

RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES DE ALAI EN EL CONFLICTO PLANTEADO FRENTE A XFERA, EN RELACIÓN CON LA INTERRUPCIÓN DEL ACCESO A LA RED DE MOVISTAR

(CFT/DTSA/297/22)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretaria

D.^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 26 de enero de 2023

De acuerdo con la función establecida en el artículo 6.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la Sala de la Supervisión Regulatoria resuelve:

I. ANTECEDENTES

Primero. Escrito de interposición de conflicto de acceso

Con fecha 29 de noviembre de 2022, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de Alai Operador de Telecomunicaciones S.L. (Alai) mediante el que plantea un conflicto de acceso contra Xfera Móviles, S.A. Unipersonal (Xfera), por su intención de interrumpir el acceso de Alai a la red móvil de Telefónica Móviles España, S.A. (Movistar) a partir del 1 de febrero de 2023 y su negativa a prestar a Alai sus servicios sobre la base de la tecnología 5G, por ser supuestamente incumplimientos de las obligaciones contractuales entre ambas partes.

Asimismo, Alai solicita la adopción de medidas provisionales necesarias para evitar la interrupción por parte de Xfera del acceso de Alai a la red móvil de Movistar a partir del 1 de febrero de 2023.

Con fecha 7 de diciembre de 2022, tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito complementario de Alai sobre el estado de las conversaciones con Xfera.

Segundo. Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento y requerimientos de información

Mediante sendos escritos de fecha 9 de diciembre de 2022, se comunicó a los operadores interesados, Alai y Xfera, el inicio del procedimiento de conflicto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.4 de la LPAC¹, otorgándoles un plazo de diez días para que realizasen las alegaciones que tuvieran por conveniente. A través de dicho acto, se dio traslado del escrito presentado por Alai y se comunicó a Xfera la solicitud de medidas provisionales de la primera empresa.

Asimismo, en dicho escrito se requirió a los operadores interesados que aportaran determinada información necesaria para la resolución del procedimiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 75.1 de la LPAC.

Tercero. Declaración de confidencialidad

Con fecha 9 de diciembre de 2022, tuvo salida del registro de esta Comisión escrito de la Directora de la DTSA, mediante el que se declaraban confidenciales determinados datos contenidos en los escritos de Alai.

¹ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/39>

Cuarto. Contestación de Alai al requerimiento de información

Con fecha 15 de diciembre de 2022, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de Alai por el que daba contestación al requerimiento de información.

Con fecha 23 de diciembre de 2022, tuvo entrada en el registro de esta Comisión un escrito complementario de Alai sobre el estado de las conversaciones con Xfera.

Quinto. Contestación de Xfera al requerimiento de información

Con fecha 27 de diciembre de 2022, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de Xfera por el que daba contestación al requerimiento de información.

Sexto. Declaración de confidencialidad

Con fecha 9 de diciembre de 2022, tuvieron salida del registro de esta Comisión sendos escritos de la Directora de la DTSA, mediante los cuales se declaraban confidenciales determinados datos contenidos en los escritos de Alai y Xfera.

Séptimo. Segundo requerimiento de información a Alai y Xfera

Mediante sendos escritos de fecha 13 de enero de 2023, se requirió a los operadores interesados que aportaran determinada información necesaria para la resolución del procedimiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 75.1 de la LPAC.

Octavo. Contestación de Alai al segundo requerimiento

Con fecha 17 de enero de 2023, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de Alai por el que daba contestación al segundo requerimiento de información remitido por esta Comisión.

Noveno. Declaración de confidencialidad

Con fecha 24 de enero de 2023, tuvo salida del registro de esta Comisión escrito de la Directora de la DTSA, por el que se declaraban confidenciales determinados datos contenidos en la contestación de Alai al segundo requerimiento de información.

Décimo. Contestación de Xfera al segundo requerimiento

Con fecha 24 de enero de 2023, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de Xfera por el que daba contestación al segundo requerimiento de información remitido por esta Comisión.

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

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero. Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y ley aplicable

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. En este sentido, tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), este organismo “*supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas*”, correspondiéndole a la CNMC “*realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre^[2], y su normativa de desarrollo*”.

Según lo dispuesto en los artículos 28 y 100.2.j) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel), este organismo es competente para resolver los conflictos que se susciten, a petición de cualquiera de las partes interesadas, en relación con las obligaciones existentes en virtud de la presente Ley y su normativa de desarrollo entre operadores que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión.

De forma adicional, los artículos 6.4 y 12.1.a) de la LCNMC disponen que esta Comisión es competente para la resolución de conflictos entre operadores en materia de obligaciones de interconexión y acceso.

Por ello, de conformidad con los preceptos citados y en atención a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC, y de conformidad con 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 procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por último, este procedimiento, en lo no previsto por la LCNMC y la LGTel, se rige por lo establecido en la LPAC.

Segundo. Habilitación legal para la adopción de medidas provisionales

La facultad de dictar medidas provisionales está recogida en los artículos 28.2 de la LGTel y 56 de la LPAC, norma por la cual se rige esta Comisión en el ejercicio de las funciones públicas que la LCNMC y la LGTel le atribuyen para la resolución del procedimiento de referencia.

² Actualmente, la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones. <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/06/28/11>

Así, de conformidad con el artículo 56.1 de la LPAC, la CNMC puede adoptar medidas provisionales en los siguientes términos:

“Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolver, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad”.

Conforme a esa misma disposición, el órgano administrativo competente para dictar las mencionadas medidas provisionales es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.2.e), en relación con el artículo 14, del Estatuto Orgánico de la CNMC.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

Primero. Medidas provisionales solicitadas por Alai

El objeto de la presente resolución es el análisis de la solicitud de medidas provisionales formulada por Alai, que se concretan en evitar la interrupción por parte de Xfera del acceso de Alai a la red móvil de Telefónica Móviles España, S.A. (Movistar) a partir del 1 de febrero de 2023.

Alai tiene firmado un “contrato de operador virtual de servicios de comunicaciones móviles electrónicas” con Xfera (perteneciente al Grupo MásMóvil), en fecha 31 de julio de 2019 (contrato OMV). El citado contrato tiene por objeto la prestación por Xfera (como operador de red móvil) a Alai (como OMV completo), de un servicio mayorista de comunicaciones electrónicas móviles, de manera que ésta pueda desarrollar y comercializar ofertas minoristas de servicios de comunicaciones M2M y de comunicaciones IoT bajo la citada condición de OMV completo.

El contrato OMV prevé que la prestación de servicios a Alai se llevará a cabo sobre la base de la red móvil en España de la propia Xfera, pero también sobre la base de las redes móviles de Movistar y de Orange Espagne, S.A. (Orange), con quienes Xfera tiene firmados los correspondientes acuerdos de itinerancia nacional (“ARN” según se nombran en el contrato OMV), tal como se establece en su Expositivo IV.

Alai ha manifestado que, en 2022, Xfera le había trasladado informal y telefónicamente que el cese del acceso sobre la red de Movistar tendría lugar en algún momento dentro del año 2023, **[CONFIDENCIAL]**.

Con fecha 3 de noviembre de 2022, Xfera notificó a Alai su intención de dejar de prestar los servicios OMV sobre la red de Movistar y prestarlos a partir de entonces sobre la red de Xfera y la de un tercer operador, a partir del 1 de febrero de 2023. Asimismo, Xfera le informó que, desde la citada fecha, **[CONFIDENCIAL]**. No obstante, en el citado escrito, no se justifican los motivos que se habrían trasladado anteriormente de forma informal o telefónica.

Alai ha indicado que la citada interrupción prevista por Xfera tendrá unas consecuencias irreparables para Alai, que verá comprometida su capacidad para competir en el mercado minorista de servicios de comunicaciones M2M, generándose efectos negativos para sus clientes minoristas.

Por un lado, Alai ha indicado que para la prestación de sus servicios de comunicaciones M2M e IoT resulta imprescindible disponer de un acceso al mayor número posible de redes móviles, para ofrecer en el ámbito minorista soluciones *multired* y así poder competir en el mercado. Ello vendría justificado en que la mayoría de sus clientes pertenecen a industrias con servicios donde las comunicaciones M2M son de carácter crítico (alarmas, telemedicina, ascensores, localización, etc...) y requieren de un servicio de alta disponibilidad.

Por otro lado, Alai ha señalado que de las **[CONFIDENCIAL]** tarjetas SIM activas de que dispone, **[CONFIDENCIAL]** de ellas estuvieron conectadas a la red de Movistar durante el mes de octubre de 2022, **[CONFIDENCIAL]**. En el ámbito minorista, **[CONFIDENCIAL]** clientes de Alai tuvieron alguna de las tarjetas SIM activas conectadas a la red de Movistar en el mismo mes.

Asimismo, Alai ha señalado que, desde un punto de vista estrictamente geográfico, se aprecia una especial concentración de SIM conectadas **[CONFIDENCIAL]**.

A juicio de Alai, sin la cobertura de la red de Movistar, los servicios ofrecidos a sus clientes podrían verse comprometidos, teniendo ello un impacto en la relación contractual con sus actuales clientes, así como en la captación de nuevos clientes, su imagen y reputación en el mercado.

