

RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES EN EL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN PLANTEADO POR DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A. FRENTE A XFERA MÓVILES, S.A.

CFT/DTSA/166/19

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Mariano Bacigalupo Saggese

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 1 de julio de 2020

Vista la solicitud de medidas cautelares formulada por Dialoga Servicios Interactivos, S.A. en el procedimiento con número de referencia CFT/DTSA/166/19, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de interposición de conflicto por parte de Dialoga

Con fecha 17 de diciembre de 2019, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A. (Dialoga) mediante el cual plantea conflicto de interconexión contra Xfera Móviles, S.A. (Xfera) por no haber alcanzado un acuerdo de interconexión directa desde el 1 de junio de 2016.

En el escrito por el que se interpone el conflicto, Dialoga solicita la adopción por la CNMC de medidas provisionales, consistentes en implementar la interconexión directa con Dialoga en base a condiciones económicas razonables.

SEGUNDO.- Comunicación de inicio del procedimiento a los interesados y requerimiento de información

Mediante sendos escritos de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (Directora de la DTSA) de la CNMC de fecha 10 de enero de 2020, se comunicó a los interesados, Dialoga y Xfera, el inicio del presente

procedimiento administrativo para la resolución del conflicto de interconexión planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.4 párrafo segundo, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Asimismo, se requirió a las partes interesadas, al amparo de lo dispuesto en el artículo 73.1 de la LPAC, que aportaran determinada información, necesaria para la resolución del procedimiento.

TERCERO.- Contestación de Dialoga al requerimiento de información

Con fecha 15 de enero de 2020, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de Dialoga por el que daba contestación al requerimiento de información indicado en el Antecedente anterior.

CUARTO.- Solicitud de Xfera de ampliación de plazo

Con fecha 29 de enero de 2020, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de Xfera mediante el que solicitaba la ampliación de plazo para dar respuesta al requerimiento formulado por esta Comisión. Mediante escrito de la Directora de la DTSA se autorizó dicha solicitud con fecha 30 de enero.

QUINTO.- Contestación de Xfera al requerimiento de información

Con fecha 6 de febrero de 2020, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de Xfera por el que daba contestación al requerimiento de información indicado en el Antecedente Segundo.

SEXTO.- Solicitud de Xfera de acceso al expediente

Con fecha 11 de mayo de 2020, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de Xfera por el que solicitó acceso a la documentación del expediente. Mediante escrito de la Directora de la DTSA se dio acceso con fecha 12 de mayo.

SÉPTIMO.- Escrito de solicitud de medidas provisionales de Dialoga

Con fecha 20 de mayo de 2020, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de Dialoga mediante el que solicita la adopción de medidas provisionales consistentes en conminar a Xfera a implementar de forma urgente la interconexión directa con Dialoga en base a condiciones económicas razonables y que, en todo caso, correspondan con las resoluciones de la CNMC aplicables en cada caso.

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. Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), este organismo “supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas”, correspondiéndole a estos efectos “realizar las funciones atribuidas por la [Ley 9/2014, de 9 de mayo], y su normativa de desarrollo”¹.

Según el artículo 15.1 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), “la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los conflictos que se susciten en relación con las obligaciones existentes en virtud de la presente Ley y su normativa de desarrollo entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, de acuerdo con la definición que se da a los conceptos de acceso e interconexión en el anexo II de la presente Ley. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo indicado en la Ley de creación de esta Comisión, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva”.

En similares términos, el artículo 70 d) de la referida Ley señala que corresponde a la CNMC “resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 15 de la presente Ley”, en línea con lo ya previsto por los artículos 6.4 y 12.1.a) 1º de la LCNMC en materia de resolución de conflictos en materia de acceso, interconexión e interoperabilidad.

Por consiguiente, atendiendo a los preceptos anteriores y a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC, y en virtud del 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.

¹ En términos similares, el artículo 12.5 de la LGTel dispone que “sin perjuicio de las medidas que puedan adoptarse en relación con las empresas que tengan un poder significativo en el mercado de acuerdo con lo previsto en el artículo 14 de esta Ley, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3. La decisión de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia será vinculante y se adoptará en el plazo indicado en la Ley 3/2013 de creación de dicha Comisión”.

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

SEGUNDO.- Habilitación legal para la adopción de medidas provisionales

La facultad de dictar medidas provisionales está recogida en el artículo 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.

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 cautelares 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 Dialoga

La solicitud inicial de Dialoga en el presente conflicto es que Xfera otorgue la interconexión directa entre sus redes. En ese contexto, Dialoga ha solicitado la adopción de medidas provisionales consistentes en que se implemente dicha interconexión directa en base a condiciones económicas razonables.

Dialoga ha aportado un total de 14 burofaxes y 11 correos electrónicos remitidos a Xfera en los que incidía en su primera solicitud de 1 de junio de 2016 o añadía más detalles para el establecimiento de interconexión directa entre ambas redes. Por otra parte, Dialoga sólo ha aportado dos burofaxes y algunos correos electrónicos enviados por Xfera como respuesta a su solicitud de interconexión, todos ellos de 2019 (Xfera, por su lado, no ha aportado documento alguno). Por el contenido de la documentación presentada, Xfera y Dialoga no han avanzado en la negociación de la interconexión directa ni de las condiciones económicas, tanto para su establecimiento como para el intercambio de tráfico telefónico.

Hasta la actualidad, las llamadas originadas por clientes de Xfera hacia numeraciones de Dialoga se cursan mediante una interconexión indirecta (utilizando el servicio de tránsito que Dialoga tiene contratado con Telefónica), por lo que por el momento la interoperabilidad de los servicios y el acceso a los usuarios finales entre ambas redes está garantizada. No obstante, esta situación

hace incurrir a Dialoga en unos costes mayores al tener que pagar por el servicio de tránsito que le presta Telefónica. Dialoga no ha aportado detalles sobre el impacto económico que le suponen estos costes adicionales, para justificar su solicitud de medidas provisionales.

