



JORGE SANCHEZ 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 09/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 17 de marzo de 2011, se ha adoptado el siguiente

## ACUERDO

Por el cual se aprueba la

**Resolución por la cual se adoptan medidas cautelares en el conflicto de acceso presentado por Telefónica de España, S.A.U. frente a la entidad Fonotex, S.A (RO 2011/692).**

## I ANTECEDENTES DE HECHO.

### **PRIMERO.- Escrito presentado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.**

Con fecha 9 de marzo de 2011, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (o, en adelante, CMT) escrito de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, Telefónica), en virtud del cual plantea un conflicto de acceso frente a la entidad FONOTEX, S.A. (en adelante, Fonotex), en el marco de la Oferta de acceso a conductos y registros de Telefónica (Oferta Marco).

En particular, Telefónica realiza las siguientes alegaciones:

- Que mediante tramitación urgente de un procedimiento negociado sin publicidad, el Ayuntamiento de Camas adjudicó a la empresa Nextiraone España, S.L. (en adelante, Nextiraone) el proyecto "*Infraestructura de Telecomunicaciones para la creación de una red de área metropolitana para la interconexión de las sedes municipales e implantación de Telefonía IP*", el cual se encuentra vinculado al Fondo Estatal para el empleo y la sostenibilidad local.
- Que el operador Fonotex se puso en contacto con Telefónica con la intención de solicitar, entre otros servicios mayoristas, el acceso al servicio Marco.
- Que, en opinión de Telefónica, Fonotex actúa de intermediario entre Nextiraone y Telefónica, siendo el objetivo último de su solicitud la creación de la red privada del Ayuntamiento de Camas.



Formuladas estas alegaciones, Telefónica solicita la intervención de esta Comisión a fin de que:

- Resuelva el conflicto de acceso suscitado entre Telefónica y Fonotex en relación con la solicitud del citado operador del servicio Marco.
- Se adopten las medidas cautelares oportunas para que, mientras se resuelve el presente procedimiento administrativo, se suspenda cautelarmente la obligación de Telefónica de facilitar el acceso a la Oferta Marco a la entidad Fonotex.

## **SEGUNDO.- Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento.**

Mediante sendos escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fechas 15 de marzo de 2011, se notificó a los interesados el inicio del correspondiente procedimiento para resolver el conflicto de acceso planteado por Telefónica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

A través de dicho acto de inicio de procedimiento, se concedió un plazo de diez días, de acuerdo con lo establecido en el artículo 76.1 de la LRJPAC, desde la notificación del acuerdo de inicio, para que las partes alegaran lo que tuviesen por conveniente y aportaran los documentos que considerasen oportunos.

A los anteriores antecedentes de hecho resultan de aplicación los siguientes

## **II FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

### **PRIMERO.- Objeto del presente procedimiento y habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.**

El presente procedimiento versa sobre la solicitud planteada por Telefónica frente a esta Comisión, sobre si tiene o no obligación de dar acceso a Fonotex al servicio Marco, de conformidad con el ámbito de aplicación de la Oferta Marco establecido en las Resoluciones de la CMT de fechas 19 de noviembre de 2009 y 8 de abril de 2010.

El artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) determina cuál es el objeto que tiene este organismo público que, entre otros aspectos, alcanza a la resolución de los conflictos que se produzcan entre los operadores:

*“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora y en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4*



*de marzo, de Economía sostenible, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.”*

En relación con este objeto, y en lo que afecta a las materias de telecomunicaciones reguladas en la LGTel, su artículo 48.4.d) atribuye a la CMT la siguiente función:

*“La resolución vinculante de los **conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes**, en los términos que se establecen en el título II de esta Ley, así como en materias relacionadas con las guías telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras. (...)”*

Asimismo, el Capítulo III del Título II de la LGTel trata el *Acceso a las redes y recursos asociados e interconexión*, señalando el artículo 11.4 que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores *“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”*.

A tal efecto, el artículo 14 de la LGTel señala que *“de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Ésta, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.”*

En conclusión, esta Comisión resulta competente para conocer del conflicto de acceso planteado por Telefónica.

## **SEGUNDO.- Concurrencia de los presupuestos necesarios para la adopción de medidas cautelares.**

Como se señala en la presente Resolución, esta Comisión ha concluido que en el marco del presente procedimiento se hace necesaria la adopción de una medida cautelar, consistente en reconocer a Telefónica la posibilidad de dejar en suspenso la solicitud de acceso al servicio Marco realizada por Fonotex, hasta la resolución definitiva del presente procedimiento.

El artículo 72 de la LRJPAC permite al órgano competente para resolver el procedimiento, adoptar medidas cautelares, de oficio o a instancia de parte, cuando ello sea necesario para *“asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer”*, y *“si existen elementos de juicio suficientes para ello”*. Según el apartado 3 de este artículo, *“no se podrán adoptar*



*medidas provisionales que puedan causar perjuicio de imposible o difícil reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”.*

Tomando en consideración estas prescripciones, doctrina y jurisprudencia han sistematizado los requisitos que permiten a una Administración Pública la adopción de una medida cautelar. Tales requisitos son los siguientes:

- Habilitación competencial (existencia de una norma que permita la adopción de una medida cautelar).
- La existencia de apariencia de buen derecho (“*fumus boni iuris*”) o de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida.
- Previsión razonable de la necesidad y urgencia de la medida (“*periculum in mora*”) para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.
- Proporcionalidad e idoneidad de la medida: es decir, inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

Se examina a continuación la concurrencia, con relación a la medida cautelar solicitada por Telefónica, de estos requisitos:

**a) Habilitación competencial para adoptar la medida cautelar.**

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares indicando que no se produce vulneración de derechos constitucionales siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, se adopten las medidas cautelares por resolución en Derecho y se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes (véanse por ejemplo las Sentencias del Tribunal Constitucional 31/1981, de 28 de julio; 13/1982, de 1 de abril; 66/1984 y 108/1984, de 26 de noviembre y 22/1985, de 15 de febrero).

De conformidad con el artículo 48.7 de la LGTel,

*“En el ejercicio de sus funciones, y en los términos que reglamentariamente se determinen, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una vez iniciado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia del laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”.*

La propia LGTel contempla, de forma específica, esta habilitación dada a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para adoptar medidas cautelares con ocasión del ejercicio de sus funciones relativas a la resolución de conflictos de acceso e interconexión. En el artículo 14.1 de esta Ley, antes citado, se indica que:

*“Ésta [la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones], previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención,*



sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva". (el subrayado es nuestro)

Por otra parte, según el artículo 31 del Reglamento de la CMT, aprobado mediante Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, dichas medidas cautelares podrán consistir en órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que se refiere el procedimiento o en la imposición de fianza de cualquier clase, excepto la personal, que sea bastante para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar.

En definitiva, esta Comisión está habilitada para adoptar medidas cautelares en los procedimientos que tienen por objeto la resolución de conflictos de acceso entre operadores.

#### **b) Apariencia de buen derecho.**

Con esta expresión se alude a la verosimilitud o apariencia de que el Derecho asiste al eventual beneficiario de la medida, de manera que la Administración lleva a cabo un ejercicio de predicción sobre la pretensión de fondo, debiendo tomarse en todo caso con mucha cautela dicho presupuesto, pues no se trata de conocer sobre el fondo del asunto, tal y como se ha pronunciado en sucesivas ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otros, ATS de 13 de julio de 2000<sup>1</sup>; ATS de 12 de julio de 2000<sup>2</sup>; ATS de 17 de enero de 2000<sup>3</sup>).

#### **1. Obligaciones de Telefónica como operador con Poder Significativo en el Mercado.**

Con fecha 22 de enero de 2009 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución sobre la definición y 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 mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de como operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (en adelante, Resolución de los Mercados 4 y 5).

En la citada Resolución, esta Comisión, tras definir y analizar el mercado de referencia, concluye que no es realmente competitivo e identifica a Telefónica como operador con poder significativo en el mismo, imponiéndole las correspondientes obligaciones, entre las que se encuentran las siguientes en relación con el acceso mayorista a sus infraestructuras de obra civil: (i) obligación de proporcionar acceso a los recursos asociados de infraestructuras de obra civil, a precios regulados en función de los costes (ii) obligación de transparencia en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil y, (iii)

---

<sup>1</sup> RJ\2000\7448.

<sup>2</sup> RJ\2000\7781.

<sup>3</sup> RJ\2000\5645.



obligación de no discriminación en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil.