Como consecuencia de lo señalado, Alai solicita a esta Comisión la adopción de medidas provisionales, para evitar la interrupción por parte de Xfera del acceso de Alai a la red móvil de Movistar.

Por su parte, Xfera ha manifestado que las previsiones de tráfico remitidas por parte de Alai a Xfera con anterioridad a la firma del contrato eran muy superiores al consumo real que han tenido los clientes de Alai. Según Xfera, esta diferencia ha provocado que la prestación de los servicios mayoristas por parte de Xfera

sobre la red de Movistar resulte deficitaria para Xfera. Asimismo, Xfera ha indicado que a finales del año 2021 y en 2022, Xfera solicitó la previsión de tráfico para los años 2022 y 2023, respectivamente, sin que se hayan tenido noticias de dicha previsión por parte de Alai.

[CONFIDENCIAL].

En esta línea, Xfera señala que, a finales de noviembre del 2022, propuso a Alai continuar con la prestación de los servicios mayoristas mediante el ARN de Movistar siempre que se renegociasen los precios para que Xfera no tuviese que soportar un mayor coste. Sin embargo, según Xfera, esta propuesta fue rechazada por Alai. Por su parte, Alai ha manifestado que tal propuesta no existió y ha señalado que el 13 de septiembre de 2021 ambas partes firmaron una adenda al contrato OMV, por la que se introdujo la cláusula 7.4, que **[CONFIDENCIAL]**. Se desconoce si la oferta fue realizada, ya que Xfera no ha aportado acreditación sobre la misma a la CNMC.

Finalmente, Xfera señala que notificó la interrupción del servicio sobre la red de Movistar a Alai con tiempo suficiente para que esta empresa pudiera comunicar a sus clientes finales cualquier hecho que estimase oportuno con relación a la pérdida de la cobertura de Movistar.

Segundo. Valoración de la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de medidas provisionales

De conformidad con el artículo 56.1 de la LPAC, el órgano competente para resolver el procedimiento podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas cuando ello sea necesario para *“asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”*. Según el apartado 4 del mismo precepto, *“no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible 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 provisional. Tales requisitos son 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 que hace la Administración entre el interés público que trata de satisfacer la actuación administrativa y los posibles perjuicios que se irroguen a los afectados por la misma.

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

A. *Fumus boni iuris*

En primer lugar, y por lo que respecta a la verosimilitud o apariencia de que el Derecho asista al solicitante de la medida provisional, procede llevar a cabo un ejercicio de predicción sobre la pretensión de fondo que permita, a los meros fines de la tutela cautelar, una valoración sobre la solidez de los fundamentos jurídicos de la solicitud: (i) en un marco de provisionalidad y (ii) sin prejuzgar lo que en su día sea aprobado en la resolución final, en línea con lo señalado reiteradamente por el Tribunal Supremo³.

En el presente caso se considera, preliminarmente, que Alai ha actuado en virtud de las cláusulas contempladas en el contrato OMV, que regula su relación mayorista. No obstante, existe una discrepancia en la interpretación de determinadas cláusulas por las que Alai considera que Xfera podría estar incurriendo en un incumplimiento del contrato OMV.

En el Expositivo IV del contrato OMV, Xfera asegura disponer de dos acuerdos ARN vigentes sobre los que se habilita el acceso de abonados de Alai a las redes de Movistar y Orange. Hasta la fecha, a esta Comisión no le consta que el acuerdo entre Movistar y Xfera haya sido rescindido; por tanto, Xfera sigue teniendo dicho contrato a su disposición, y la red móvil de Movistar es ofrecida a Alai de conformidad con el contrato analizado.

En el contrato OMV no se contempla un procedimiento que regule la forma en que se puede habilitar o deshabilitar el acceso a las distintas redes que Xfera dispone mediante sus correspondientes ARN.

Aunque Xfera ha manifestado razones económicas para interrumpir el acceso de Alai a la red de Movistar, preliminarmente se observa que Xfera no ha seguido la cláusula Séptima del contrato OMV, que contempla la posibilidad de revisar los precios previo acuerdo entre las partes, antes de proceder a interrumpir el acceso sobre la red de Movistar.

³ Por otros, autos de 20 de octubre de 2020 (recurso de casación núm. 223/2020) y de 7 de marzo de 2018 (recurso ordinario 32/2018).

Asimismo, Alai y Xfera firmaron una adenda en 2021 donde se establecía **[CONFIDENCIAL]**. De esta forma, Xfera debería poder cubrir los costes que le pudieran generar sus servicios mayoristas. De hecho, **[CONFIDENCIAL]**.

