

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ARCHIVA EL EXPEDIENTE DE EJECUCIÓN FORZOSA INICIADO CONTRA LA ENTIDAD CANAL DON BENITO, S.L., POR DESAPARICIÓN SOBREVENIDA DE SU OBJETO (EJF/D TSA/2014/245/INCUMPLIMIENTO DE RESOLUCIÓN CANAL DB).

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez.

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep María Guinart Solá.

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 Barcelona, a 9 de octubre de 2014

Visto el expediente relativo al procedimiento de ejecución forzosa iniciado contra la entidad CANAL DON BENITO, S.L., la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 20 de junio de 2013 (RO 2012/2109)

Mediante Resolución aprobada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones¹ el día 20 de junio de 2013, en el seno del expediente RO 2012/2109, se resolvió el conflicto de compartición presentado por Telefónica de España, S.A.U. (en lo sucesivo, Telefónica) frente a la entidad Canal Don Benito,

¹ Organismo sectorial integrado en la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

S.L. (Canal DB) concerniente a la ocupación de determinadas infraestructuras situadas en el municipio pacense de Don Benito y se acordó lo siguiente:

“ÚNICO.- Canal Don Benito, S.L. y Telefónica de España, S.A.U. deberán, en el plazo de 20 días hábiles a partir de la fecha de la presente Resolución, hacer efectiva la formalización por escrito del acuerdo de uso compartido de las infraestructuras de telecomunicaciones sitas en el municipio de Don Benito, en el que se deberán incluir las condiciones económicas establecidas en el presente informe, debiendo asimismo enviar copia del acuerdo a esta Comisión en el plazo de 20 días hábiles desde su formalización”.

SEGUNDO.- Resolución por la que se pone fin al expediente de información previa a un sancionador por el posible incumplimiento de la Resolución de 10 junio de 2013

Con fecha 12 de agosto de 2013, Telefónica presentó un escrito² ante esta Comisión mediante el cual ponía de manifiesto la imposibilidad de alcanzar un acuerdo de compartición con Canal DB, de conformidad con lo establecido en la Resolución de 10 de junio de 2013.

Al objeto de analizar estos hechos, así como la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento, el 4 de octubre de 2013 se inició un período de información previa al amparo de lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

Tras valorar las actuaciones practicadas en este periodo de información previa y al existir indicios de la falta de voluntad de Canal DB por alcanzar un acuerdo de compartición en los términos exigidos por esta Comisión, mediante Resolución del Consejo de 18 de marzo de 2014 se acordó:

- Requerir a Canal DB para que, en el plazo de quince días hábiles desde la notificación de la Resolución ejecutase lo dispuesto en la Resolución de 20 de junio de 2013, en relación con la obligación de firmar un acuerdo de compartición con Telefónica sobre determinadas infraestructuras situadas en el municipio de Don Benito.
- Apercibir a Canal DB, en caso de incumplimiento, de la imposición de multas coercitivas por importe de 1.000 euros diarios, hasta el efectivo cumplimiento de lo ordenado por esta Comisión.

² En el seno del expediente AJ 2013/1510, por el que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Canal Don Benito, S.L. contra la Resolución de 10 de junio de 2013.

TERCERO.- Escrito de alegaciones de Canal DB

Con fecha 11 de abril de 2014 tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de Canal DB mediante el que alegaba que no es cierto que esa operadora no hubiere mostrado predisposición alguna a cumplir con lo dispuesto en la Resolución de 20 de julio de 2013, sino que no aceptaba el acuerdo propuesto por Telefónica, por considerarlo injusto y desproporcionado.

Se aportó por primera vez a esta Comisión copia de un burofax que esa operadora había enviado el 15 de octubre de 2013 a Telefónica, mediante el que se daba respuesta a la propuesta de acuerdo que le había remitido Telefónica el 2 de octubre de 2013, y en el que manifestaba su disconformidad con el borrador enviado por cuanto entendían que no se ajustaba a la Resolución de esta Comisión y a la realidad de los gastos soportados por Telefónica que debían ser objeto de compensación económica. En dicho burofax, se emplazaba a Telefónica, asimismo, para que, a la mayor brevedad posible, se mantuviese un encuentro entre ambas entidades en la sede de Canal DB con el fin de resolver divergencias y suscribir un acuerdo de conformidad con las prescripciones impuestas por la CMT.

En virtud de lo señalado por Canal DB, hasta ese momento esa entidad no había tenido respuesta alguna por parte de Telefónica en relación con el anterior escrito, por lo que solicitaba el archivo inmediato del procedimiento de ejecución forzosa iniciado por esta Comisión.

A los anteriores Antecedentes de hecho son de aplicación los siguientes

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Habilitación competencial

Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, 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 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y su normativa de desarrollo”*³

³ El artículo 30, apartado 3, de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, relativo a la *“Ubicación compartida y uso compartido de la propiedad pública o privada”* establecía que *“El uso compartido se articulará mediante acuerdos entre los operadores interesados. A falta de acuerdo, las condiciones del uso compartido se establecerán, previo informe preceptivo de la citada Administración competente [las Administraciones competentes en materia de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial], mediante Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Dicha resolución deberá incorporar, en su caso, los*

Con la entrada en vigor de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2014), se produce la derogación de la anterior Ley 32/2003, de 3 de noviembre. La LGTel de 2014 mantiene en todo caso las potestades atribuidas a la CNMC para la resolución de las controversias que se puedan suscitar entre los operadores.

Según 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 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”*.

En similares términos, el artículo 70.2 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 particular, le corresponderá resolver conflictos entre operadores relativos a la determinación de las condiciones concretas de la utilización compartida de infraestructuras y recursos asociados”*, en línea con lo ya previsto por los artículos 6.4 y 12.1.a) 1º de la Ley 3/2013 en materia de resolución de conflictos en materia de acceso, interconexión e interoperabilidad.

Resulta, por tanto, que corresponde a la CNMC no sólo el establecimiento sino también la supervisión del cumplimiento de las obligaciones que se impongan a los operadores, pudiendo llevar a cabo las actuaciones pertinentes en el ejercicio de las funciones que legamente se le encomiendan, con el fin de dar aplicación efectiva a los objetivos que el marco normativo vigente establece, encontrándose dentro de dichas actuaciones la de la constatación del cumplimiento por los operadores de las obligaciones impuestas en las resoluciones y otros actos aprobados en el seno de los procedimientos administrativos que se tramitan ante la Comisión y la de instar la ejecución forzosa de las resoluciones, al amparo del artículo 95 de la LRJPAC.

En este sentido, la Disposición adicional sexta de la LGTel habilita a la CNMC para establecer multas coercitivas con la finalidad de asegurar el cumplimiento de las resoluciones que dicte, en los términos previstos en el artículo 99 de la LRJPAC.

SEGUNDO.- Desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento

A partir de la apertura del procedimiento de ejecución forzosa, el retraso en la ejecución de la Resolución de esta Comisión de 20 de junio de 2013, ha tenido su origen en las divergencias existentes entre Telefónica y Canal DB a la hora de concretar tanto una fecha como un lugar concreto para la reunión que,

contenidos del informe emitido por la Administración competente interesada que ésta califique como esenciales para la salvaguarda de los intereses públicos cuya tutela tenga encomendados.”

necesariamente, debía llevarse a cabo entre las partes, ante las discrepancias existentes sobre los propios términos del acuerdo de compartición.

Como se ha señalado en sede de Antecedentes de hecho, en fecha 11 de abril de 2014, Canal DB aportó a esta Comisión copia de un burofax que esa operadora había enviado el 15 de octubre de 2013 a Telefónica, mediante el que se daba respuesta a la propuesta económica de acuerdo que le había remitido Telefónica el 2 de octubre y en el que se emplazaba a dicha entidad a mantener una reunión con el fin de resolver divergencias y suscribir un contrato de conformidad con las prescripciones impuestas por la extinta CMT.

Tras los contactos mantenidos por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual con Telefónica y Canal DB durante la instrucción de este procedimiento, se comprobó que Telefónica mantenía no haber recibido el anterior burofax en el departamento adecuado en su día –a pesar de haber sido notificado a su dirección postal, como esta Comisión comprobó en la tramitación del expediente-. No obstante, mediante correo electrónico de fecha 15 de abril, reiterado el 21 de abril de 2014, emplazaron nuevamente a Canal DB para mantener una reunión en las oficinas de Telefónica el 22 de abril de 2014, a las 10:30.

Por su parte, Canal DB remitió el 5 de mayo de 2014 a Telefónica un correo electrónico en el que se indica que esa entidad había convocado en tres ocasiones distintas en sus oficinas a Telefónica para consensuar el acuerdo de uso compartido de infraestructuras, la última el 21 de abril de 2014, ofreciéndoles hasta tres fechas alternativas ante la imposibilidad de desplazarse a Madrid en la fecha que le había propuesto Telefónica. Proponían como nueva fecha para la reunión el día 8 de mayo de 2014, a las 11:00 horas.

El 8 de mayo Telefónica se pone en contacto con Canal DB vía correo electrónico, señalándose que como muestra de su inequívoca voluntad de llegar a un acuerdo, proponen reunirse el 23 de mayo de 2014 en las oficinas de Canal DB, solicitándoles asimismo el envío de las concretas propuestas de modificación del borrador de acuerdo remitido por esa entidad.

Posteriormente, ambas partes acuerdan una nueva fecha para mantener la reunión, concretamente el 4 de junio de 2014, reunión en la que finalmente ambos operadores formalizan el acuerdo de compartición en los términos requeridos por esta Comisión, bajo el título “Adenda a la Oferta de Referencia del Servicio Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (MARCO)”. Este acuerdo es aportado por Telefónica mediante escrito de fecha 23 de julio de 2014, escrito en el que se solicita que se tenga por cumplimentada la Resolución de esta Comisión de 20 de junio de 2013. El acuerdo viene a concretar determinadas condiciones respecto a los importes a pagar por Canal DB a Telefónica en concepto de cuota recurrente mensual y de atrasos por la ocupación de infraestructuras.

Por ello, a pesar de la tardanza inicial –desde 20 de junio de 2013- en la firma del contrato, ha habido problemas por ambas partes para establecer una fecha y lugar y concretar los términos del contrato desde fechas anteriores a iniciarse el presente procedimiento y se estima por ello que no procede imponer multas coercitivas a Canal DB como medio de ejecución forzosa de la Resolución de 20 de junio de 2013.

Ha de tenerse en consideración para ello que el fin de la imposición de multas coercitivas es compeler a la ejecución de la resolución dictada y a partir de abril de 2014, fecha en la que tenía que producirse definitivamente la conclusión del contrato en virtud del apercibimiento contenido en el acuerdo de apertura del presente procedimiento, dicha firma se ha producido en el momento en el que ambas entidades se han puesto de acuerdo tras resolver sus discrepancias, por lo que en dicho contexto la imposición de multas coercitivas a una de las partes no procede.

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 el caso concreto que nos ocupa procede, por tanto, declarar concluso el presente procedimiento de ejecución forzosa, al haberse procedido al cumplimiento de lo ordenado en su día por esta Comisión, ello con independencia del expediente sancionador abierto contra Canal DB por los anteriores hechos, procedimiento que en el momento actual se encuentra en fase de instrucción.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

ÚNICO. Declarar concluso el procedimiento de ejecución forzosa iniciado de oficio contra Canal Don Benito, S.L, procediéndose al archivo del mismo 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.