



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 nº 42/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 13 de diciembre de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN FORMULADO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE FECHA 28 DE JULIO DE 2005, RELATIVA A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES SOBRE LAS OBLIGACIONES DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN RELACIÓN CON DETERMINADAS DIFICULTADES SURGIDAS EN EL PROCESO DE ELEVACIÓN DE VELOCIDADES.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA (en adelante, TESAU), contra la citada Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de julio de 2005, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 42/06 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 13 de diciembre de 2006, recaída en el expediente AJ 2005/1308

HECHOS

PRIMERO. En fecha 28 de julio de 2005, y en el marco de la tramitación del expediente DT 2005/1069 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó una Resolución por la que se adoptaron una serie de medidas cautelares sobre las obligaciones de TESAU en relación con determinadas dificultades surgidas en el proceso de elevación de velocidades ADSL.

La citada Resolución acordó lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Única. Telefónica de España, SAU deberá llevar a cabo la elevación de velocidades en las conexiones GigADSL de operadores alternativos, en los términos y plazos fijados en la Resolución de esta Comisión de 19 de mayo de 2005.

Esta medida puede suponer que TESAU deba dar prioridad, en tanto no se resuelva el presente expediente, a las conexiones GigADSL de los operadores alternativos, frente a otras líneas ADSL servidas por los mismos DSLAM. Dicha medida se presume viable por cuanto que, con datos a fecha 30 de junio, estas conexiones cuya velocidad ha de elevarse de manera prioritaria, representan únicamente el 13,3% de las líneas con ADSL en modalidad reducida, y el 11,3% del conjunto de líneas ADSL soportadas en infraestructura ADSL de TESAU.”

SEGUNDO.- El día 5 de septiembre de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU, por el que se interponía recurso potestativo de reposición contra la resolución de esta Comisión referida en el antecedente de hecho anterior.

La recurrente mostraba su disconformidad con la Resolución impugnada sobre la base de las siguientes alegaciones:

- Falta de presupuestos básicos para la adopción de la medida cautelar. Vulneración del artículo 48.12 de la Lgtel y 72.1 de la LRJPAC. Nulidad de pleno derecho artículo 62.1 e) y 62.2 de la LRJPAC
- Nulidad de pleno derecho de la medida cautelar por vulnerar derechos susceptibles de amparo constitucional. Artículo 24 de la Constitución en relación con el artículo 62.1 y 62.2 de la LRJPAC.
- Vulneración del ordenamiento jurídico artículo 72.3 de la LRJPAC. Nulidad de pleno derecho en relación con los artículos 61.1 a) y 62.2 de la LRJPAC
- Desproporción de la medida cautelar
- Vulneración del artículo 54.d) de la LRJPAC
- Nulidad de pleno derecho por imposibilidad de cumplir la medida

“Con carácter previo a la resolución del recurso interpuesto, la recurrente solicitó la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida en aplicación del artículo 111 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sobre la base de los siguientes argumentos: por considerar, de un lado, que existían obstáculos técnicos insalvables que no hacían posible la aplicación estricta de la misma, y de otro, que el cumplimiento de dicha resolución obligaba a Telefónica a una discriminación entre sus clientes y por tanto a ir contra normas y principios básicos.

En concreto, por lo que respecta a la imposibilidad de cumplimiento de la medida cautelar adoptada, TESAU expuso lo siguiente:

- Los DSLAM afectados se corresponden con los que TESAU denomina nodos remotos subtendidos, y son empleados para dar servicio en zonas remotas y poco pobladas. En estos nodos, que atienden como máximo a unas decenas de usuarios, se emplean sistemas de transporte adecuados a la limitada disponibilidad de infraestructura existente



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(pares de cobre, radioenlaces de baja capacidad), que en ningún caso superan los 8 Mbit/s.

- La sustitución de los enlaces actuales por otros de mayor capacidad (uno o varios E1 sobre pares de cobre por STM1 sobre fibra óptica, o bien radioenlaces actuales por otros de alta capacidad) requieren un elevado volumen de inversiones. Además, es necesario tener en cuenta los posibles retrasos debidos a la obtención de los permisos asociados al despliegue en planta externa, así como la ejecución de las obras.
- La situación dinámica de los recursos de red, y el deseo de TESAU de que el número de DSLAM afectados por los problemas de saturación fuera el mínimo posible, han motivado que la comunicación a los operadores no se hubiera realizado hasta el 4 de julio de 2005.

TERCERO.- A través de sendos escritos de 19 de septiembre de 2005, esta Comisión comunicó el inicio del procedimiento correspondiente a los interesados, conforme a lo previsto en los artículos 42.4 y 112.2 de la LRJPAC.

CUARTO.- