relación de promociones para clientes de gran cuenta de Euskaltel (promoción realizada por Euskaltel a la empresa “Servicios Sociales Integrados”, promoción realizada por Euskaltel a la fundación “AZTI FUNDAZIOA”, promoción realizada a la Fundación Ciclista Euskadi, promoción realizada a BANKOA, promoción realizada a la Confederación de Escuelas Públicas Vascas) y de promociones comerciales propias de Euskaltel (línea de descuento el ZxN para postpagos residencial y empresa, Plan Fácil 12 meses, Promoción de 1000 MMS postpago, promoción móvil llamadas fin de semana, promoción mensajes cajas de ahorro).

En este sentido, es pertinente recordar las consideraciones en relación con la distinción entre agente comercial y revendedor independiente contenidas en la Resolución de esta Comisión con respecto al acuerdo entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y FADESA INMOBILIARIA, S.A., de 7 de febrero de 2002 y reproducidas asimismo en la Resolución relativa al suministrador homologado presentado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. de fecha 24 de abril de 2003,

“es consustancial a la figura del agente el limitarse a mediar en los contratos por cuenta de su principal. El cliente final con quien realmente está contratando es con el principal. El agente se limita a su labor de mediación. El principal es, por tanto, quien define el servicio y su precio. En caso contrario, no podría hablarse de acuerdo de agencia, y se habría de analizar el acuerdo a la luz del derecho de la competencia (...) en tanto que agente, no puede alterar las condiciones aplicables a la prestación del servicio. Es TESAÚ quien presta el servicio y quien



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

define el precio del mismo, con arreglo al sistema de regulación de precios vigente. En caso de pretender (...) alterar las condiciones de prestación del servicio y, singularmente, el precio, entraría en funciones más propias de un revendedor que de un agente. En efecto, existen en el mercado de las telecomunicaciones diversas entidades cuyo negocio, en todo o en parte, consiste en adquirir servicios de telecomunicaciones de operadores para, alterando las condiciones de prestación del mismo o, simplemente, su precio, ponerlo a disposición de los clientes finales. La diferencia entre estas entidades y los agentes es que las primeras contratan en nombre propio con el cliente, y ello les permite fijar o modular las condiciones de prestación del servicio o su precio, en tanto que los agentes se limitan a promover la contratación de servicios de su principal, cuyo servicio, con sus condiciones y precio, es el que los clientes finales contratan y reciben, sin alteración".

En el caso que nos ocupa, Euskaltel goza de un grado de autonomía que supera el propio de un agente comercial en cuanto a la fijación de precios y de las condiciones del servicio prestado. Así, si bien Amena en principio fija unas condiciones y precios nominales del servicio de comunicaciones móviles de forma no discriminatoria en todo el territorio nacional, de acuerdo con el Acuerdo Marco de Colaboración, Euskaltel puede proponer la introducción de modalidades de tarifas, productos, servicios, planes de descuentos, campañas para toda la Comunidad Autónoma Vasca que Amena "habrá de tener en consideración".

10.- Retribución a Euskaltel:

En el presente caso, se ha comprobado que no existe "strictu sensu" el pago de una comisión por Orange a Euskaltel, sino más bien un reparto de los ingresos derivados de la actividad entre las partes, en función de unos porcentajes señalados en el Acuerdo Económico de 22 de septiembre de 2003. En dicho acuerdo, se pactan asimismo los porcentajes a percibir por Euskaltel sobre los ingresos netos que se obtienen en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma Vasca, ingresos netos que se calculan sobre la base de unos ingresos salientes y unos ingresos entrantes (ingresos por interconexión), por lo que en principio, en un primer análisis, parece haber una participación de Euskaltel en los ingresos de interconexión percibidos.

B. Apariencia de buen derecho.

Del análisis preliminar llevado a cabo por esta Comisión y de la información aportada por Euskaltel y Orange, se entiende que existen indicios de que el Acuerdo Marco de Colaboración podría entrañar, y a reserva de lo que se



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

disponga en la resolución final, un acceso al servicio telefónico móvil de Orange, tal como se ha analizado en el apartado anterior.

Analizadas las pretensiones de Euskaltel, esta Comisión estima que existen indicios razonables para entender que la solicitud implícita de acceso al servicio telefónico móvil de Orange, entendida como la pretensión de que se garantice la continuidad de la prestación del servicio a los clientes, está motivada para entender que concurre el suficiente *fumus boni iuris*, ello sin prejuzgar el fondo del asunto.

Sosteniéndose ello de forma preliminar y sin prejuzgar el fondo de la controversia, que será decidida por la resolución que ponga fin al presente procedimiento, concurren indicios, como se ha señalado con anterioridad, de que la relación contractual habida entre Euskaltel y Amena podría ser de acceso al servicio telefónico móvil de Amena. La relación contractual mantenida entre Euskaltel y Orange, aspecto clave para decidir la controversia objeto del presente procedimiento, es, sin perjuicio de que la misma se analizará en mayor detalle con posterioridad, un acuerdo de colaboración empresarial entre dos personas jurídicas independientes que sobrepasa la naturaleza de un contrato de mera agencia para convertirse en una alianza en la que las firmantes han asumido unas prestaciones determinadas para colaborar en la consecución de un objetivo común, la prestación del servicio telefónico móvil de Orange y otros servicios suplementarios prestados por Euskaltel en la Comunidad Autónoma Vasca de una forma homogénea.

Afirma Orange que Euskaltel únicamente comercializaba el servicio de telefonía móvil de la primera en la Comunidad Autónoma Vasca, lo que *“en ningún momento supuso un acceso a la red de Amena”*. Dicha comercialización a que se refiere Orange ha de encuadrarse en algún tipo o clase de acuerdo de colaboración mercantil, de los existentes en la actualidad. Así, un contrato de comercialización o de distribución comercial no tiene unos rasgos definidos, sino que habrán de analizarse las prestaciones para determinar en qué clase de relación contractual se encontraban ambas entidades. El concepto de “acuerdo de distribución” carece de contenido jurídico preciso y podría llegar a englobar todos los contratos por los que se realiza la fase situada entre la producción y el consumo.

Pues bien, entre tales contratos de distribución está el contrato de agencia (regulado por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, que incorpora al Derecho español la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes). De acuerdo con el artículo 1 de la citada Ley, *“por el contrato de agencia una persona natural o*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos y operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones". La exposición de motivos de dicha Ley, destaca, entre otros, como rasgos definitorios del contrato de agencia: (i) el hecho de que el agente comercial no actúa por cuenta propia, sino por cuenta ajena, y cuando concluye actos y operaciones de comercio debe hacerlo en nombre del principal, y (ii) el carácter retribuido del agente. El Acuerdo Marco de Colaboración no parece respetar tales rasgos.

Un rasgo esencial del contrato de agencia es la remuneración de los servicios prestados por el agente comercial. Dado que el agente no soporta los riesgos, normalmente tampoco participa en los beneficios que pudieran derivar de la transacción. Su remuneración consiste generalmente en una comisión calculada sobre la base de un porcentaje del precio de la transacción que ha negociado.

Por otra parte, es preciso traer a colación la interpretación que el Derecho Comunitario de la Competencia hace del contrato de agencia y su distinción de la figura del revendedor independiente en el comúnmente denominado Reglamento de Exención por Categorías (en adelante, "REC")³, y sobre todo en las Directrices de la Comisión Europea relativas a las restricciones verticales⁴ (en adelante, "las Directrices").

De acuerdo con dichas Directrices, el acuerdo de agencia se considera como un genuino acuerdo de agencia y, en consecuencia, queda excluido del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 del TCE si el agente no asume riesgo alguno, o éste es insignificante, en relación con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal y con las inversiones específicamente destinadas al mercado para dicho ámbito de actividad. Así, el principal asume los riesgos financieros y comerciales correspondientes y el agente no ejerce ninguna actividad económica independiente en relación a las actividades para las que ha sido designado como tal por el principal.

La Comisión Europea en sus Directrices apunta que la cuestión del riesgo ha de evaluarse caso por caso y teniendo en cuenta los parámetros económicos de la situación más que la forma jurídica del acuerdo. Sin embargo la Comisión Europea da unas indicaciones de los casos en los que, por lo general, existirá

³ Reglamento 2790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. (DO L 336 de 29/12/1999).

⁴ DO C 291 de 13/10/2000.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

un genuino contrato de agencia excluido del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 del TCE. Este será el caso *“cuando la propiedad de los bienes objeto del contrato comprados o vendidos no le sea conferida al agente o el agente no preste directamente los servicios objetos del contrato y cuando el agente:*

- *no contribuya a los costes relacionados con el suministro o adquisición de los bienes o servicios objeto del contrato (...),*
- *no esté obligado, directa o indirectamente, a invertir en promoción de ventas (...),*
- *no mantenga, corriendo personalmente con los costes y riesgos, existencias de los bienes objeto del contrato, incluidos los costes de financiación de las existencias y los de pérdida de las mismas, y pueda devolver al principal, sin recargo, los bienes no vendidos, a menos de que el agente sea responsable por negligencia (...),*
- *no cree o explote un servicio de posventa, de reparación o de garantía, a menos que el principal le reembolse la totalidad de los gastos en que incurra,*
- *no realice inversiones específicamente destinadas al mercado en equipos, locales o formación de personal (...),*
- *no asuma responsabilidad frente a terceros por los daños causados por el producto vendido, a menos que, como agente, sea responsable por negligencia al respecto,*
- *no asuma responsabilidad por el incumplimiento del contrato por parte de clientes, a excepción de la pérdida de la comisión del agente, a menos que éste sea responsable por negligencia al efecto (...).”*

