

Resolución por la que se declara concluso el procedimiento de conflicto interpuesto por Xfera Móviles, S.A. contra Telefónica Móviles España, S.A., relativo a la reventa de servicios mayoristas de acceso móvil, por desaparición sobrevenida del objeto

(CNF/DTSA/610/14/REVENTA SERVICIOS MÓVILES YOIGO)

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, p.s. Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 16 de octubre de 2014

Visto el expediente relativo al conflicto planteado por Xfera Móviles, S.A. contra Telefónica Móviles España, S.A. relativo a la reventa de servicios mayoristas de acceso móvil, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Escrito presentado por Xfera Móviles, S.A.

Con fecha 24 de marzo de 2014 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Xfera Móviles, S.A. (en adelante, Yoigo) en el que planteaba conflicto de acceso en el contexto de la relación contractual que mantiene con Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME).

Ambas entidades tienen suscrito un acuerdo para la prestación del servicio mayorista de roaming de Yoigo sobre la red móvil titularidad de TME desde el 29 de abril de 2008. Concretamente, Yoigo solicitaba (i) el acceso a los servicios 2G y 3G concedido por TME en virtud del contrato de roaming para su puesta a disposición en beneficio de otro operador; (ii) la adopción de medidas cautelares *inaudita parte*, consistentes en la efectividad del acceso solicitado.

SEGUNDO.- Notificación a las partes del inicio del procedimiento y requerimientos de información

Por medio de escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de 4 de abril de 2014, se comunicó a TME y a Yoigo el inicio del procedimiento y se formularon requerimientos de información a ambas entidades.

Yoigo dio respuesta a las preguntas planteadas por esta Comisión mediante escrito de 24 de abril de 2014 y TME, a quien se concedió una ampliación del plazo de diez días inicialmente acordado, remitió escrito con fecha 24 de abril.

TERCERO.- Solicitud de Orange de consideración como parte interesada en el expediente

Con fecha 26 de marzo de 2014, France Télécom España, S.A. Unipersonal (actualmente Orange Espagne, S.A.U., sociedad unipersonal - Orange) remitió escrito en el que solicitaba se le otorgase condición de interesado en el procedimiento de conflicto abierto a instancia de Yoigo.

Mediante escrito de 3 de abril de 2014, la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual denegó a Orange dicha condición.

CUARTO.- Solicitud de Vodafone de consideración como parte interesada en el expediente

Mediante escrito de fecha 10 de abril de 2014, Vodafone solicitó copia de la versión no confidencial del expediente en su condición de interesado del mismo.

A dicha solicitud se le dio respuesta por la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual mediante escrito de 14 de mayo de 2014 en sentido negativo.

QUINTO.- Declaraciones de confidencialidad

Con fecha 7 de mayo de 2014 se declaró la confidencialidad de los escritos de TME y Yoigo.

SEXTO.- Escritos de Open Cable

Con fecha 2 de mayo, tuvo entrada en el Registro de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual escrito de Open Cable Telecomunicaciones, S.L. en el que solicitaba que se tuviera a dicha entidad como interesada en el procedimiento. Sin embargo, mediante escrito con registro de entrada en esta Dirección de fecha 3 de junio de 2014, Open Cable desistió de su solicitud para no retrasar la resolución del conflicto.

SÉPTIMO.- Informe de audiencia

Con fecha 12 de junio se remitió informe de audiencia de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual a TME y Yoigo para la formulación de alegaciones, según lo previsto en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

OCTAVO.- Alegaciones de TME

Inicialmente, TME solicitó una ampliación del plazo para la presentación de alegaciones, que fue denegado mediante escrito notificado el 20 de junio de 2014. Con fecha 27 de junio de 2014, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TME con las referidas alegaciones.

NOVENO.- Alegaciones de Yoigo

Mediante escrito de 1 de julio de 2014, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Yoigo en el que presentó alegaciones al informe de audiencia.

DÉCIMO.- Solicitud de Vodafone de consideración como parte interesada en el expediente

Con fecha 27 de junio de 2014, Vodafone presentó un segundo escrito reiterando su condición de interesado en el expediente y de acceso al expediente. Esta Comisión dio respuesta a dicha solicitud en sentido negativo mediante escrito de la Directora de Telecomunicaciones y Servicios Audiovisuales de 2 de julio de 2014.

UNDÉCIMO.- Solicitud de Orange de consideración como parte interesada en el expediente

El 1 de julio de 2014, Orange solicitó de nuevo ante esta Comisión su consideración como interesado en el expediente. Esta Comisión dio respuesta a dicha solicitud en sentido denegatorio mediante escrito de la Directora de Telecomunicaciones y Servicios Audiovisuales de 2 de julio de 2014.

DUODÉCIMO.- Escrito de TME

Con fecha 9 de septiembre de 2014, tuvo entrada en el registro de esta Comisión un escrito de TME por el que comunicaba a la CNMC que dicha entidad y Pepemobile han suscrito un acuerdo para la prestación del servicio mayorista de acceso a la red pública de comunicaciones móviles de TME, por lo que solicitaba el archivo del presente procedimiento administrativo.

DÉCIMO TERCERO.- Traslado del anterior escrito a Yoigo

Con fecha 15 de septiembre de 2014, el anterior escrito fue notificado a Yoigo, solicitándole esta Comisión información acerca de su relación contractual con Pepemobile y de la afectación de la rescisión de su contrato con esta operadora a la solicitud formulada por Yoigo en el marco del presente procedimiento.

DÉCIMO CUARTO.- Escrito de Yoigo

Con fecha 29 de septiembre de 2014, ha tenido entrada en el registro de la CNMC un escrito de Yoigo en el que, entre otras alegaciones, señala que se ha dejado sin objeto el conflicto tratado en el presente procedimiento.

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

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

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

El presente procedimiento fue iniciado por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, establece en su artículo 1.2 que esta Comisión tiene por objeto *“garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios”*; y en su artículo 5.1.a) especifica que entre sus funciones está la de *“Supervisión y control de todos los mercados y sectores productivos”*. En concreto, en lo referente al sector de las comunicaciones electrónicas, el artículo 6 dispone que la CNMC *“supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas”*.

Junto con el objeto general de la CNMC, establecido en la Ley 3/2013, de 4 de junio, y consistente en promover y garantizar el funcionamiento y la competencia efectiva en los mercados, los artículos 6.4, 12.1.a).^{1º} y 12.2 de dicho texto legal y los artículos 15 y 70.2.d) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel)¹ atribuyen a la Comisión la función de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso e interconexión de redes.

Asimismo, el artículo 12.5 de la LGTel establece que esta Comisión podrá intervenir en las relaciones entre operadores (o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión), a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos señalados en el artículo 3 del mismo texto legal, entre los que se incluyen los siguientes.

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

¹ Conforme a la disposición derogatoria única, a partir de su entrada en vigor (que se produce a partir del día siguiente de su publicación en el BOE conforme a la Disposición Adicional undécima, es decir, a partir del día 11 de mayo de 2014) queda derogada la normativa anterior, en particular la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que hasta entonces constituía la normativa sectorial relevante.

En ejercicio de sus funciones en el ámbito de interconexión y acceso, esta Comisión está plenamente habilitada para supervisar la actuación de los operadores e intervenir en sus relaciones si es necesario imponiendo condiciones u obligaciones, para garantizar el equilibrio contractual entre las partes y salvaguardar un interés general como es el del acceso y la interconexión de las redes en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionadas y basadas en criterios objetivos en interés de todos los usuarios, los cuales son intereses generales dignos de protección que justifican la actuación de esta Comisión. En todo caso, dichas obligaciones y condiciones habrán de ser objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias.

La Jurisprudencia ha confirmado² reiteradamente las facultades de actuación de esta Comisión –de su antecesora, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones-, anteriormente mencionadas. Entre otras, transcribimos por su carácter ilustrativo la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2008, que especifica que en la resolución de conflictos *“el órgano regulador se atiene a lograr el «equilibrio justo entre los intereses de las partes», con el objeto de garantizar los intereses públicos vinculados a la salvaguarda de la libre competencia entre empresas y el interés de los usuarios”* (FJ 7).

A nivel comunitario, según resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la interpretación teleológica de las potestades de intervención administrativa en materia de acceso e interconexión que corresponden a la Autoridad Nacional de Reglamentación, conforme a los artículos 8 de la Directiva Marco³ y 5 de la Directiva de Acceso⁴, son amplias, tal y como resulta de la Sentencia de 13 de noviembre de 2008 (C-227/07)⁵.

Finalmente, atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

ÚNICO.- Desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento

Como se ha indicado en el Antecedente de Hecho Duodécimo, tal como comunicó TME en su escrito del pasado 9 de septiembre de 2014, Pepemobile ha firmado un contrato con TME para el acceso mayorista a la red y recursos asociados de esta última entidad, motivo por el que ya no procederá a llevar a cabo su migración hacia Yoigo.

² Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo, de 1 de octubre de 2008 (RJ/2008/4601), de 18 de noviembre de 2008 (RJ/2008/5966) y de 24 de junio de 2009 (RJ 2009/4681).

³ Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa a un marco regulador común de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, modificada por la Directiva 2009/140/CE, de 25 de noviembre de 2009 (Directiva Marco).

⁴ Directiva 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, modificada por la Directiva 2009/140/CE, de 25 de noviembre de 2009 (Directiva de Acceso).

⁵ En similar sentido respecto a la interpretación de la Directiva Marco, véase también la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de diciembre de 2009 (C-424/07).

Por este motivo, en su escrito de 9 de septiembre, TME solicitó el archivo del presente procedimiento.

Dado traslado del anterior escrito de TME a Yoigo -entidad que interpuso el conflicto-, esta ha presentado un escrito el 29 de septiembre declarando, entre otras alegaciones, que se ha dejado sin objeto el conflicto dirimido en el presente procedimiento. En particular, Yoigo señala que: “(...) *se consigue el objetivo de dejar sin objeto el conflicto abierto en el presente expediente*”.

El procedimiento con número de referencia MTZ 2014/610 se ha tramitado ante la solicitud de Yoigo de acceso mayorista a la red de TME con el fin de poner a disposición de Pepemobile un servicio de acceso mayorista completo utilizando los servicios 2G y 3G de TME. En virtud de lo anterior, al tratarse de un procedimiento de conflicto entre dos partes y puesto que ambas han declarado que, mediante la firma del contrato de TME con Pepemobile, desaparece el objeto principal del procedimiento, procede archivar el expediente.

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

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

En consecuencia, ante los escritos presentados por las entidades interesadas en el presente procedimiento, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC considera que ha de concluirse el presente procedimiento, sin perjuicio del pronunciamiento que pueda hacer la CNMC en el seno del procedimiento núm. S/0490/13, que se está tramitando por la Dirección de Competencia.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Declarar concluso el procedimiento de conflicto de acceso iniciado a instancia de Xfera Móviles, S.A. contra Telefónica Móviles España, S.A., procediéndose al archivo del expediente, por haber desaparecido el objeto que justificó su iniciación y no existir motivos que justifiquen su continuación.

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