Conforme al Anexo 2 de la citada Resolución:

*“TESAU deberá atender las solicitudes razonables de acceso por parte de terceros operadores a sus infraestructuras de obra civil, incluyendo entre otras las canalizaciones, cámaras, arquetas, conductos y postes.*

*Esta obligación implica, entre otros aspectos, que TESAU está obligado a:*

- a. Dar acceso a terceros a elementos y recursos específicos de su red necesarios para la provisión del acceso a las infraestructuras de obra civil.*
- b. Negociar de buena fe con los solicitantes de acceso autorizados.*
- c. Facilitar el acceso a los recursos asociados al acceso a las infraestructuras de obra civil necesarios para la plena operatividad de la obligación, entre los cuales destacarían los servicios de ubicación en centrales, el cableado, los enlaces de conexión de equipos o entrega de señal, alimentación de equipos y los sistemas de información relevantes, así como modalidades de compartición de instalaciones. Estos recursos se proporcionarán en las centrales cabecera FTTH.*
- d. Dar acceso a terceros a los sistemas de apoyo operativos o a sistemas informáticos con funciones similares, habilitados al efecto.*
- e. No discriminar o limitar el suministro del acceso por razones tecnológicas, de arquitectura de red o de funcionalidad de la misma, o por la actividad del operador”.*

Las obligaciones de acceso y transparencia establecidas en la citada Resolución han permitido la configuración de una oferta de acceso mayorista a las infraestructuras pasivas de Telefónica (Oferta Marco) que se encuentra a disposición de los operadores alternativos para el despliegue de su propia red.

Una vez sentado lo anterior, se debe analizar la solicitud de acceso realizada por Fonotex con el fin de determinar la procedencia de la presente medida cautelar.

## **2. Solicitud de acceso efectuada por Fonotex.**

La obligación de acceso a las infraestructuras de obra civil impuesta a Telefónica tiene como objetivo fundamental asegurar el desarrollo de un entorno de competencia efectiva en los mercados de banda ancha sometidos a regulación.

En particular, y dada la importancia de los costes derivados del uso de infraestructuras pasivas para el despliegue de red propia (que como ya se ha señalado por esta Comisión en diversas ocasiones oscila entre el 50% y el 80%<sup>4</sup> de los costes totales del despliegue), la Oferta Marco asegura la puesta a disposición de terceros de la infraestructura asociada a

<sup>4</sup> A este respecto la Resolución de los Mercados 4 y 5 establece expresamente que *“En relación con los costes cabe repetir lo que ya ha señalado tanto esta Comisión como la Comisión Europea y el ERG: los costes de las infraestructuras de obra civil suponen entre el 50 y el 80% de los costes totales del despliegue de una red de comunicaciones electrónicas”.*



la red legada de Telefónica, con el objetivo de permitir el desarrollo de redes alternativas a la del operador declarado con poder significativo de mercado. En definitiva, la Oferta Marco crea los incentivos necesarios para el fomento de la inversión por parte de terceros operadores, lo cual en última instancia redundará en beneficio de los usuarios finales que pueden beneficiarse de una mayor variedad en los servicios puestos a su disposición.

Para asegurar la consecución del citado objetivo, la Resolución de los Mercados 4 y 5 fijó unos criterios generales respecto al ámbito de aplicación de la Oferta. Estos parámetros fueron concretados con posterioridad en las Resoluciones de 19 de noviembre de 2009<sup>5</sup> y 8 de abril de 2010<sup>6</sup>.

De la lectura de las citadas resoluciones se desprende que la Oferta Marco debe estar disponible para todos aquellos operadores de comunicaciones electrónicas que vayan a desplegar redes NGA, siendo el objetivo último el asegurar que dichos despliegues redunden en la prestación de servicios minoristas de banda ancha.

Así se establece expresamente en la Resolución de fecha 26 de mayo de 2009, por la que se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución de los Mercados 4 y 5, donde se establece expresamente que *“[e]n particular, la obligación de acceso es de contenido necesariamente genérico (obligación de atender las solicitudes razonables de acceso), por lo que en principio no debe limitarse en función del uso que vaya a hacer el operador alternativo de tal infraestructura, siempre y cuando el despliegue a efectuar redunde en la prestación de servicios minoristas de banda ancha (fija o móvil)”*.

Asimismo, esta Comisión ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse, en la precitada Resolución de 8 de abril, respecto de los posibles *“usos indebidos”* que los operadores podrían realizar de la Marco (entrega de señal para OBA, redes privadas, etc.)

A este respecto la Resolución citada estableció que *“cuando TESAU considere que se está haciendo un mal uso de las canalizaciones (por ejemplo para redes privadas), debe aportar documentación que debidamente lo acredite e interponer conflicto de acceso ante esta Comisión, al objeto de que ésta constate debidamente (vía inspección si es preciso) lo denunciado por TESAU”*.

Asimismo se indica que *“cuando TESAU pueda acreditar que la solicitud de uso compartido de una determinada infraestructura no es para realizar despliegues de los previstos en el ámbito de la aplicación de la Oferta y, en general, de la obligación de acceso, esta Comisión resolverá el conflicto que pueda plantearse en su caso. En todo caso, y salvo que la CMT adopte una medida cautelar en sentido contrario en el seno del conflicto, TESAU habrá de conceder el acceso solicitado”*.

---

<sup>5</sup> Resolución de 19 de noviembre de 2009 sobre el análisis de la Oferta de acceso a conductos y registros de Telefónica y su adecuación a los requisitos establecidos por la CMT.

<sup>6</sup> Resolución de 8 de abril de 2010 por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por varias entidades contra la Resolución de 19 de noviembre de 2009.



Atendiendo a los anteriores presupuestos, debe valorarse la procedencia de adoptar una medida cautelar, tal como solicita Telefónica, en relación con la solicitud de acceso formulada por Fonotex.

Sobre la base de la documentación aportada al presente expediente, así como de la información hallada en la página web del Ayuntamiento de Camas, se ha podido comprobar preliminarmente lo siguiente:

- Con fecha 27 de marzo de 2010 el Ayuntamiento de Camas hizo pública la convocatoria de dos procedimientos negociados, sin publicidad, para la implementación de los siguientes Proyectos:

1) Creación de una red de área metropolitana para la interconexión de las sedes municipales e implantación de Telefonía IP.

De conformidad con el Proyecto Técnico publicado por el Ayuntamiento de Camas, el objeto del contrato es:

*“describir las necesidades del Ayuntamiento de Camas, consistentes en la creación de una Red Corporativa mixta de Fibra Óptica y Cable con capacidad Multiservicio, y soporte a protocolos tiempo real (RTP), para la interconexión de las dependencias municipales y la implantación de la telefonía IP en todas ellas.”*

Además, se establece que los objetivos a corto y medio plazo de la interconexión de las sedes municipales y la implantación de la telefonía IP son los siguientes:

- *“Eliminar las cuotas de líneas telefónicas, ADSL y otros servicios de comunicaciones en las dependencias municipales, centralizando la salida de voz y datos (Internet), en un solo punto (Edificio Ayuntamiento) [....]”*
- *“Contar con una Red IP, que conecte todas las sedes existentes en el área urbana con el centro de almacenamiento y proceso de datos (CPD), instalado este en la sede central (Ayuntamiento), [....]”*
- *“Contar con una Red Corporativa que facilite la implantación de cámaras IP y otros servicios de videovigilancia o seguridad, en las distintas dependencias de la Ayuntamiento, [...]”*

Tal y como se especifica en el propio Proyecto técnico, las sedes municipales a las que se desea llegar con esta red de área metropolitana serán las siguientes: *“Ayuntamiento, Biblioteca, Centro Multifuncional, Servicios Sociales, Policía Local, Centro de la Mujer, Pabellón de deportes, Centro Drogodependencia, Recogida de Residuos Sólidos, Almacén Municipal y Central Pública de Telecomunicaciones”.*

Con fecha 5 de mayo, el citado Proyecto fue adjudicado a Nextiraone, entidad no inscrita en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.



2) Creación de una infraestructura de telecomunicaciones para instalar el cableado en la casa consistorial y el resto de dependencias municipales del Ayuntamiento de Camas.

De conformidad con el pliego de condiciones técnicas y administrativas el objeto del citado Proyecto consiste, por un lado, en la implantación del cableado horizontal estructurado para voz y datos en el edificio de la Casa Consistorial y en el resto de las dependencias municipales y, por otro lado, en instalar un punto de acceso WIFI para acceso público a Internet, el cual se ubicará en la plaza del Ayuntamiento.

Con fecha 25 de mayo el citado Proyecto fue adjudicado a Fonotex, entidad inscrita en el Registro de Operadores con fecha 15 de julio de 2010, aunque no para el despliegue de una red de fibra óptica.

- Con fecha 12 de agosto de 2010, Fonotex solicita a Telefónica darse de alta en el SGO y en NEON sin aportar ningún tipo de documentación, motivo por el cual, con fecha 18 de agosto, Telefónica le requiere mayor detalle de los servicios que pretende prestar.

Con fecha 19 de noviembre de 2010, Telefónica le informa de que su solicitud de adhesión a la Oferta Marco no se ajusta a los requisitos regulatorios impuestos por la CMT dado que, por la información facilitada, Fonotex tiene intención de desplegar una red mixta de fibra óptica y cable para la ejecución del proyecto de *“Infraestructuras de Telecomunicaciones para la creación de una red de área metropolitana para la interconexión de las sedes municipales e implantación de Telefonía IP”*.

Telefónica indica que lo anterior se deduce de los múltiples intercambios comerciales llevados a cabo entre ambos operadores, destacando el correo electrónico de 3 de noviembre de 2010, donde Fonotex aclara el motivo por el que solicita su adscripción al Servicio Marco:

*“[...] la obra de la que es adjudicatario NEXTIRAONE ESPAÑA denominada “Infraestructura de Telecomunicaciones para la creación de una Red de Área Metropolitana para la Interconexión de las Sedes Municipales e Implantación de la Telefonía IP” en la que FONOTEX solamente actúa como operador.*

*En este proyecto es donde FONOTEX como operador legalmente establecido solicita acceso al acuerdo MARCO para dar los servicios para los que ha sido contratado ([...] y conexión con fibra óptica contra el CPD del Ayuntamiento).”*

- No obstante lo anterior, Telefónica autorizó la adhesión de Fonotex al Servicio Marco, en virtud de una declaración de Fonotex por la que se comprometía a hacer uso de tal servicio de conformidad con la regulación vigente, remitida a Telefónica en fecha 12 de noviembre de 2010.
- Sin embargo, con fechas 28 de diciembre de 2010 y 28 de enero de 2011 respectivamente, Telefónica ha recibido dos solicitudes cuyo objeto es desplegar red de fibra desde la Sala OBA donde se encuentra ubicada Fonotex hasta la salida lateral de la Biblioteca Municipal de Camas, según se desprende de la documentación presentada.



A juicio de Telefónica estas dos solicitudes demuestran que Fonotex pretende utilizar sus canalizaciones con el objeto de desplegar una parte de la red troncal descrita en el Proyecto de creación de una red de área metropolitana para la interconexión de las sedes municipales e implantación de Telefonía IP. De hecho, la propia Fonotex reconocía en su correo electrónico de 3 de diciembre de 2010 que el motivo de su adhesión al Servicio Marco se encuentra en el proyecto de creación de dicha red metropolitana.

De lo analizado hasta este momento se deduce, de forma preliminar, la existencia de suficientes indicios que demuestran que Fonotex podría estar solicitando acceso a las canalizaciones de Telefónica para conectar determinadas sedes municipales mediante el despliegue de fibra óptica. Esta red, según se desprende de lo expuesto en el Pliego de prescripciones técnicas del Proyecto, sería explotada en régimen de autoprestación, sin que sobre la base de la información disponible pueda concluirse que sobre ellas se vaya a prestar ningún servicio disponible a terceros, salvo por un punto de acceso a Internet que se pretende instalar en la plaza del Ayuntamiento del municipio. Esto es, el proyecto que el Ayuntamiento ha adjudicado a Nextiraone para el desarrollo de una red corporativa municipal parece subcontratar el despliegue de una red privada para el Ayuntamiento.

Por otra parte, el contrato adjudicado a Fonotex tampoco se refiere a una red pública que pueda beneficiarse de un acceso al Servicio Marco, puesto que tiene por objeto la implantación del cableado interior de la Casa consistorial y otros edificios municipales.

Por tanto, existen dudas sobre la razonabilidad de la solicitud de acceso de la entidad Fonotex, por lo que esta Comisión deberá llevar a cabo, conforme a lo establecido en la Resolución de 8 de abril de 2010, un análisis de la citada solicitud a fin de comprobar si los despliegues que pretende realizar Fonotex se encuadran dentro del ámbito de aplicación de la Oferta Marco.

Por tanto, hasta la resolución del presente conflicto, y dado que existen indicios razonables de que la solicitud del Fonotex podría no encuadrarse dentro de los usos razonables de los servicios recogidos en la Oferta Marco, esta Comisión entiende que la solicitud de Telefónica se encuentra suficientemente motivada, concurriendo el *fumus boni iuris* para la adopción de la presente medida cautelar.

### **c) Necesidad y urgencia de la medida.**

Es preciso que la adopción de la medida cautelar sea necesaria para asegurar la eficacia de la posible resolución a adoptar, esto es, que el ritmo del proceso no perjudique fatalmente a quien acude al mismo solicitando tutela. Como se detalla a continuación, en este expediente concurre el segundo presupuesto para la adopción de la medida, toda vez que en el supuesto de no adoptarse la medida cautelar, se podrían ocasionar perjuicios irreversibles.

En efecto, la no imposición de la presente medida cautelar tendría como consecuencia inmediata la obligación de Telefónica de dar acceso a la infraestructura solicitada por



Fonotex, con las implicaciones que dicha obligación tendría no sólo sobre el operador obligado a facilitar el acceso (Telefónica), sino también sobre la propia operadora solicitante (Fonotex), en caso de que en la resolución definitiva del procedimiento se estimase la solicitud de Telefónica respecto a la ausencia de razonabilidad del acceso requerido.

En cuanto a las circunstancias de urgencia concurrentes, Telefónica ha manifestado que en fecha 17 de marzo habría de llevarse a cabo el replanteo con Fonotex. La proximidad de dicha fecha con la solicitud de la medida (y su solapamiento con la adopción de la misma) determina la inmediatez en la adopción de la presente medida. Así, la adopción de la medida "inaudita parte", sin audiencia de Fonotex, se ha considerado necesaria en virtud de las circunstancias de urgencia y razonabilidad que concurren en el presente supuesto, sin perjuicio de que la posibilidad de alegación ulterior por los interesados de cuantas circunstancias fueran pertinentes y de la eventual modificación de la medida al amparo de lo dispuesto en el artículo 72.4 de la Ley 30/1992.

En definitiva, con el fin de evitar los perjuicios que la instalación y la consecuente desinstalación (en caso de que esta Comisión considere que la solicitud de acceso no es razonable) de la red de Fonotex podría ocasionar a los afectados, y con el fin de evitar la pérdida del efecto útil de las medidas que se adopten en la resolución definitiva, resulta apropiada y ajustada a Derecho la adopción de la presente medida cautelar, conforme a la cual se suspende la obligación de acceso impuesta a Telefónica de conformidad con la regulación actual.

#### **d) Proporcionalidad de las medidas e inexistencia de perjuicios.**

Las medidas cautelares propuestas son idóneas y plenamente respetuosas con el principio de proporcionalidad<sup>7</sup>, habiéndose llevado a cabo la necesaria ponderación entre el interés público que trata de satisfacer la actuación administrativa y los posibles perjuicios que se podrían irrogar a los afectados por la misma. En este sentido, las medidas cautelares que se acuerdan por medio de la presente Resolución no violan derechos amparados por las leyes ni ocasionan perjuicios de difícil o imposible reparación (artículo 72.3 de la LRJPAC).

La adopción de esta medida cautelar se considera proporcionada a las circunstancias que concurren en el presente procedimiento, porque no hacen sino asegurar el cumplimiento de las medidas que esta Comisión pueda adoptar en la Resolución definitiva que dicte a tal efecto. La medida propuesta, por la que se permite a Telefónica a dejar en suspenso la solicitud de acceso a la Oferta Marco efectuada por Fonotex, hasta la resolución definitiva del procedimiento, es lo menos intrusiva posible atendiendo tanto a los intereses de la entidad que ha solicitado la medida cautelar como a los de la entidad que ha solicitado el

---

<sup>7</sup>El principio de proporcionalidad exige que los medios adoptados sean adecuados para lograr el objetivo perseguido y no rebasen los límites de lo que resulta necesario para su logro, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos, ver asunto C-331/88, *Fedesa*, sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1990.



acceso, dado que lo contrario podría suponer unos perjuicios irreparables para ambas entidades.

Es decir, la medida resulta idónea para el objetivo perseguido, evitar la instalación de una red de fibra óptica que, con posterioridad, podría tener que ser retirada.

Teniendo en cuenta lo que antecede, puede concluirse que la medida analizada es plenamente consecuente con el principio de proporcionalidad y tiene carácter idóneo para cumplir con el objetivo perseguido, por lo que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones entiende que procede adoptarla de forma urgente en sede cautelar.

En virtud de las consideraciones de hecho y de derecho expuestas, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

### RESUELVE

**ÚNICO.-** Adoptar, en el seno del presente procedimiento, la medida cautelar consistente en suspender la obligación de Telefónica de España, S.A. de facilitar el acceso al Servicio Marco a la entidad Fonotex, S.A.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), 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, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, 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, Reinaldo Rodríguez Illera.***