Sin perjuicio de que este aspecto se dilucidará, en la medida en que sea necesario, en este procedimiento, el contrato de colaboración entre las entidades en conflicto parece asemejarse más a la figura de la concesión mercantil, donde un empresario se compromete a adquirir de otro, productos o servicios, en determinadas condiciones (entre las que se encuentra normalmente operar en exclusiva en una determinada zona), para revenderlos y prestar a los compradores un servicio postventa. El concesionario es un revendedor que actúa en nombre y por cuenta propia y bajo su propio riesgo⁵.

Parece que, como se ha señalado con anterioridad y sostiene Euskaltel, esta entidad se ocupa de toda la gestión de los clientes contratados, decide la activación y la contratación de los mismos (aunque la activación en la red la lleva a cabo Amena), gestiona el servicio posventa y el servicio de atención al cliente, asume el riesgo de los impagos, pone su marca comercial y su nombre en la comercialización del servicio, gestiona la numeración y monitoriza los consumos, adquiere los terminales de teléfono comercializados con el código

⁵ Sánchez Calero, F. – Sánchez-Calero Guilarte, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Tecnos, Ed. 28, 2005, Capítulo XLV, págs. 217 y siguientes.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de red de Amena asumiendo la subvención de dichos terminales al cliente final, y es propietaria de las tarjetas SIM que adquiere a Amena.

Tanto las prestaciones accesorias que realiza, como el riesgo asumido en su actividad y la forma en que se retribuye a Euskaltel, dan a entender que podría tratarse de una relación de reventa del servicio telefónico móvil de Amena (acceso).

En definitiva, no “*queda inequívocamente reflejado en los términos del citado Acuerdo Marco de Colaboración*”, como señala Orange en el escrito de alegaciones presentado el día 26 de septiembre, que en ningún momento haya habido acceso al servicio telefónico móvil de Amena.

De otra parte, en puridad, ambas partes han resuelto el Acuerdo Marco de Colaboración, pero han solicitado la continuación de una serie de prestaciones contractuales en tanto en cuanto no se liquiden las actuaciones pendientes, como se desprende de la carta remitida por Orange a Euskaltel el pasado día 6 de octubre y de la propia carta remitida por Euskaltel con anterioridad, en fecha 27 de septiembre.

Se ha comprobado, a través de las inspecciones llevadas a cabo y de las contestaciones a los requerimientos practicados, que se pueden producir una serie de incidencias en la prestación de los servicios, como consecuencia de la situación actual:

- Orange no puede atender a las solicitudes de modificación de datos personales, al carecer de ellos. Tampoco podrá atender todas aquellas solicitudes o consultas relativas a los datos que no dispone y que ha solicitado a Euskaltel por carta de 6 de octubre.
- Euskaltel no podrá restituir los terminales de los clientes en caso de pérdida, robo u otros problemas: el día 16 de octubre de 2006 Orange ha remitido una carta a los proveedores de terminales, solicitando el cese del suministro de terminales con el código de red de Orange y de “SIM lock” y cualquier información sobre IMEI’s y/o códigos de red y desbloqueo de Orange. De ello pueden desprenderse perjuicios clarísimos a los clientes.
- El mismo problema se está produciendo con las tarjetas SIM. EUSKALTEL denuncia que Orange no remite tarjetas SIM de reemplazo con sus correspondientes PIN y PUK. Asimismo, afirma que tiene ya a 23 clientes a la espera de reposición del servicio.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según Orange, una vez resuelto el contrato, el reemplazo de tarjetas SIM puede realizarse por Orange directamente o a través de su canal de distribución. Sin embargo, EUSKALTEL se ha venido negando a comunicar a los usuarios la necesidad de dirigirse a Orange.

A la vista de lo alegado por las partes, existe el riesgo de que se produzcan retrasos en el suministro de tarjetas SIM a los clientes y se está impidiendo por Orange la utilización por los clientes de los sistemas de recarga habituales.

