



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión número 39/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 8 de noviembre de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa a los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución, de fecha 31 de mayo de 2012, sobre la solicitud de modificación de los servicios de Entrega de Señal (EdS) de la OBA. (AJ 2012/1407).

I ANTECEDENTES.

PRIMERO.- RESOLUCIÓN DE 31 DE MAYO DE 2012.

Con fecha 31 de mayo de 2012 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, Comisión) dictó Resolución sobre la solicitud de France Telecom España, SAU, de modificación del servicio de Entrega de Señal de la Oferta de Referencia de Telefónica de Acceso al Bucle de Abonado (OBA), por la que se puso fin al expediente MTZ 2011/2045.

La citada Resolución resolvió lo siguiente:

PRIMERO.- *Modificar la OBA en su apartado relativo a la Entrega de Señal, según los cambios recogidos en el Anexo II, para incluir de forma explícita que los espacios de ubicación de un operador en recintos de Telefónica o ubicación distante pueden constituir puntos de terminación de cualquier modalidad de Entrega de Señal proveniente de otras centrales. Ello con independencia de cuál sea la modalidad de Entrega de Señal utilizada para conectar dichos espacios de ubicación con los puntos de presencia propios del operador.*

SEGUNDO.- *Modificar la OBA en su apartado relativo a la Entrega de Señal, según los cambios recogidos en el Anexo II, para incluir la figura que refleja fielmente los límites del servicio de enlace y del servicio de conexión a efectos de cálculos de distancias.*

TERCERO.- *Modificar la OBA en su apartado relativo a la Entrega de Señal, según los cambios recogidos en el Anexo II, para introducir una nueva modalidad de Entrega de Señal que permita la posibilidad de utilizar los conductos y registros de Telefónica para tender fibra en aquellas centrales con un número total de pares (activos + vacantes) igual o menor a 12.500, de conformidad con las condiciones sobre su utilización y los precios del servicio que se establezcan en la oferta MARCo.*



CUARTO.- *Modificar la OBA en su apartado relativo a la Entrega de Señal, según los cambios recogidos en el Anexo II, para introducir una nueva modalidad de Entrega de Señal que permita a un operador cobijado en una central con un número total de pares (activos + vacantes) igual o menor a 7.000 pares, y cuando existan fibras excedentarias, solicitar a Telefónica el suministro de una conexión de fibra oscura de hasta 20 km en condiciones razonables y no discriminatorias.*

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por Jazz Telecom, SAU.

Con fecha 2 de julio de 2012 tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito presentado en nombre y representación de la entidad Jazz Telecom, SAU, (en adelante, JAZZTEL) por el que interpone recurso potestativo de reposición contra la mencionada Resolución de 31 de mayo de 2012 a la que se refiere el antecedente de hecho primero.

JAZZTEL interpone su recurso sin aludir a ninguna causa concreta de nulidad o anulabilidad, realizando las siguientes alegaciones que son reiteración de las que ya expuso en el marco de la tramitación del expediente MTZ 2011/2045:

- Que la oferta MARCo debería extenderse como modalidad de Entrega de Señal (EdS) sin limitación al número de pares como medida para promover una inversión eficiente en infraestructuras por parte de los operadores alternativos.
- Que debería de aumentarse el límite previsto por la Comisión de 7.000 pares (vacantes + activos) a 10.000 pares por existir un gran número de centrales sin conexión de fibra que quedarían fuera por estar en el mencionado umbral.

TERCERO.- Notificación de inicio de procedimiento.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión, de fecha 5 de julio de 2012, se notificó a los interesados el inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso de reposición, con número de expediente AJ 2012/1407, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.

CUARTO.- Recursos de reposición interpuestos por Vodafone España, SAU, Telefónica de España, SAU, y France Telecom España, SAU.

Con fechas 4, 5 y 6 de julio de 2012, tuvieron entrada en el Registro de la Comisión tres escritos presentados, respectivamente, en nombre y representación de Vodafone España, SAU, (en adelante, VODAFONE), Telefónica de España, SAU, (en adelante, TESAU) y France Telecom España, SAU, (en adelante, ORANGE) en virtud de los cuales vienen a interponer recursos potestativos de reposición contra la Resolución, de fecha 31 de mayo de 2012, a la que se refiere el antecedente de hecho primero.

VODAFONE considera que la Resolución recurrida modifica obligaciones preestablecidas en una Resolución de definición y análisis de mercado, además de que contiene otros pronunciamientos contrarios a Derecho por lo que, en virtud de lo previsto en el artículo 62 de la LRJPAC, solicita la nulidad de los siguientes pronunciamientos:

- Que la limitación del uso de los ductos para EdS en las centrales con un número de pares igual o mayor de 12500 supone una limitación de un derecho y obligación establecida en la Resolución de definición y análisis de los mercados 4 y 5, además



de suponer una vulneración del principio de no discriminación y del artículo 3.1 a) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).

- Que supone una contradicción el hecho de que no existan limitaciones al uso de ductos cuando se trate de desplegar una red de nueva generación y al mismo tiempo se prohíba el uso de ductos en las centrales con un número de pares igual o superior a 12.500 en el caso de una red ULL o para la extracción de tráfico no NGA.

Por su parte, TESAU considera que la Resolución resulta nula de pleno derecho, en virtud de lo previsto en las letras a) y e) del artículos 62.1 LRJPAC y anulable por vulnerar el ordenamiento jurídico, en virtud de lo previsto en el artículo 63.1 de la misma Ley.

En síntesis, las alegaciones sobre las que TESAU funda su impugnación son las siguientes:

- Que la Resolución por la que se introducen las dos nuevas modalidades de EdS en la oferta de referencia OBA, supone una modificación de la oferta MARCo sin que se haya tramitado el correspondiente procedimiento de análisis de mercado, procedimiento de obligada observancia cuando se pretenden modificar las obligaciones de un mercado.
- Que se han modificado los siguientes aspectos en la oferta OBA que no habían sido previstos en el trámite de audiencia del procedimiento de referencia y sin justificarlos o motivarlos adecuadamente, conforme reza el artículo 54 de la LRJPAC:
 - la modificación del límite de aplicación de la nueva modalidad de EdS basada en uso de conductos y registros.
 - la modificación de los límites de aplicación de la nueva modalidad de EdS basada en fibra oscura de TESAU.
 - la aplicación de las nuevas modalidades de EdS a centrales en las que ya existen operadores coubicados.
- Que la Resolución recurrida supone una vulneración de los principios de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad y de proporcionalidad.

ORANGE interpone su recurso considerando que esta Comisión infringe el ordenamiento jurídico y vulnera derechos susceptibles de amparo constitucional sobre la base de considerar que ha dictado Resolución sin observar los principios y objetivos previstos en el artículo 3 de la LGTel, tampoco el principio de interdicción de la arbitrariedad y sin haberla motivado suficientemente. En consecuencia, solicita su admisión y que se eliminen las restricciones sobre el tamaño de las centrales para el uso de las modalidades de EdS mediante uso de conductos y registros y mediante fibra oscura.