De la correspondencia aportada por Dialoga, se ha observado que, entre junio de 2017 y febrero de 2019, ambos operadores no abordaron o negociaron sobre el objeto de la solicitud principal de Dialoga, es decir, durante 19 meses las negociaciones de la interconexión directa entre sus redes estuvieron interrumpidas. Según ha indicado Dialoga, esto ocurrió porque estaban pendientes de la tramitación del conflicto² que había interpuesto contra Telefónica Móviles y Orange por los precios mayoristas de originación móvil de llamadas hacia numeraciones 900 y 902. Según Dialoga, Xfera se habría comprometido a aplicar los precios que la CNMC estableciera en la Resolución de dicho conflicto.

No fue hasta marzo de 2019, cuando ambos operadores mantuvieron una reunión a nivel técnico sobre la interconexión directa y Xfera manifestó a Dialoga que se encontraba en un proceso de integración de diversos sistemas e implantación de la tecnología IP que no le permitían atender su solicitud hasta el primer trimestre de 2020. En relación con esta fecha, Dialoga aceptó dicha fecha, mediante correo electrónico de fecha 9 de mayo de 2019, reservándose el derecho a llevar a cabo las acciones oportunas en la defensa de sus intereses. Posteriormente, Xfera, en respuesta a un requerimiento de información de este organismo, ha indicado que hasta septiembre de 2020 no podrá iniciar la implementación de nuevas interconexiones IP. En esta misma línea, Dialoga señala en su escrito de 20 de mayo de 2020 que Xfera le ha informado que la interconexión podría entrar en planificación con un horizonte temporal de seis meses.

SEGUNDO.- 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:

² Resolución de la SSR de 17 de mayo de 2018 por la que se resuelve el conflicto de interconexión interpuesto por DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A. contra TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. y ORANGE ESPAÑA, S.A.U. por los precios mayoristas de originación móvil para llamadas a numeraciones 900 y 902 (CFT/DTSA/11/17).

- 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 planteadas por Dialoga.

TERCERO.- Valoración de la concurrencia de los requisitos en el presente expediente

Analizados los hechos expuestos por Dialoga, se considera que, en el estado actual del procedimiento, no resulta apropiado atender la solicitud formulada en base a las siguientes razones:

- En relación con la apariencia de buen derecho (verosimilitud o apariencia de que el Derecho asiste al eventual beneficiario de la medida): de acuerdo con el artículo 12.2 de la LGTel³, Dialoga tiene derecho a que Xfera negocie la interconexión mutua. Sin embargo, esta interconexión está afectada por unas condiciones sobre las que las partes no se han puesto de acuerdo –y ha de analizarse en detalle la razonabilidad de las pretensiones concretas de Dialoga-.

En el seno del conflicto se están valorando aspectos tales como (i) los motivos por los cuales Xfera no ha llevado a cabo la interconexión directa; (ii) si la interconexión directa no fuera posible, valorar alternativas; (iii) plazos razonables para la interconexión directa; (iv) medidas proporcionales que optimicen la eficiencia económica de ambos operadores y se eliminen cargas económicas que no estén justificadas.

³ “2. Los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas tendrán el derecho y, cuando se solicite por otros operadores de redes de comunicaciones electrónicas, la obligación de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, con el objeto de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad.”

- En relación con la necesidad y urgencia de la medida, como se ha indicado, aunque el primer escrito de Dialoga es de 1 de junio de 2016, durante el periodo comprendido entre junio de 2017 y febrero de 2019, ambos operadores no intercambiaron comunicaciones con el fin de lograr un acuerdo de interconexión directa, o bien para plantear un conflicto ante esta Comisión porque ya habían transcurrido cuatro meses desde la primera solicitud de Dialoga. En la reunión técnica de marzo de 2019, Xfera indicó que no tendría disponibilidad para establecer una interconexión directa hasta el primer trimestre de 2020, fecha con la que Dialoga indicó su disponibilidad, mediante correo electrónico de 9 de mayo de 2019.

En febrero, Xfera ha indicado que no puede atender nuevas interconexiones IP hasta septiembre de 2020. Se están en consecuencia analizando las causas de este retraso y mientras tanto, no se puede afirmar la existencia de una urgencia que justifique la adopción de una medida provisional como la planteada por Dialoga.

Más aún, como se ha indicado, el tráfico originado por clientes de Xfera hacia numeraciones de Dialoga se está cursando de forma que ambos operadores están permitiendo la interoperabilidad de los servicios mediante una interconexión indirecta mediante un tercer operador. De manera que actualmente no hay un problema para la interoperabilidad de los servicios.

- Además, de adoptarse las medidas provisionales solicitadas por Dialoga, se adelantaría la decisión definitiva, implicando la asunción de costes para la contraparte –Xfera-, para el establecimiento de los PDI, pudiendo ocasionarle perjuicios y dejando sin sentido la tramitación del conflicto.

Si se concluyera que los costes asumidos por las partes son razonables para la interconexión directa, se podrá dictar una medida provisional en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, pero dadas las implicaciones que tiene imponer la interconexión, la valoración sobre la apariencia de buen derecho de la pretensión de Dialoga tendrá que ser determinante.

Por tanto, no existen en la presente fase del procedimiento elementos de juicio suficientes que permitan, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.1 de la LPAC, la adopción de la medida provisional solicitada.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar la solicitud de medidas provisionales formulada por Dialoga Servicios Interactivos, S.A. consistente en implementar la interconexión directa con Xfera Móviles, S.A.

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