Por virtud de lo anterior, aun cuando las dos partes en conflicto han resuelto el Acuerdo Marco de Colaboración y se está prestando un servicio a un gran número de clientes que se encuentran, en cierta forma, en una situación de precariedad, debe garantizarse la prestación de sus servicios, en virtud de lo previsto en los artículos 3 y 11.4 de la LGTel, facultando este último a la Comisión para intervenir con objeto de fomentar los objetivos del artículo 3, y de la debida salvaguarda del respeto por los operadores de las condiciones impuestas por los artículos 17 y 20 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

Los indicios razonables de que la relación previa que vinculaba a Orange con Euskaltel era de acceso, unidos a la voluntad de Euskaltel de continuar con el servicio, todo ello con el fin último de proteger los derechos de los usuarios, y por ende, la posición jurídica de ambos contendientes, cuya imagen puede resultar afectada por los perjuicios a los usuarios, constituyen base suficiente para adoptar una medida cautelar.

Tercero.2.- *Periculum in mora.*

Concurre el segundo presupuesto para la adopción de las medidas citadas en el apartado anterior, toda vez que en el supuesto de no adoptarse la medida cautelar, los perjuicios que pudieran irrogarse a Euskaltel, a Orange, y a los usuarios del servicio serían de difícil o imposible reparación en el supuesto de estimarse su solicitud en el presente procedimiento.

La confusión, desinformación y retraso en la provisión de los servicios que se podría ocasionar a los clientes contratados al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración justifican la adopción de esta medida. Asimismo, ambos operadores pueden resultar irreparablemente afectados si las perturbaciones en el servicio al cliente final llegan a menoscabar su imagen en el mercado.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es esencial garantizar la continuidad en la prestación del servicio frente a los clientes finales. Por tal motivo, se acuerda que se continúe prestando el servicio a los clientes afectados en las mismas condiciones en que venía prestandose en el marco del Acuerdo Marco de Colaboración, hasta el 13 de septiembre de 2006, inclusive (en adelante clientes afectados). Esta continuidad no afectará, a los clientes posteriores a la fecha antes indicada.

Tercero.3. Medidas cautelares a adoptar.

En virtud de lo anterior, esta Comisión entiende que procede adoptar las siguientes medidas cautelares:

- Orange y Euskaltel, deberán respetar y continuar, de forma provisional, la relación contractual que venían manteniendo al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración, en relación con los clientes afectados.
- Orange y Euskaltel, seguirán contribuyendo a la prestación del servicio telefónico móvil a los clientes afectados como lo venían haciendo hasta ahora y en las mismas condiciones que se estipulaban en dicho acuerdo, incluyendo las de calidad.
- Orange y Euskaltel, no podrán dirigirse a los clientes afectados, individual o colectivamente, para captarlos a sus canales de comercialización y/o inducir su traslado mediante portabilidad a otras redes.

Lo anterior no implica ni puede interpretarse en modo alguno como base para el establecimiento, por cualquiera de las partes, de restricciones al ejercicio libre y espontáneo por los clientes afectados de su libertad de optar a cualquiera de las posibilidades u opciones que estos tuvieran cuando estaba vigente el Acuerdo Marco de Colaboración.

Tercero.4.- Proporcionalidad e idoneidad de la medida.

La medida cautelar adoptada en la presente Resolución es plenamente respetuosa con el **principio de proporcionalidad**. Tal y como se ha señalado con anterioridad, únicamente se pretende mantener la prestación de los servicios a los clientes contratados en el marco del Acuerdo Marco de Colaboración, evitando perjuicios a los abonados de los servicios prestados al amparo de aquel acuerdo.

La medida que se acuerda por medio de la presente Resolución no viola derechos amparados por las leyes ni ocasiona perjuicios de imposible o difícil



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

reparación (artículo 72.3 de la LRJPAC), toda vez que se imponen conductas plenamente acordes con lo previsto en el Acuerdo Marco de Colaboración. Es más, es la Administración en este caso la principal interesada en la adopción de la medida cautelar aquí descrita, en aras del interés general, en orden a que no se frustre la eficacia de la resolución que recaiga.

Sin embargo, no se considera pertinente adoptar las demás medidas cautelares solicitadas por Euskaltel en sus escritos de 19 de septiembre y en el presentado el día 17 de octubre del año en curso, por constituir precisamente el fondo de la presente controversia, pudiendo ocasionarse graves e irreparables perjuicios económicos a Orange en el supuesto de adoptarse.

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

En particular, en relación con las acusaciones (recíprocas) sobre la publicación de noticias de prensa denigratorias para Euskaltel o para Orange, no es éste el procedimiento adecuado para conocer de tales actividades, toda vez que es la jurisdicción ordinaria la competente para conocer de las controversias derivadas de la publicidad ilícita, de conformidad con la Ley 34/1988, de 11 noviembre 1988, General de Publicidad.

CUARTO.- Tramitación de urgencia y apertura del trámite de audiencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LRJPAC, cuando razones de interés público lo aconsejen, se podrá acordar de oficio o a petición del interesado, la aplicación al procedimiento de la tramitación de urgencia por la que se reducirán a la mitad los plazos establecidos para el procedimiento ordinario, salvo los relativos a la presentación de solicitudes y recursos.

En el presente caso, la situación actual de precariedad en la prestación del servicio telefónico móvil en la red de Orange a través de Euskaltel en la Comunidad Autónoma Vasca, provocada por el desistimiento unilateral del Acuerdo Marco de Colaboración por ambas partes y por las actuaciones llevadas a cabo con posterioridad, hace conveniente acordar la aplicación, al procedimiento en curso, de la tramitación de urgencia prevista en el mencionado artículo 50 de la LRJPAC, a los efectos de poder dar, lo más prontamente posible, una solución definitiva al conflicto.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por su parte, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJPAC, según el cuál una vez instruido un procedimiento administrativo y con anterioridad a la redacción de la propuesta de resolución correspondiente, será puesto de manifiesto a los interesados a fin de que puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes, procede señalar que el expediente administrativo MTZ 2006/1141 ha sido debidamente instruido, por lo que esta Comisión procede a poner de manifiesto el mismo a los interesados en el conflicto para que en el plazo de 5 días desde la notificación de la presente resolución, puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes. A tal efecto, se pone en su conocimiento que queda a su disposición en la Secretaría de esta Comisión el expediente de referencia.

En cualquier caso, el trámite de referencia se tendrá por efectuado si antes del vencimiento de dicho plazo el interesado manifiesta su decisión de no presentar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones.

Se recuerda, además, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 35, letra a), de la mencionada LRJPAC, los ciudadanos tienen derecho: *“...a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y a obtener copias de documentos contenidos en ellos.”* Este derecho de acceso a un expediente tiene como única limitación aquellos documentos que sean declarados confidenciales porque su contenido afecte al secreto comercial e industrial, conforme a lo previsto por el artículo 37.5, letra d) de la misma LRJPAC.

QUINTO.- Avocación.

El ejercicio de la competencia para la adopción de los actos de instrucción o trámite que deban adoptarse en el curso de los expedientes administrativos tramitados en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones fue objeto de delegación en el Secretario de la Comisión, en virtud del Acuerdo del Consejo de 18 de diciembre de 1997 (B.O.E. número 25 de 29 de enero de 1998). Entre tales actos de trámite se encuentran el acuerdo de la tramitación de urgencia, así como la notificación a las partes interesadas de la apertura del trámite de audiencia.

En el presente caso, por razones de economía procesal y con el objeto de acordar en un solo acto todas las decisiones relativas al procedimiento que en este momento deben adoptarse, resulta conveniente que sea el mismo órgano competente para la adopción de la presente resolución (el Consejo) el que decida acordar la tramitación de urgencia, así como la apertura del trámite de audiencia.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

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

- Orange y Euskaltel, deberán respetar y continuar, de forma provisional, la relación contractual que venían manteniendo al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración, en relación con los clientes afectados.
- Orange y Euskaltel, seguirán contribuyendo a la prestación del servicio telefónico móvil a los clientes afectados como lo venían haciendo hasta ahora y en las mismas condiciones que se estipulaban en dicho acuerdo, incluyendo las de calidad.
- Orange y Euskaltel, no podrán dirigirse a los clientes afectados, individual o colectivamente, para captarlos a sus canales de comercialización y/o inducir su traslado mediante portabilidad a otras redes.

Lo anterior no implica ni puede interpretarse en modo alguno como base para el establecimiento, por cualquiera de las partes, de restricciones al ejercicio libre y espontáneo por los clientes afectados de su libertad de optar a cualquiera de las posibilidades u opciones que estos tuvieran cuando estaba vigente el Acuerdo Marco de Colaboración.

SEGUNDO.- Acordar, por avocación de este Consejo, la tramitación de urgencia del presente procedimiento. En ejercicio de la misma avocación, se pone de manifiesto el expediente a las partes intervinientes a fin de que formulen las alegaciones y aporten los documentos que estimen convenientes en el plazo de cinco días a partir de la notificación de la presente resolución.

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 el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra los apartados primero y segundo de la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo dispuesto en el número dos del artículo 58 de la misma Ley.

Se le informa de que contra el apartado tercero de la resolución a la que se refiere el presente certificado no cabe recurso alguno, conforme a los artículos 50.2 y 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera