

RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES DE AXENT INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIONES, S.A. EN EL CONFLICTO DE ACCESO AL SERVICIO MARCO PRESENTADO CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.

CFT/D TSA/071/20

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 Axent Infraestructuras de Telecomunicaciones, S.A. en el procedimiento con número de referencia CFT/D TSA/071/20, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Escritos de Axent Infraestructuras de Telecomunicaciones, S.A

Con fechas 27 de marzo y 7 de abril de 2020 tuvieron entrada en el registro de la CNMC dos escritos de Axent Infraestructuras de Telecomunicaciones, S.A. (Axent), en virtud de los cuales interpone sendos conflictos de acceso frente a Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica), respecto a la aplicación de la Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (MARCo), por entender que Telefónica ha calificado incorrectamente, como usos indebidos, diez (10) solicitudes de Servicio de Uso Compartido (SUC) formuladas por Axent, en contra de lo dispuesto en la mencionada Oferta.

Axent solicita de esta Comisión, asimismo, la adopción de medidas cautelares, consistentes en la tramitación y otorgamiento del acceso provisional de todas las SUC objeto de conflicto, con el fin de garantizar la eficacia de las resoluciones que, finalmente, se adopten por esta Comisión.

SEGUNDO.- Comunicación de inicio del procedimiento a los interesados

Con fecha 9 de abril de 2020 se comunicó a los interesados el inicio del expediente administrativo para la resolución del conflicto de acceso presentado por Axent, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4, 21.3 y 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Dada la identidad sustancial e íntima conexión existente entre los escritos presentados por Axent se acordó, en virtud de lo dispuesto en el artículo 57 de la LPAC, la acumulación de ambas solicitudes en un solo procedimiento.

En dicha comunicación se informó a los interesados, asimismo, que de conformidad con lo previsto en la disposición adicional 3ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, se suspendían los términos y se interrumpían los plazos para la tramitación del procedimiento. El cómputo de los plazos quedó reanudado el 1 de junio de 2020, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo por el que se prorroga el estado de alarma.

TERCERO.- Requerimiento de información a Telefónica

En fecha 16 de junio de 2020, una vez reanudada la tramitación del expediente, se requirió a Telefónica la aportación de determinada documentación necesaria para la determinación y conocimiento de los hechos puestos de manifiesto por Axent, información que hasta la fecha no ha tenido entrada en esta Comisión.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

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

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 32/2003, de 3 de noviembre^[1], y su normativa de desarrollo*”.

Tal como se prevé en los artículos 12.5, 15 y 70.2, letras d) y g), de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), la CNMC tiene competencias para intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e

¹ En la actualidad, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

interconexión, y en los conflictos que surjan en los mercados de comunicaciones electrónicas, 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 del mismo texto legal.

Así y de conformidad con el artículo 15 de la citada Ley, *“la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los conflictos que se susciten en relación con las obligaciones existentes 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”*.

En similares términos, el artículo 70 d) de la LGTel otorga competencia a esta Comisión para *“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 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.

Por último, este procedimiento, en lo no previsto por la LCNMC y la LGTel, se regirá 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 Axent

El objeto de la presente resolución es el análisis de la solicitud de medidas provisionales formulada por Axent, consistentes en la tramitación y otorgamiento del acceso provisional en relación con todas las SUC objeto del conflicto.

De conformidad con lo manifestado por Axent, la denegación por parte de esta Comisión de las medidas cautelares solicitadas estaría impidiendo a esa operadora ejercer el derecho de acceso que le asiste como operador autorizado al uso de las infraestructuras MARCo de Telefónica y dificultaría el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por Axent frente a sus clientes.

La solicitante señala, asimismo, que la no adopción de estas medidas implicaría la imposibilidad de presentar ofertas competitivas a las de Telefónica y que, a fecha de hoy, Axent ya ha incumplido sus obligaciones, en términos de plazos, frente a sus clientes actuales como consecuencia de los retrasos injustificados en la tramitación y aprobación de las SUC objeto de conflicto.

Finalmente, se señala que, de no adoptarse esta medida de forma provisional, la obligación de acceso que la CNMC pueda terminar imponiendo como consecuencia del conflicto iniciado podría resultar inoperante, porque el retraso reiterado en el inicio de la provisión de los servicios por parte de Axent podría tener como efecto la pérdida de sus clientes y la correspondiente reclamación de daños y perjuicios y, en definitiva, la exclusión del mercado de esa operadora.

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:

- 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 Axent.

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

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

- En primer lugar, aún no se ha podido contrastar la valoración de los hechos de Telefónica, ya que no ha sido hasta el levantamiento de la suspensión de plazos cuando se ha requerido a dicha entidad información sobre las SUC objeto de conflicto.
- En relación con la apariencia de buen derecho, cabe considerar que la determinación de los usos autorizados de la Oferta MARCo ha sido una cuestión muy debatida que se ha ido perfilando a través de la resolución de los conflictos que se han planteado desde su aprobación. En estas resoluciones se ha puesto de manifiesto la necesidad de ir analizando las nuevas casuísticas que se puedan ir presentando caso por caso, como consecuencia de la rápida evolución tecnológica del sector.

En el caso que nos ocupa, se están analizando las causas de denegación de las SUC de Axent, y para delimitar la razonabilidad de las denegaciones, falta como mínimo que Telefónica aporte sus alegaciones y conteste al requerimiento que ha formulado la CNMC.

- Cabe resaltar, asimismo, la falta de justificación detallada, por parte de Axent, sobre la necesidad de que le sea otorgado, con carácter inmediato, el acceso solicitado. Tampoco se han podido valorar los perjuicios que para Telefónica podría conllevar esta actuación.
- La adopción de las medidas provisionales solicitadas –otorgamiento del acceso solicitado- adelantaría al momento actual las consecuencias de una resolución del conflicto favorable a los intereses de Axent, teniendo como consecuencia la realización de inversiones por parte de ambas compañías.

En este caso, ha de valorarse que una posible desestimación de la solicitud de Axent tendría como efectos unos perjuicios de difícil reparación para los interesados –en la medida en que ya se estaría prestando el servicio-.

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 Axent Infraestructuras de Telecomunicaciones, S.A y que son objeto del procedimiento de referencia.

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.