QUINTO.- Acumulación de los recursos interpuestos y su notificación.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión, de fecha 12 de julio de 2012, se notificó a los interesados de la interposición de los recursos de reposición interpuestos por parte de VODAFONE, TESAU y ORANGE contra la Resolución de 31 de mayo de 2012, a la que se refiere el antecedente de hecho primero. Asimismo, se notificó, por una parte, la acumulación de los mismos al procedimiento que se tramita con número de



expediente AJ 2012/1407, acumulación realizada de conformidad con lo previsto en el artículo 73 de la LRJPAC y en atención al principio de economía procesal y dada la identidad del acto contra el que se dirigen todos los recursos. En el mismo escrito se dio de la declaración de confidencialidad de determinados datos aportados por VODAFONE y ORANGE en sus respectivos escritos de recurso cuyo conocimiento por parte de terceros operadores sería susceptible de afectarles a su secreto comercial e industrial.

SEXTO.- Escritos de alegaciones

Con fecha 17 de julio de 2012, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito en nombre y representación de TESAU, en el que aporta alegaciones contra el recurso interpuesto por JAZZTEL solicitando la desestimación de éste por considerar que no cumple con los requisitos legalmente previstos para interponer recursos de reposición. Asimismo, considera que las alegaciones aportadas por JAZZTEL en su recurso, no dejan de ser una reiteración de las ya manifestadas por dicho operador en el marco de la tramitación del procedimiento cuya Resolución ahora se recurre.

Con posterioridad, en fecha 27 de julio de 2012, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un segundo escrito en nombre y representación de TESAU por el que aporta alegaciones contra los recursos interpuestos por VODAFONE y ORANGE, y por el que viene a reiterar sus alegaciones de falta de proporcionalidad de la Resolución recurrida al ponderar el beneficio al interés público, de conformidad con los principios y objetivos expuesto en el artículo 3 de la LGTel, y el perjuicio que la medida adoptada por la Resolución recurrida genera a la propia TESAU. Asimismo, viene a apoyar las alegaciones de VODAFONE en relación con la solicitud de nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida por contradecir la Resolución de los mercados 4 y 5.

Con fecha 2 de agosto de 2012, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito en nombre y representación de JAZZTEL por el que aporta alegaciones por las que manifiesta su conformidad con las alegaciones expuestas por ORANGE y VODAFONE relativas a que, a juicio de dichos operadores, la Resolución recurrida introduce, sin justificación suficiente, límites al uso de conductos y registros así como para el uso de fibra oscura suponiendo dicha limitación una desventaja competitiva de los operadores alternativas respecto de TESAU.

II FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación de los escritos.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley, y cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma Ley.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y en el artículo 117 se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.



Las entidades recurrentes califican sus escritos como recursos de reposición, y han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley; por tanto, y teniendo en cuenta que las Resoluciones de la Comisión ponen fin a la vía administrativa (artículo 48.12 de la LGTel), procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar los escritos de recurso presentados por JAZZTEL, VODAFONE, TESAU y ORANGE a los que se refieren los Antecedentes Segundo y Cuarto de la presente Resolución, como recursos potestativos de reposición interpuestos contra la Resolución del Consejo de la Comisión de 31 de mayo de 2012 (MTZ 2011/2045).

SEGUNDO.- Legitimación de las entidades recurrentes.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. Las entidades recurrentes ostentan la condición de interesadas por cuanto que ya lo eran en el procedimiento número MTZ 2011/2045 en el que se dictó la Resolución objeto de impugnación.

En atención a lo anterior, se reconoce legitimación activa a JAZZTEL, VODAFONE, TESAU y ORANGE para la interposición de sus recursos potestativos de reposición objeto de la presente Resolución.

TERCERO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC, los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

El recurso de reposición interpuesto por JAZZTEL cumple parcialmente con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, al presentarlo dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, pero no aluden expresamente a ninguna de las causas de nulidad o anulabilidad previstas en los artículos 62 o 63 de la misma Ley. No obstante, en virtud del principio antiformalista que rige la actividad de la Administración Pública, corresponde a la Comisión determinar si el acto impugnado incurriría en una infracción del ordenamiento jurídico determinante de su nulidad o anulabilidad.

En relación con los recursos de reposición interpuestos por VODAFONE, TESAU y ORANGE, cumplen con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, que se han presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley. Asimismo, los mencionados recursos se fundamentan en causas de nulidad o anulabilidad previstas en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC.

Por todo lo anterior procede la admisión a trámite de los recursos de reposición interpuestos por JAZZTEL, VODAFON, TESAU y ORANGE.

CUARTO.- Competencia para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el recurso de reposición objeto de la presente Resolución corresponde al Consejo de la Comisión, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.



III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la supuesta modificación de las obligaciones impuestas a TESAU en la Resolución de análisis y definición de los mercados 4 y 5.

A juicio de TESAU, la introducción de las dos nuevas modalidades de EdS basadas en conductos y fibra oscura le suponen nuevas obligaciones por ir más allá de lo establecido en la obligación de acceso regulada en la Oferta de Referencia de TESAU (OBA).

Sobre la base de la anterior consideración señala que la Resolución recurrida adolece de nulidad de pleno derecho, de conformidad con las letras a) y e) del artículo 62.1 de la LRJPAC, al adoptar una medida desproporcionada, sin justificarla adecuadamente y sin haberse observado el procedimiento legalmente establecido para modificar obligaciones establecidas en un Resolución de análisis y definición de mercado. Todo lo anterior, añade, supone una vulneración del principio de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad.

En relación con la falta de observación del procedimiento legalmente previsto para modificar obligaciones establecidas en Resoluciones de análisis y definición de mercados, TESAU señala que la introducción de dos nuevas modalidades de EdS basadas en conductos y fibra oscura van más allá de lo establecido en la OBA sin que se haya realizado el correspondiente análisis de mercado que permita indicar la necesidad y justificación de su implementación. Asimismo, considera que estas nuevas modalidades de EdS, que califica como nuevas obligaciones, son innecesarias por no existir ninguna barrera de entrada que las justifique y contraria a la ley 2/2011 de Economía sostenible, al imponer un lastre a uno de los agentes que está tratando de competir en igualdad de condiciones.

Por otro lado, señala como prueba de que las nuevas modalidades de EdS suponen una introducción de nuevas obligaciones y modificación de otras preexistentes, la utilización de la oferta MARCo como EdS y de la fibra oscura que, por otro lado, estaría contradiciendo abiertamente las conclusiones del análisis del Mercado 4. Todo lo anterior, valiéndose de la OBA y previo a que el expediente de revisión de la oferta MARCo esté resuelto.

TESAU también considera que las nuevas modalidades de EdS introducidas en la Resolución recurrida generan impactos¹ en los mercados de líneas troncales (mercado 14 de la anterior Recomendación de Mercados de la Comisión de 11 de febrero de 2003) y del propio mercado de acceso físico al por mayor de infraestructuras de red en una ubicación física (Mercado 4) por lo que, de mantenerlas, se ampliaría el mercado a todos los ámbitos de los servicios mayoristas además de que, a través de mercados conexos se estaría introduciendo regulación en mercados que actualmente se encuentran desregulados, como es el caso del mercado 14 de líneas troncales. Esto último supondría también una contravención del marco regulatorio actual, ya que la propia Recomendación de Mercados establece y diferencia cada mercado que precisa regulación ex ante, de los que excluye el citado mercado 14.

¹ Como ejemplo, resalta TESAU que la utilización de las centrales de coubicación como puntos de conexión de diversas EdS provenientes de diversas centrales permite incumplir la regulación y construir redes troncales usando enlaces de EdS, lo que implica modificarle e imponerle obligaciones en el mercado de líneas troncales.



Prueba de lo anterior, añade, sería la segmentación geográfica introducida por la Comisión al introducir límites en la disponibilidad en las EdS según el tamaño de las centrales en aquellas zonas en las que la Comisión considera que no existe suficiente competencia. Y en sentido contrario, en los lugares donde existe suficiente competencia, y que no precisarían de las nuevas modalidades de EdS introducidas, esta Comisión no haya eliminado obligaciones dada la segmentación geográfica introducida en la Resolución recurrida.

Adicionalmente, TESAU alega que, tratándose de una modificación de la oferta de referencia y que los cambios tendrían repercusiones en los intercambios entre Estados miembros, no se ha notificado a la Comisión ni se ha justificado la decisión de no notificar dichas medidas.

Al igual que TESAU, VODAFONE considera que la Resolución es nula de pleno derecho por no haberse observado el procedimiento legalmente previsto para la modificación de las obligaciones establecidas en las Resoluciones de definición y análisis de mercados. No obstante, VODAFONE se limita a alegar² que la segmentación geográfica que introdujo esta Comisión para establecer la limitación del uso de las nuevas modalidades de EdS en razón del número de pares en central, debía de haberse realizado en el marco del correspondiente análisis de mercado puesto que en realidad se trata de una modificación de la obligación de acceso impuesta a TESAU a nivel nacional y, consecuentemente, un derecho de los operadores alternativos reconocido al mismo nivel.

TESAU funda sus alegaciones relativas a la falta de proporcionalidad de las medidas adoptadas en la Resolución recurrida al considerar que la modificación de las obligaciones preestablecidas así como la imposición de otras nuevas, resulta innecesario y va más allá de lo solicitado por ORANGE, dada la inexistencia de las supuestas deficiencias del servicio. Al mismo tiempo, alega que éstas dan lugar a la realización de inversiones y gastos innecesarios y no previstos para la recurrente.

En contestación a las alegaciones relativas a la falta de observancia del procedimiento legalmente previsto para la modificación de las obligaciones establecidas en las Resoluciones de definición y análisis de mercados, ha de indicarse que esta alegación ya fue contestada en la Resolución recurrida, en el punto 1 del Anexo 1 donde se indica, además del motivo que justifica la introducción de las nuevas modalidades de EdS, que éstas no constituyen nuevas obligaciones de las ya establecidas en la definición y análisis del mercado 4 ni una modificación de las obligaciones impuestas como consecuencia de dicho análisis. No obstante, ante la repetición de las alegaciones de TESAU ya manifestadas en la tramitación del procedimiento de referencia, en la presente Resolución ha de reiterarse en la contestación dada en la Resolución recurrida en donde se expusieron las razones por las que se rechazaron idénticas alegaciones a las ahora expuestas.

En virtud del análisis realizado para la definición³ de los mercados 4 y 5 por esta Comisión en el año 2008, TESAU tiene impuesta la obligación de atender a las solicitudes razonables

² Según VODAFONE, la segmentación geográfica es una limitación del ejercicio de un derecho en base a criterios geográficos que "*diste mucho de constituir una determinación de los condicionantes técnicos, administrativos y económicos de una obligación genérica.*" (el subrayado es de VODAFONE). Señala que el mencionado límite al ejercicio del derecho supone una vulneración del ordenamiento jurídico al no haberse realizado previamente un análisis de mercado para segmentar geográficamente.

³ Resolución, de fecha 22 de enero de 2009, por la que se aprueba la definición y el análisis del Mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el



de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización, que ente otros aspectos implica, tal como se señala explícitamente en la obligación del mercado 4, facilitar el acceso⁴ a los recursos asociados al acceso desagregado al bucle de abonado, entre los que se menciona la EdS.

Luego, la EdS es un recurso asociado a la desagregación del bucle, al que TESAU debe proporcionar acceso ante una solicitud razonable, y las modalidades concretas de EdS definidas en la OBA no están de forma explícita definidas en las obligaciones impuestas en el análisis realizado sino que son una consecuencia de la obligación de acceso y una concreción de lo que se considera acceso razonable. En consecuencia, no procede realizar un nuevo análisis y definición del mercado de acceso para concretar un recurso asociado a la desagregación del bucle que debe ofrecer TESAU. Asimismo, tampoco procede realizar la notificación a la Comisión Europea de la modificación de la obligación, de conformidad con lo manifestado por esta recurrente.

Como ya se menciona en el objeto del expediente, la Resolución analiza la razonabilidad de una solicitud de ORANGE de nuevas modalidades de EdS, o dicho de otra manera, de acceso razonable a los recursos asociados al acceso desagregado al bucle.

Por otra parte las modalidades de EdS y su modificación tampoco conllevan, a diferencia de lo señalado por TESAU, una modificación de las obligaciones de otros mercados como el de líneas troncales y líneas terminales, puesto que su existencia y disponibilidad no vienen determinadas por dichos mercados. Además, de conformidad con lo apuntado en la Resolución recurrida, la aprobación de las nuevas modalidades de EdS solicitadas no comporta por sí misma ninguna variación en inversión adicional en nuevas infraestructuras o redes a TESAU, ni tampoco la modificación de ningún precio que no tenga ya regulado a través de la OBA, la MARCo (para el uso de conductos) o la ORLA (para los circuitos).

A modo de ejemplo, la modalidad de EdS basada en capacidad portadora es también una facilidad asociada a la desagregación del bucle, y las variantes existentes son establecidas en base a la obligación de suministrar dicha facilidad asociada y su razonabilidad, independientemente de que el mercado de líneas alquiladas troncales esté parcialmente desregulado o que, en su momento, algunas de las variantes introducidas, como Gigabit Ethernet, no estuvieran reguladas en el mercado de líneas alquiladas terminales. En la OBA se hace referencia a la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas de TESAU (ORLA) para la definición de condiciones, precios u otros aspectos, para simplificarla y debido a la analogía de los servicios.

Respecto la nueva modalidad de EdS basada en fibra oscura, debe subrayarse que ésta no guarda relación con la obligación subsidiaria prevista en la oferta MARCo puesto que esta última está prevista para el despliegue de una red NGA en el sentido de ofrecer fibra oscura cuando no hay disponibilidad de conductos, En cambio, la nueva modalidad de EdS está destinada a extraer el tráfico de las centrales de TESAU en las que se ofrecen servicios de coubicación. Si bien en ambos casos se trata de fibra oscura, no debe mezclarse esta nueva modalidad de EdS con la obligación impuesta en el mercado relativa a la fibra oscura para permitir el despliegue de redes NGA de acceso hasta el abonado final. Lo anterior no obsta para que, con objeto de prever un marco armonizado y evitar una dispersión de las reglas

mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la comisión europea. (MTZ 2008/626).

⁴ Ver pg. 87-88 del Punto II.4.3.1 "Obligación de acceso" contenido en la Resolución MTZ 2008/626.



que regulan los servicios ofrecidos por TESAU, esta Comisión haya considerado como más adecuado relegar al expediente de revisión de la oferta MARCo (MTZ 2011/1477), los aspectos técnicos sobre posible saturación de las infraestructuras e imposibilidad de uso de los conductos y fibra oscura puesto que es allí donde se tratan los detalles de las condiciones de disponibilidad y uso y a la que se remite la OBA para implementar el acceso a los conductos para la EdS.

En definitiva, no puede considerarse que las modalidades de EdS introducidas en la OBA impliquen la regulación de mercados conexos cuando son servicios muy específicos en lo relativo al ámbito de aplicación (en las centrales de TESAU), y destinados a extraer el tráfico de dichas centrales en las que se ofrecen servicios de coubicación o acceso indirecto.

Las alegaciones de los operadores relativas a que no se ha observado el procedimiento legalmente establecido para realizar la segmentación geográfica al objeto de introducir las limitaciones al uso de las nuevas modalidades de EdS bien porque, ello supone una modificación de las obligaciones existentes al limitarlas, o bien porque ello es una prueba de la imposición de nuevas obligaciones, tampoco son correctas.

De conformidad con lo antes señalado, la obligación impuesta sobre la que se basa la Resolución recurrida no se modifica sino que se añaden nuevos recursos asociados mediante los cuales TESAU ha de dar efectivo cumplimiento a la mencionada obligación. Los límites establecidos para determinar los recursos asociados a los que se debe dar acceso, ni pueden considerarse como una segmentación del mercado (puesto que no se ha realizado tal análisis) ni como una segmentación de las obligaciones establecidas (puesto que la obligación tampoco se modifica) en virtud de lo cual habría que modificar, adecuar o eliminar obligaciones preestablecidas. Por el contrario, conforme se desprende claramente de la Resolución recurrida, los límites cuyas alegaciones manifestadas en contra de su introducción por distintos operadores y que serán tratadas más adelante, son el resultado del análisis de la razonabilidad de la solicitud de ORANGE consistente, entre otras, en la incorporación de nuevas modalidades de EdS como acceso a recursos asociados a los que TESAU debe atender en caso de resultar solicitudes de acceso al bucle adecuadas o razonables.

En virtud de lo anterior, no puede considerarse que lo manifestado en la Resolución en relación con los mencionados límites sea una vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad y falta de proporcionalidad si se tiene en cuenta que, a diferencia de lo señalado por TESAU, la Resolución recurrida, que no modifica ni introduce nuevas obligaciones en el mercado de acceso, sí argumenta la introducción de los límites al uso de las nuevas modalidades de EdS que ahí se introducen como resultado del análisis de la razonabilidad de la solicitud de ORANGE para, además, así intentar minimizar las repercusiones para TESAU, o en algunos casos sin que haya repercusión alguna, e incentivar al despliegue de redes NGA.

Por otra parte, TESAU alega que la Resolución recurrida adolece de falta de motivación en dos aspectos: en la modificación de los límites para la utilización de las nuevas modalidades de EdS respecto de los límites expuestos en el trámite de audiencia; y en la implementación de las nuevas modalidades en centrales en las que ya existen operadores coubicados. Respecto del primer aspecto, únicamente señalar en este momento que será objeto de contestación en el siguiente Fundamento de Derecho. Respecto del segundo aspecto, TESAU considera que esta Comisión le ha causado indefensión en la medida en la que



considera que la Resolución recurrida no motiva suficientemente el rechazo de sus alegaciones relativas a que *“la CMT no debería modificar el servicio de entrega de señal en tipologías de centrales con presencia de operadores coubicados (...)”*, y por el contrario, asume únicamente las alegaciones aportadas al respecto por los operadores alternativos.

En contestación a lo anterior, ha de analizarse si concurren en la Resolución recurrida los requisitos de motivación de los actos y resoluciones administrativas de conformidad con el artículo 54.1 de la LRJPAC.

El citado artículo 54.1 señala que la motivación requerirá una *“sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho”*. El carácter *“sucinto”* de la motivación administrativa ha sido ratificado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias. En casos de motivación sucinta pero existente por parte de esta Comisión, los tribunales han declarado la plena validez del acto o resolución. Entre otras pueden citarse las SSTS de 15 de diciembre de 2009⁵, la del 26 de mayo de 2009⁶, así como la del 7 de marzo de 2006⁷.

Por otro lado, y tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en distintas sentencias, y, entre otras, en las SSTS de 3 de diciembre de 1996⁸ y de la del 3 de mayo de 1995⁹, la motivación de las resoluciones administrativas no exige una contestación exhaustiva y pormenorizada de la totalidad de las alegaciones efectuadas por los interesados a lo largo del procedimiento.

No obstante, y en el supuesto concreto de la Resolución recurrida, no nos encontramos precisamente ante un caso de motivación sucinta puesto dependiendo de cada modalidad de EdS, los objetivos y propósitos perseguidos con la introducción de las nuevas modalidades de EdS se han señalado suficientemente a lo largo de la Resolución, aún para centrales con operadores coubicados. Así, sobre la solicitud relativa a la modalidad de EdS basada en capacidad portadora (página 11 y 12), se establece lo siguiente:

“Esta Comisión considera razonable que los operadores alternativos puedan maximizar la eficiencia en términos de costes, o la fiabilidad al diseñar la estructura de la conexión de las centrales en las que están coubicados con su propia red, de la misma manera que lo hace la propia Telefónica (...)”

(...) tampoco hay motivos técnicos que en principio justifiquen limitar la terminación del servicio de conexión en la SdO, cuando la EdS utilizada para conectar a su vez dicha SdO con la propia red del operador utilice determinadas modalidades de EdS, excluyendo la CP.”

Y sobre la solicitud relativa a la modalidad de EdS basada en utilización de conductos (páginas 19 y 20), lo siguiente:

“Al igual que en el apartado anterior sobre la consideración de la SdO o de ubicación distante como punto de terminación de las EdS provenientes de otras centrales, la introducción de una nueva modalidad de EdS en la OBA estaría ligada, entre otros, a la

⁵ RC 2694/2007.

⁶ RJ 2009\4401.

⁷ RJ 2006\1668.

⁸ RJ 1996\8930.

⁹ RJ 1995\4050.



valoración de una solicitud de servicios razonable. Por ello es plenamente pertinente analizarla en este expediente a pesar de lo alegado por Vodafone (...)

En las alegaciones recibidas queda patente que los operadores consideran necesaria dicha modalidad básicamente para desplegar la fibra necesaria para extraer el tráfico de las centrales de Telefónica, e inicialmente menos útil para la ampliación de la huella de las centrales con ULL. Las modalidades existentes no serían suficientemente efectivas para desplegar infraestructuras propias (...)

La utilización de medios propios y fibra es necesaria para poder transportar los mayores niveles de tráfico que pueden implicar la aparición de servicios nuevos y despliegue de tecnologías, como por ejemplo VDSL2, que permiten modalidades de mayor ancho de banda y capacidad de los usuarios.”

Asimismo, sobre la solicitud relativa a la modalidad de EdS basada en fibra oscura (páginas 22 y 23), se señala lo siguiente:

“(...) Orange ponía como objetivo de la nueva modalidad el crecimiento del número de centrales y de líneas desagregadas (...)

La modificación introducida con anterioridad, que permitirá finalizar varias EdS basadas en CP en una única central, agregando todo el tráfico más el de la central en la que terminan, y enviarlo conjuntamente hacia la propia red del operador mediante cualquier modalidad de EdS, la CP incluida, permite rentabilizar la EdS de CP al ser compartida por un mayor número de usuarios. Con ello la utilización de la EdS basada en GbE puede ser económicamente viable compartiendo los tráficos y usuarios pertenecientes a varias centrales individuales.

Si bien en muchos casos la fibra puede ser una solución sobredimensionada para el tamaño de centrales considerado, en otros casos, y respecto a las soluciones de CP disponibles, ofrecería una flexibilidad, en cuanto a los anchos de banda soportados y a las facilidades de compartición por varios operadores, que podría hacerla atractiva.

Asimismo, el servicio de capacidad portadora de tecnología Ethernet, de acuerdo con las características establecidas en la ORLA, tiene una arquitectura de nivel 1, basada en muchos casos en un par de fibras con convertidores, por lo que no deberían existir impedimentos técnicos para suministrar únicamente las fibras.

Por todo ello se consideró razonable (...)”

En definitiva, resulta patente que en la Resolución recurrida se tienen en consideración las alegaciones al respecto manifestadas por TESAU al colegirse las razones técnicas y jurídicas, bajo la observancia de los objetivos previstos en el artículo 3 de la LGTel, que han llevado a esta Comisión a adoptar las decisiones acordadas de realizar una nueva concreción de recursos asociados a los que TESAU debe de dar acceso dentro de los límites fijados en la Resolución.

Por tanto, del contenido de la Resolución impugnada ha podido colegirse claramente las razones que han determinaron la decisión final de esta Comisión, en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en las SSTS de 15 de enero de 2009¹⁰, 20 de mayo de 2008¹¹ y 8 de marzo de 2006¹². En la última Sentencia citada se dice que:

¹⁰ RJ 2009\467.

¹¹ RJ 2008\5296.



“el controvertido acto administrativo estuvo suficientemente motivado: porque expresó la fundamentación fáctica y la justificación normativa de su decisión”.

Y en el Fundamento tercero de la SAN de 26 de febrero de 2007¹³ relativa a una Resolución de esta Comisión y confirmada posteriormente por la antes citada STS de 15 de diciembre de 2009, se declara que:

“(…) es necesario tener en cuenta la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera idóneo, para el cumplimiento de los fines de la motivación del acto administrativo, dar a conocer al destinatario las auténticas razones de la decisión que se adopta y permitir frente a ella la adecuada defensa. (…)”

Otra cosa distinta es que TESAU no comparta los criterios utilizados por esta Comisión en la motivación de la Resolución recurrida, como recuerda la SAN de 26 de febrero de 2007 al final de su Fundamento tercero:

“En suma, podrá compartirse o no la motivación del acto administrativo impugnado, pero no resulta posible negar la evidencia de su existencia”.

Finalmente, cabe decir que una falta de motivación nunca constituye causa de nulidad del acto o resolución impugnados sino, en todo caso, su anulabilidad y siempre que produzca indefensión material y efectiva, y no meramente formal, tal y como indica el Tribunal Supremo en su jurisprudencia (véanse, entre otras, sus S´ts de 8 de mayo de 2008¹⁴, de 13 de julio de 2004¹⁵ y de 16 de julio de 2001¹⁶). Ello no sucede en el supuesto de la Resolución impugnada, tal y como se viene razonando en la presente Resolución.

SEGUNDO.- Sobre los límites establecidos para hacer uso de las nuevas modalidades de EdS.

Los operadores alternativos recurrentes centran sus alegaciones manifestando su contrariedad con los límites impuestos en la Resolución recurrida al uso de las nuevas modalidades de EdS que ahí se establecen.

ORANGE considera que los límites impuestos para ambas nuevas modalidades de EdS suponen una vulneración del artículo 3.a de la LGTel además de que la decisión adolece de falta de motivación y de ausencia de justificaciones técnicas razonables para la introducción de tales límites. Asimismo, señala que los mencionados límites atentan contra la obligación de no discriminación impuesta a TESAU en los mercados 4 y 5, al considerar que esta Comisión limita de forma arbitraria la eficiencia de las nuevas modalidades de EdS para los operadores alternativos, toda vez que su uso se vuelve más eficaz con centrales de mayor tamaño y que en modo alguno afectan o perjudican a TESAU.

Para ORANGE, la extensión del acceso desagregado a nuevas zonas, pero también el aumento de la eficacia en las zonas en las que ya estén presentes, es un requisito necesario para aumentar la competencia y dinamizar el mercado, y toda medida que no suponga

¹² RJ 2006\5702.

¹³ JUR 2007\52343.

¹⁴ RJ 2008\2642.

¹⁵ RJ 2004\4203.

¹⁶ RJ 2001\6684.



gravamen económico ni impedimento técnico de difícil solución para el operador incumbente, pero que además suponga un incremento de la competitividad en el mercado, debería ser aprobada de conformidad con el artículo 3 de la LGTel.

Por su parte, VODAFONE alega que restringir el uso de las modalidades de EdS en razón del número de pares de la central viene a traducirse en unas limitaciones basadas en criterios geográficos pero no técnicos lo que, a la postre viene a limitar el ejercicio de un derecho y obligación establecida en una resolución de definición y análisis de mercado. Señala, en el mismo sentido que ORANGE, que las limitaciones establecidas suponen una ventaja competitiva de TESAU respecto de los operadores alternativos puesto que el primero puede utilizar las mencionadas modalidades de EdS sin restricción alguna, a diferencia de los segundos quienes que estarán sujetos a observar el límite establecido. Por lo tanto, también considera que las limitaciones introducidas son contrarias a los objetivos previstos en el artículo 3 de la LGTel así como una vulneración del principio de no discriminación.

En relación con lo anterior, ha de indicarse, en primer lugar, que los límites impuestos no implican una segmentación geográfica. De conformidad con lo recalado en el anterior fundamento, los límites no implican una segmentación geográfica al no modificarse las obligaciones del mercado sino que son consecuencia del pertinente análisis sobre la razonabilidad de la solicitud de revisión de la OBA de ORANGE, teniendo en cuenta el objetivo y las modalidades existentes y la situación de las centrales coubicadas, así como los posibles inconvenientes de las nuevas modalidades en caso de que no existiera ningún límite a su uso.

Del mencionado análisis sobre la razonabilidad de la solicitud realizada por ORANGE, se deduce que las modalidades existentes de EdS han permitido que, en gran parte de las centrales de tamaño superior al límite establecido, los operadores puedan extraer el tráfico de la central mediante infraestructuras alternativas y uso de fibra, motivo por el que no se considera necesaria la modalidad solicitada en dichas centrales con número de pares superiores a los de los límites establecidos cuando los operadores presentes en aquéllas utilicen alternativas basadas en fibra.

Así tampoco se considera que en las centrales donde no pueda hacerse uso de las nuevas modalidades de EdS, pueda existir discriminación respecto de TESAU cuando los operadores han podido disponer para acceder a dicha central de otros servicios de EdS basados en fibra e infraestructuras alternativas al incumbente.

Respecto a la discriminación que dichos límites podían suponer y que fue también señalada durante la instrucción del expediente, ha recordarse y reiterarse lo contestado en la página 35 de la Resolución recurrida:

“Asimismo, se rechaza de plano la idea sostenida por Orange sobre que la medidas aquí aprobadas vulneren los principios de no discriminación y libre competencia, puesto que como ya se ha indicado anteriormente la finalidad de las medidas que se regulan en esta resolución es permitir a los operadores alternativos el uso de nuevas facilidades asociadas a la red de acceso de Telefónica, en las mismas condiciones técnicas que disfruta Telefónica cuando se autopresta dicho servicio, en aquellas zonas donde se ha podido constatar que los servicios OBA actualmente regulados no son suficientes para promover una competencia efectiva en cobertura e infraestructuras de los operadores alternativos.”



Por otra parte, los operadores alternativos también presentan alegaciones concretas contra los límites establecidos para cada nueva modalidad de EdS.

Así, respecto de los límites al uso de la modalidad de EdS basada en acceso a los conductos, los operadores alternativos recurrentes coinciden alegando que esta modalidad no debe de tener ninguna limitación de uso preestablecida y carente de justificación lógica sino que, en caso de existir alguna limitación, ésta tendría que venir determinada por las circunstancias objetivas, de carácter técnico, previo análisis de la situación de cada central.

VODAFONE hace especial énfasis en señalar, en sentido contrario a como lo afirma esta Comisión cuando justifica la limitación introducida en la Resolución recurrida para hacer uso de esta nueva modalidad de EdS basada en conductos, que la limitación impide que dicha modalidad se constituya en una alternativa eficaz al uso de las modalidades de EdS que ya estaban recogidas en la OBA, tanto para el despliegue de redes de cobre alternativas o NGA's en las zonas menos competitivas.

En apoyo de lo anterior añade una comparativa de costes por la que viene a manifestar que utilizar la EdS mediante ductos con las limitaciones previstas en el Resuelve tercero de la Resolución recurrida, no es eficiente (por los altos precios, por falta de flexibilidad y autonomía de la red de TESAU y por las limitaciones de distancia) ni constituye una modalidad que promueva el despliegue de infraestructuras alternativas. Además, en el caso de la modalidad de Arqueta (AMO) o Cámara multi-operador (CRMO), modalidad de EdS utilizada en centrales que exceden de la limitación prevista en el resuelve Tercero de la Resolución recurrida, señala que el operador llega mediante sus propios medios hasta las inmediaciones de la central pero la utilidad del despliegue es mermada por el precio adicional que supone la contratación de esta modalidad. Así, si en dichas centrales los operadores requirieran ubicar equipos NGA podrían, o bien utilizar EdS por ductos (que implicaría utilizar una segunda infraestructura), o bien reutilizar la EdS por AMO o CRMO, que, a pesar de la sinergia, incrementaría el precio del servicio final sobre NGA e implicaría contratar un mayor número de fibras. Al efecto adjunta una comparativa de los costes que supone utilización de AMO/CRMO frente al acceso mediante uso de MARCo.

Sobre la base de lo anterior, considera que esta Comisión debería de haber adoptado criterios de razonabilidad y proporcionalidad eliminando la limitación de uso de la EdS por MARCo en cualquier tipo de central.

Al respecto, cabe señalar que VODAFONE no aporta información adicional al indicar las posibles mejoras en costes y eficiencia para el despliegue de la fibra que supone la utilización de los conductos e infraestructuras de TESAU eliminando o modificando los límites previstos ni prueba suficientemente que los límites introducidos conllevarán que las nuevas modalidades de EdS sean ineficientes o no promuevan el despliegue de infraestructuras alternativas.

Lo manifestado por VODAFONE al respecto ya se ha tenido en consideración al introducir la nueva modalidad de EdS, si bien, como se ha razonado en la página 19 y 20 de la Resolución recurrida así como en el punto I de su Anexo I, debido a los posibles inconvenientes que puede provocar un uso ilimitado e irracional de las nuevas modalidades y al hecho que en las centrales de mayor tamaño ya existen modalidades basadas en utilización de infraestructuras alternativas (cámaras multioperador, infraestructuras de



interconexión, etc.) no se considera necesario la disponibilidad de la nueva modalidad en ellas.

VODAFONE también alega que los límites introducidos tienen por efecto que el uso de ductos como EdS para ULL estaría solo permitido para centrales con un número de pares igual o menor a 12.500 pares de cobre, a diferencia de que cuando su uso como EdS cuando se despliegan NGN no responde a limitación alguna, y que dichos ductos serían reutilizables como EdS para tráfico de una red NGA, luego el acto recurrido presenta un contenido contradictorio y carente de lógica si se debe atender a un escenario en el que exista una central con 12.500 pares o más y se quiera concentrar el tráfico proveniente de accesos NGA y desagregación del par de cobre.

A la luz de las afirmaciones manifestadas por VODAFONE, esta Comisión ha de aclarar que las afirmaciones y conclusiones contenidas en la Resolución recurrida de ninguna manera son contradictorias. Que las infraestructuras de EdS mediante conductos establecidas para extraer el tráfico de ULL pueden reutilizarse para redes NGA, es una práctica que la Comisión defiende, fundamentándose en el principio de la reutilización, y ello no contradice que se limite las EdS mediante conductos cuando su objetivo inicial sea extraer el tráfico de los servicios ULL.

La formulación de esta alegación resulta de utilidad en cuanto que su respuesta permite aclarar la duda que se ha puesto de manifiesto sobre el tratamiento regulatorio del siguiente caso: cuando se hace uso de EdS mediante conductos para el despliegue de una NGA en una central en la que se supera el límite establecido en la Resolución recurrida, y la consiguiente reutilización de dicha EdS mediante conductos para ULL.

En primer lugar, la Resolución analiza la utilización de los conductos como EdS expresamente para servicios ULL y por tanto establece un límite cuando obedecen y se utilizan únicamente para ello. Es decir, el límite no afecta en absoluto el despliegue de NGA.

En segundo lugar, el análisis y posterior establecimiento de un límite obedece a la necesidad de hallar una solución adecuada cuando se da la circunstancia de que, en esta fase inicial de despliegues, nos encontramos con la posible problemática de falta de espacio y escasez. En este caso, debe priorizarse el despliegue de redes NGA y la EdS necesaria asociada a ella. Además, los datos reflejan que los tipos de EdS ya definidos han permitido el despliegue de modalidades de EdS basadas en infraestructuras alternativas, siendo, por otra parte, las centrales de mayor tamaño donde los despliegues de fibra han sido más frecuentes. Por ello no se considera necesaria la disponibilidad de la nueva modalidad en dichas centrales.

Pero es que además, una vez aclarado lo anterior, debe resaltarse que en cualquier central que se haga un despliegue de NGA, independientemente del tamaño de dicha central, la fibra desplegada por parte de los operadores para extraer el tráfico NGA de dicha central mediante la utilización de los conductos como modalidad de EdS, por razones de eficiencia y reutilización de infraestructuras, puede ser utilizada conjuntamente para los clientes de la red NGA desplegada como para los clientes del bucle desagregado. Por lo tanto, en el momento en que un operador despliega una red NGA y utiliza los conductos como EdS para dicha red NGA, el principio de priorización del despliegue de la red NGA ya se cumple para dicho operador y no hay motivo para que las mismas fibras desplegadas para NGA no sean reutilizadas por el mismo para EdS de los servicios ULL.



En definitiva, una vez realizada la anterior aclaración, no cabe considerar el contenido del resuelve Tercero como contradictorio o de imposible cumplimiento, de conformidad con lo pretendido por VODAFONE.

Respecto de los límites al uso de la modalidad de EdS basada en fibra oscura de TESAU, JAZZTEL reitera que por encima del límite de 7.000 pares definido en la Resolución recurrida como tamaño máximo de la central para disponer de la nueva modalidad de EdS basada en fibra oscura, existen un gran número de centrales sin conexión por fibra que por tanto quedan excluidas de dicha modalidad de EdS. Por lo tanto, JAZZTEL considera necesario fijar dicho umbral en 10.000 pares totales (vacantes+activos).

ORANGE también añade que la adopción de un umbral más restrictivo de 7.000 pares para la disponibilidad de la modalidad de fibra oscura, frente a la limitación de 12.500 pares para conductos, impuesta sobre la base de que para las centrales entre ambos límites ya se ha dispone de la EdS sustentada en conductos como modalidad alternativa a la capacidad portadora, no la considera satisfactoria toda vez que un porcentaje elevado de dichas centrales entre 7.000 y 12.500 pares están ubicadas en municipios con una sola central. Es decir, dichas centrales estarían fuera del ámbito de aplicación de la MARCo, limitada a entornos urbanos.

En consecuencia, atendiendo a la inexistencia de limitaciones técnicas o de mercado, a la falta de perjuicios para el operador obligado y al beneficio para los consumidores solicita que se limiten las restricciones para el uso de esta modalidad y subsidiariamente, al menos se eleve el umbral para su disponibilidad desde 7.000 a 12.500 pares.

En relación con las anteriores alegaciones contra el límite introducido para hacer uso de la modalidad de EdS mediante fibra oscura, ha de señalarse que aunque gran parte de las centrales entre 7.000 y 12.500 pares totales en las que estaría disponible la modalidad de EdS por conductos pero no la modalidad de fibra oscura son centrales ubicadas en municipios con una sola central, considerar que ello invalida la utilización de la EdS mediante conductos por estar limitada a zonas urbanas es prejuzgar los efectos de la medida adoptada. El hecho de ser una central única o la existencia de más de una central en el mismo municipio, no modifica el razonamiento dado sobre que la modalidad de EdS por conductos facilite a los operadores el acceso a infraestructuras de terceros, que estando disponibles en dichas localidades, no lo estuvieran en la propia central de TESAU en la que se está coubicado.

Además, uno de los objetivos señalados para la EdS mediante fibra oscura era la extensión de la huella de desagregación, no aportándose alegaciones sobre los límites establecidos y justificados según los datos presentados respecto a las centrales con presencia de operadores coubicados. Por lo tanto, también han de desestimarse las alegaciones de los recurrentes por las que solicitan elevar el límite establecido respecto de esta nueva modalidad de EdS.

Por último, debemos analizar las alegaciones de TESAU por las que considera nula de pleno Derecho la Resolución recurrida por considerar que los límites para hacer uso de las nuevas modalidades de EdS, se han visto disminuidos injustificadamente en la Resolución y en sentido distinto a lo expuesto en el trámite de audiencia causándole indefensión.



En concreto, respecto de los límites introducidos para la modalidad basada en uso de conductos y registros, manifiesta que esta Comisión pasó de considerar, en la propuesta de Resolución presentada en el trámite de audiencia, el grupo de centrales con bajo porcentaje de cubrición con EdS por medios propios (menor o igual al 10%) a tomar en cuenta casi todas las centrales, excepto aquéllas en las que la cubrición de los operadores es casi total (grupo con más del 90% de presencia). Y respecto de los límites introducidos para la modalidad basada en fibra oscura de TESAU, aumenta el número máximo de pares que han de tener las centrales y la distancia máxima entre éstas.

Al respecto, cabe señalar en primer lugar, que el Consejo de la Comisión, al que corresponde el ejercicio de las funciones del organismo regulador previstas por la legislación vigente, puede apartarse de los informes previos elaborados por los servicios sin necesidad de motivar expresamente su discrepancia, siempre que las razones sobre las que fundamenta su decisión sobre el fondo estén suficientemente motivadas. En este sentido se han manifestado los tribunales, de conformidad con el Fundamento tercero de la SAN de 30 de julio de 2005¹⁷, donde se establece lo siguiente:

“Por lo demás, la ausencia de motivación en la Resolución impugnada, alegación estrechamente vinculada a la anteriormente analizada, carece de fundamento en la medida que la simple lectura de las resoluciones impugnadas, tanto la que decide el conflicto de interconexión, como la desestimatoria del recurso de reposición contienen una motivación ex abundancia en la que se expresan de forma razonada los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión adoptada (por todas, STC 115/96 [RTC 1996\115]) en orden a la determinación de los precios de terminación de llamadas, exposición jurídica razonada que excluye cualquier imputación de insuficiencia o déficit de motivación. En realidad, bajo tal alegación, se denuncia por la actora la ausencia de justificación expresa del apartamiento de la CMT de los criterios y formula contenidos en el Informe elaborado por sus servicios, queja que no puede ser acogida. Como ya hemos indicado con anterioridad, la naturaleza no vinculante de este dictamen implica que su contenido no condiciona la posición de la CMT a la hora de adoptar la decisión y no conlleva, como se pretende por la actora, una exigencia a la CMT de exposición de las concretas razones que determinaron que no siguiera la propuesta del informe, ya que tal apartamiento no precisa, en principio, ser formal ni materialmente justificado, siendo suficiente y válida la motivación ofrecida en los acuerdos impugnados sobre las razones por las que se llega a la solución adoptada sin necesidad de posicionamiento o valoración expresa del dictamen, alegación pues, que ha ser rechazada por carecer de sustancia y relevancia.”

El criterio fijado en esta Sentencia ha sido aplicado por esta Comisión en distintas resoluciones del Consejo, y entre otras, en la Resolución de 11 de marzo de 2010¹⁸ o en la Resolución de 11 de octubre de 2012¹⁹.

Por otro lado, debe indicarse que los servicios de esta Comisión son servicios internos que no tienen el carácter de “órganos consultivos” en el sentido de lo previsto en el artículo 54.1.c) de la LRJPAC. Así ha sido señalado con relación a los servicios internos de las Administraciones públicas, por ejemplo, en la STSJ de la Comunidad de Madrid núm. 291/2001, de 16 de febrero de 2001²⁰.

¹⁷ RJCA 2006\26.

¹⁸ AJ 2010/106

¹⁹ AJ 2012/1162

²⁰ JUR 2001\207316. En el Fundamento cuarto de esta Sentencia se dice que “En lo relativo a la segunda de las alegaciones, la aplicación del art. 54.1 c) de la LRJPAC se circunscribe exclusivamente a los actos que se separen del dictamen de órganos consultivos, no teniendo tal carácter de consultivos los informes técnicos emitidos en la tramitación de la licencia de obras.”



Por tanto, debido a que los servicios internos de esta Comisión no tienen el carácter de órganos consultivos ni sus informes son vinculantes para el Consejo de la Comisión, no resulta exigible la motivación específica o concreta prevista en el apartado c) del artículo 54 de la LRJPAC para modificar los límites establecidos para hacer uso de las nuevas modalidades de EdS apartándose, de este modo, del criterio manifestado en el informe de audiencia en donde no se preveían unos límites que hacían más restrictivo el uso de dichas modalidades por parte de los operadores alternativos.

Además, debe señalarse que los cambios previstos en la Resolución respecto de los límites en relación con la propuesta manifestada en el informe de audiencia, obedecen a las alegaciones aportadas por los operadores. En la Resolución recurrida se hace referencia tanto a los valores que aparecían en el informe a audiencia, y las razones para tener en cuenta los nuevos valores que permiten determinar la aplicación de las alegaciones de los operadores que se estimaban adecuadas.

Las alegaciones de los operadores que se consideraban justificadas fueron (página 19):

“En las alegaciones recibidas queda patente que los operadores consideran necesaria dicha modalidad básicamente para desplegar la fibra necesaria para extraer el tráfico de las centrales de Telefónica, e inicialmente menos útil para la ampliación de la huella de las centrales con ULL. Las modalidades existentes no serían suficientemente efectivas para desplegar infraestructuras propias.”

Es decir que no se debían analizar únicamente el porcentaje de centrales con más o menos cubrición, sino que el criterio debía ser la disponibilidad de modalidades de EdS basadas en infraestructuras alternativas a TESAU. Los nuevos datos sirven para determinar, en opinión de la Comisión, las centrales en las que las modalidades existentes no habrían sido suficientemente efectivas para desplegar infraestructuras propias.

Por lo tanto, conforme se desprende de la Resolución recurrida como de todo lo manifestado en la presente Resolución, el cambio de los límites establecidos en relación con la propuesta de los servicios de esta Comisión, está suficientemente motivado de conformidad con los requisitos de motivación que exigen nuestros tribunales de los actos y resoluciones administrativas expuestas en el anterior Fundamento de Derecho.

En tercer lugar, con relación a la presunta vulneración del artículo 24 de la Constitución que TESAU considera al haberle causado indefensión por el motivo al que antes nos hemos referido, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han venido señalando que únicamente puede invocarse la presunta vulneración de este precepto o bien en sede de procedimientos judiciales o bien en los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora. Así se declara, entre otras, en las SSTC 175/1987 de 4 de noviembre y 103/1996 de 11 de junio así como en las SSTS de 30 de noviembre de 1999²¹ y de 22 de septiembre de 2004²².

En el Fundamento tercero de la STC 175/1987 se afirma que:

²¹ RJ 2000\3200.

²² RJ 2004\6286.



*“(…) la indefensión ha de ser entendida como una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, por lo que **no puede ser alegado el art. 24.1 de la Constitución frente a actuaciones de la Administración**. Según criterio reiterado de este Tribunal, las infracciones cometidas en el procedimiento administrativo tienen que ser corregidas en vía judicial y planteadas ante los órganos judiciales y resueltas motivadamente por éstas, en uno u otro sentido, pero no originan indefensión que pueda situarse en el art. 24.1 de la Constitución.”*

Aplicando la anterior doctrina del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, en el Fundamento cuarto de la STS de 22 de septiembre de 2004, se señala que:

“Menos aún una vulneración del art. 24 CE (RCL 1978\2836) generadora de indefensión al no poder predicarse en sede administrativa frente a actos administrativos de naturaleza no sancionadora tal cual reiteradamente ha venido sentando la doctrina constitucional.”

El procedimiento que dio lugar al acto impugnado no es de naturaleza sancionadora, como se desprende de la lectura del acuerdo de inicio del mismo, de fecha 20 de septiembre de 2011. En efecto, en el acuerdo de inicio se dice que nos hallamos ante un *“procedimiento administrativo de revisión de la OBA.”*

Por tanto, no tratándose de un procedimiento administrativo sancionador, no resulta procedente que TESAU alegue una presunta infracción del derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución.

Sobre la base de todo lo anterior, no cabe considerar que los límites impuestos en las nuevas modalidades de EdS supongan una ventaja competitiva para TESAU ni se le haya generado indefensión a dicho operador sino que se trata de unos límites proporcionales a las condiciones técnicas de las centrales, que promueven una inversión eficiente y fomentan una competencia en infraestructuras además de que están plenamente justificados, de conformidad con la motivación que sustenta tanto la Resolución recurrida como la que ahora nos ocupa.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente los recursos de reposición interpuestos por Jazz Telecom, SAU, Vodafone España, SAU, Telefónica de España, SAU, y France Telecom España, SAU, contra la Resolución del Consejo de esta Comisión, de fecha 31 de mayo de 2012, sobre la solicitud de France Telecom España, SAU, de modificación del servicio de Entrega de Señal de la OBA, por la que se puso fin al expediente MTZ 2011/2045.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.



Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.