

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DECLARA CONCLUSO EL PROCEDIMIENTO INICIADO POR LA SOLICITUD DE TELEFÓNICA DE DECLARAR COMO NO RAZONABLE LA PROVISIÓN EN CONDICIONES REGULADAS DE UN CIRCUITO FAST ETHERNET EN UNA ESTACIÓN BASE SOLICITADO POR ORANGE, POR DESAPARICIÓN SOBREVENIDA DEL OBJETO

IRM/DTSA/001/20

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 15 de julio de 2021

Finalizada la instrucción del procedimiento administrativo con número IRM/DTSA/001/20, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de solicitud de Telefónica España S.A.U.

Con fecha 17 de enero de 2020 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) un escrito de Telefónica de España S.A.U. (en adelante, Telefónica) en el que solicita que se admita la no razonabilidad de la provisión, en precios y condiciones reguladas, de un circuito ORLA-E Fast Ethernet a 100 Mbit/s solicitado por Orange Espagne, S.A.U. (en adelante, Orange) para conectar una estación base en la provincia de Soria y, en consecuencia, que se le autorice a variar las condiciones generales de suministro, pudiendo trasladar a Orange el coste de la provisión. Según los cálculos de Telefónica el coste de provisión de dicho servicio asciende a 84.234€.

Telefónica justifica su petición de acuerdo con el Anexo 3 de la ORLA en el que se señala que, excepcionalmente, previa autorización de la CNMC e información al operador solicitante, Telefónica podrá aplicar recargos adicionales en aquellas líneas terminales que, aun estando dentro del ámbito del servicio, resulten tener un coste de creación de infraestructuras dedicadas excepcionalmente alto que haga inviable económicamente su provisión.

Asimismo, Telefónica considera que la fecha de inicio para atender la provisión del circuito debería ser el día siguiente a la notificación de la resolución de la CNMC que de contestación a su solicitud.

SEGUNDO.- Inicio del procedimiento

Mediante escrito de fecha 22 de enero de 2020, siguiendo las previsiones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) procedió al inicio e instrucción del correspondiente procedimiento administrativo, comunicando este hecho a Orange y Telefónica.

TERCERO.- Alegaciones de Orange

Con fecha 3 de febrero de 2020, se recibió escrito de alegaciones de Orange, sobre la solicitud de autorización presentada por Telefónica para trasladarle los altos costes de provisión del circuito Fast Ethernet a 100 Mbit/s que solicitó.

CUARTO.- Requerimientos de información

Con fecha 7 de febrero de 2020, tuvo entrada escrito de Telefónica aportando la información solicitada en el requerimiento de información realizado por la CNMC con fecha 23 de enero de 2020.

Asimismo, con fechas 9 y 10 de marzo de 2020, tuvieron entrada escritos de Telefónica aportando la información solicitada en un segundo requerimiento de información realizado por la CNMC con fecha 14 de febrero de 2020.

QUINTO.- Suspensión y reanudación del cómputo de los plazos administrativos

Con la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 y de conformidad con lo previsto en la Disposición adicional 3ª, se suspendieron términos y se interrumpieron los plazos para la tramitación del procedimiento hasta que perdiera vigencia el referido Real Decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo, momento en que se reanuda el cómputo de los plazos.

Con fecha 27 de marzo de 2020 tuvo entrada escrito de Orange por el que se solicitaba el levantamiento de la suspensión de los plazos, en virtud del punto 3 de dicha misma Disposición adicional 3ª, que contempla la posibilidad de dicho levantamiento en caso que el interesado manifieste su conformidad con la no suspensión del plazo.

Con fecha 16 de abril de 2020 se dio traslado a Telefónica de la solicitud de Orange. Con fecha 5 de mayo de 2020 tuvo entrada escrito de Telefónica mediante el cual manifestaba su disconformidad con la solicitud de Orange del levantamiento de la suspensión.

Ante la falta de conformidad de todos los interesados, analizadas las circunstancias concurrentes y la información disponible en el momento de la tramitación, la necesidad de salvaguardar los derechos de los interesados, y no existiendo tampoco ninguna causa indispensable para la protección del interés general así como ningún riesgo para garantizar el funcionamiento básico de los servicios, mediante escrito de fecha 13 de mayo, esta Comisión comunicó a los interesados que se mantenía la suspensión de los plazos prevista en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, al no cumplirse ninguno de los condicionantes previstos para el levantamiento de la misma.

Con efectos desde el 1 de junio de 2020, y según lo establecido en el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, se procedió a la reanudación del cómputo de los plazos administrativos que habían sido suspendidos, lo cual fue comunicado a los interesados, Orange y Telefónica, mediante escrito de fecha 1 de junio de 2020.

SEXTO.- Nuevos requerimientos de información a Telefónica

En vista de la información aportada por Telefónica en sus escritos de respuesta al requerimiento de 14 de febrero de 2020, con fecha 9 de junio de 2020 se realizó un tercer requerimiento para que aclarara y aportara información adicional sobre determinados aspectos de sus respuestas. Mediante escrito de 29 de junio de 2020, Telefónica respondió al requerimiento realizado, aportando nueva información relevante para la tramitación del expediente.

A la luz de la nueva información aportada por Telefónica, con fecha 4 de agosto de 2020 se efectuó un cuarto requerimiento a Telefónica, cuyo escrito de respuesta fue recibido el 15 de septiembre de 2020.

SÉPTIMO.- Trámite de audiencia

Con fecha 2 de marzo de 2021, de conformidad con lo previsto en el artículo 82 de la LPAC, se notificó a los interesados el informe de la DTSA emitido en el trámite de audiencia, otorgándoles un plazo de diez días para que efectuaran sus alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

OCTAVO.- Escrito de desistimiento de Telefónica y traslado a Orange

Con fecha 12 de marzo de 2021, se recibió escrito de Telefónica comunicando a la CNMC que, al haber sido anulada por Orange la provisión del circuito sobre el que se pedía la declaración de no razonable permitiendo el traslado de los costes al operador solicitante, ha desaparecido el objeto del procedimiento. Por todo ello, Telefónica solicita que se proceda a archivar el procedimiento administrativo de referencia. Mediante escrito de fecha 16 de marzo de 2021 se dio traslado a Orange del escrito de desistimiento de Telefónica.

NOVENO.- Escritos de alegaciones y respuesta al desistimiento

Con fecha 17 de marzo de 2021, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito con las alegaciones de Orange al informe de audiencia y dando contestación al traslado del desistimiento de Telefónica. Orange confirma la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento en relación con la solicitud de Telefónica, pero al haberse emitido ya informe de la DTSA y realizado el trámite de audiencia, solicita que la CNMC resuelva en el sentido de dicho informe o, en su defecto, recoja sus consideraciones en la resolución del expediente.

En fecha 28 de abril de 2021, se recibió escrito de Telefónica en que manifiesta su disconformidad con la continuidad del procedimiento solicitada por Orange y formula sus alegaciones al trámite de audiencia.

Finalmente, con fecha 14 de junio de 2021 se recibieron alegaciones adicionales de Orange señalando que, habiendo reconocido en su anterior escrito la pérdida sobrevenida del objeto en el expediente referenciado, considera adecuado su archivo en función de la misma.

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

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

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

Las competencias de la CNMC para analizar la solicitud de Telefónica resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial de telecomunicaciones. Según lo dispuesto en el artículo 12.5 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), este organismo es competente para 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 del mismo texto legal.

Asimismo, los artículos 6 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC) y 70.2, letras a), b) y c) de la LGTel disponen que esta Comisión ejercerá, entre otras, las funciones de: (i) definición y análisis de mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, (ii) la identificación del operador u operadores que posean un poder significativo en el mercado cuando no exista competencia efectiva y, (iii) en su caso, la imposición de obligaciones regulatorias a los mismos. Todo ello, de acuerdo con el procedimiento y efectos determinados en los artículos 13 y 14 de la citada LGTel y en su normativa de desarrollo.

En ejercicio de esta competencia, el 11 de abril de 2013 se aprobó la tercera revisión de la definición y análisis del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor¹, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas. En dicha Resolución, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones² (en adelante, CMT), tras definir y analizar el mercado de referencia, concluyó que dicho mercado no es competitivo e identificó a Telefónica como operador con peso significativo de mercado (PSM) en el mismo, imponiéndole las correspondientes obligaciones, en materia de acceso, precios, no discriminación y transparencia (publicación de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas, ORLA) entre otras.

De conformidad con lo establecido en el artículo 7.2 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre³ (en adelante Reglamento de Mercados), este organismo podrá determinar la información concreta que deberán contener las ofertas, el nivel de detalle exigido y la modalidad de su publicación o puesta a disposición de las partes interesadas, habida cuenta de la naturaleza y propósito de la información en cuestión. Asimismo, el artículo 7.3 de dicho Reglamento dispone que este organismo

¹ Denominado en su momento Mercado 6, de conformidad con lo establecido en la Recomendación CE (2007/879/CE) de 17 de diciembre de 2007, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante [C(2007) 5406]. Este mercado ha pasado recientemente a estar incluido dentro del nuevo Mercado 2 (capacidad dedicada al por mayor), de conformidad con lo establecido en la Recomendación de la Comisión Europea relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de 18 de diciembre de 2020, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante.

² Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, regulador sectorial que fue sustituido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), mediante la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC.

³ Vigente en virtud de la Disposición Transitoria Primera de la LGTel.

regulador podrá “introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones [...]”⁴

En ejercicio de dicha habilitación competencial, mediante las Resoluciones de 20 de diciembre de 2007, 7 de diciembre de 2010, 18 de julio de 2013, de 23 de julio de 2015 y 23 de marzo de 2017, se aprobaron las sucesivas revisiones de la ORLA de Telefónica.

En las mismas se establecía que en los supuestos excepcionales en los que Telefónica entienda justificado aplicar recargos adicionales, se requerirá la previa autorización de la CNMC, de conformidad con el Anexo 3, apartado 1 párrafo segundo, de la ORLA.

A la vista de la normativa citada y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 de la LCNMC, así como en lo dispuesto en los artículos 8.2 j) y 14.1 b) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de esta Comisión, el órgano decisorio competente para la resolución del presente expediente es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento

La apertura del expediente vino motivada, tal como se ha señalado con anterioridad, en la facultad que asiste a Telefónica de requerir la autorización de la CNMC para, en los supuestos excepcionales en los que entienda justificado, aplicar recargos adicionales, de conformidad con el Anexo 3, apartado 1 párrafo segundo, de la ORLA. El 12 de marzo de 2021 Telefónica solicitó el desistimiento de su solicitud.

La LPAC, en su artículo 84.1, contempla el desistimiento de su solicitud por parte del interesado como uno de los modos de terminación del procedimiento:

«Artículo 84. Terminación. 1.- Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el Ordenamiento Jurídico, y la declaración de caducidad. (...)».

El artículo 94 de la misma norma legal regula el ejercicio, medios y efectos del derecho de desistimiento:

⁴ A su vez, el artículo 69.2 de la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, dispone igualmente que la autoridad nacional de reglamentación podrá, entre otras cosas, imponer cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones impuestas por la Directiva.

«Artículo 94. Desistimiento y renuncia por los interesados 1.- Todo interesado podrá desistir de su solicitud o, cuando no esté prohibido por el Ordenamiento Jurídico, renunciar a sus derechos. 2.- Si el escrito de iniciación se hubiese formulado por dos o más interesados, el desistimiento o la renuncia sólo afectará a aquellos que la hubiesen formulado. 3.- Tanto el desistimiento como la renuncia podrán hacerse por cualquier medio que permita su constancia, siempre que incorpore las firmas que correspondan de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable. 4.- La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declarará concluso el procedimiento salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento o renuncia. 5.- Si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento».

Del contenido de los preceptos citados se desprende que todo interesado, en este caso Telefónica, como entidad que realizó la solicitud, podrá desistir de ella (artículo 94.1 de la LPAC). Dicho desistimiento ha de realizarse por cualquier medio que permita su constancia (artículo 94.3 de la LPAC), requisito que cumple el escrito presentado por Telefónica el 12 de marzo de 2021.

En su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, de 17 de marzo de 2021, Orange se opuso formalmente al desistimiento de Telefónica, instando a la CNMC para que resuelva la solicitud inicial de Telefónica, en virtud de lo dispuesto en el artículo 94.4 de la LPAC, a fin de que pueda servir de referencia para casuísticas equivalentes sin necesidad de un nuevo procedimiento de estas características, o, en su defecto, a que recoja en la resolución del expediente las consideraciones ya analizadas.

En su escrito de fecha 28 de abril de 2021, Telefónica manifestó su oposición a la solicitud de Orange de continuar el expediente al entender que no concurre un interés general ni una necesidad de sustanciar la cuestión suscitada para su definición y esclarecimiento.

En cualquier caso, procede señalar que, con anterioridad al trámite de audiencia, Orange anuló la solicitud de provisión del servicio mayorista de 100 Mbit/s. Tanto Telefónica como Orange han reconocido expresamente este hecho en sus escritos de 17 de marzo y 28 de abril de 2021. Telefónica considera que el hecho anterior conlleva la desaparición del objeto del presente procedimiento. Asimismo, en su último escrito de alegaciones de 14 de junio de 2021, Orange señala que dada la pérdida sobrevenida del objeto del expediente, considera adecuado su archivo.

Efectivamente, la anulación de la petición del servicio por parte de Orange conlleva la desaparición del objeto de la solicitud de Telefónica de declarar no razonable su provisión en condiciones reguladas y la autorización para trasladar los costes adicionales a Orange. Por este motivo, deja de tener sentido el pronunciamiento de la CNMC y la resolución del caso concreto sobre si dicha provisión conlleva unos costes adicionales no razonables según la regulación vigente, que pudieran ser trasladables a Orange.

El artículo 21.1 de la LPAC se refiere a la obligación de resolver de las Administraciones públicas en los siguientes términos:

“La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación.

En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como 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 las normas aplicables”. (El subrayado es nuestro).

Asimismo, el artículo 84.2 de la LPAC contempla la imposibilidad material de continuar el procedimiento por causas sobrevenidas como uno de los modos de terminación del procedimiento:

“2. También producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. La resolución que se dicte deberá ser motivada en todo caso”.

Al amparo de estos preceptos, al tratarse de un procedimiento de autorización a Telefónica para poder trasladar al operador solicitante los costes de la provisión de un circuito Ethernet, cuya solicitud ha sido anulada por Orange, se considera que ha de concluirse el presente procedimiento, archivando el expediente, al haber desaparecido el objeto material que motivó el inicio del presente procedimiento, y no concurrir motivos que justifiquen la intervención de este organismo.

En virtud de los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos expuestos, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

ÚNICO.- Declarar concluso el procedimiento de autorización iniciado por Telefónica de España, S.A.U. para permitirle trasladar los costes de provisión de un servicio ORLA al operador solicitante, procediéndose al archivo del expediente, por haber desaparecido el objeto que justificó su iniciación.

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.