Por todo lo anterior, los extremos expuestos acreditan la apariencia de buen derecho suficiente para adoptar la medida provisional solicitada por Alai, en tanto en cuanto se resuelve el procedimiento principal.

B. *Periculum in mora*

En relación con el análisis de la urgencia y necesidad de la medida, Alai ha reportado a esta Comisión datos sobre los perjuicios que pueden irrogársele por dejar de tener acceso a la cobertura de la red de Movistar **[CONFIDENCIAL]** el próximo 1 de febrero de 2023 sin que haya podido disponer de una alternativa que permitiera una migración de las tarjetas SIM afectadas a otro proveedor. Además de una reducción de la cobertura móvil disponible, la prestación de servicios de Alai podría verse afectada en sus obligaciones comerciales con sus clientes/potenciales clientes, lo que podría tener como efecto la pérdida de los mismos o de nuevas captaciones.

Por tanto, de no adoptarse esta medida de forma cautelar, la resolución que en su día adopte esta Comisión para la determinación del acceso a la red de Movistar podría resultar inoperante, ya que esta demora podría tener como efecto la pérdida de clientes para Alai, con los consiguientes perjuicios que ello ocasionaría a la imagen de dicha empresa.

Por todo ello, y con el fin de evitar la pérdida del efecto útil de la resolución final que pudiera adoptarse por esta Comisión en el seno del presente procedimiento, resulta apropiada y ajustada a Derecho, tal y como se ha señalado, la adopción de la presente medida provisional, por resultar necesaria y urgente.

C. Inexistencia de perjuicios

Xfera ha alegado que el consumo de tráfico de Alai está muy por debajo de las previsiones que en su momento se le remitieron. Este hecho le ha conllevado una serie de costes por los tráficos de Alai cursados en la red de Movistar, que en cualquier caso no ha podido cuantificar esta Comisión. **[CONFIDENCIAL]**.

Por su parte, Alai manifiesta que los consumos indicados en las negociaciones del contrato OMV no se han podido alcanzar por incumplimientos de Xfera sobre la implementación de distintas funcionalidades en su red. Asimismo, Alai ha indicado que no hubo renegociación de precios por parte de Xfera antes de proceder a notificarle la intención de interrumpir el acceso a la red de Movistar. De hecho, tal como se ha señalado anteriormente, ambas partes firmaron una

adenda al contrato OMV, con fecha 13 de septiembre de 2021, en el que **[CONFIDENCIAL]**.

Esta Comisión considera que esta previsión contractual firmada libremente entre las partes debería ser suficiente para garantizar que Xfera pueda recuperar costes en el caso de que Alai, por los motivos que sea, no cumpla con las previsiones de tráfico informadas previamente.

En consecuencia, se estima que la medida provisional que se acuerda por medio de la presente resolución no viola derechos amparados por las leyes ni ocasiona perjuicios de difícil o imposible reparación (artículo 56.3 de la LPAC). En este sentido, se entiende que la misma no ocasiona perjuicio irreparable alguno para Xfera, dado que **[CONFIDENCIAL]** en la Adenda de 13 de septiembre de 2021, recuperando así los costes en que pueda incurrir por los tráficos sobre la red de Movistar a partir del 1 de febrero de 2023.

D. Proporcionalidad de la medida

La medida provisional propuesta, finalmente, resulta idónea y plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad, habiéndose llevado a cabo la necesaria ponderación entre el interés público que trata de satisfacer la actuación administrativa y los posibles perjuicios que se podrían irrogar a los afectados por la misma⁴. La ponderación de todos los intereses implicados conduce a considerar proporcionado y ajustado a Derecho obligar a Xfera a mantener el acceso a la red de Movistar objeto de la presente medida.

Dado lo que antecede, se concluye que existen en la presente fase del procedimiento elementos de juicio suficientes que permiten, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.1 de la LPAC, la adopción de la medida provisional solicitada.

Xfera deberá por consiguiente mantener el acceso por parte de Alai a la red de Movistar objeto de su solicitud durante la tramitación del presente procedimiento.

Mientras no haya un acuerdo distinto entre las partes, continuarán aplicándose los precios del contrato OMV y sus adendas, que ambas partes tienen acordados.

⁴ Véase, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2011, recurso de casación núm. 3028/2009.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en uso de las competencias que tiene atribuidas,

RESUELVE

Único. Estimar la solicitud de medidas provisionales formulada por Alai Operador de Telecomunicaciones S.L en el seno del procedimiento de referencia, debiendo Xfera Móviles, S.A. Unipersonal mantener el acceso mayorista a la red Movistar que le viene prestando actualmente durante la tramitación de presente procedimiento.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a la Alai Operador de Telecomunicaciones S.L y a Xfera Móviles, S.A. Unipersonal, 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.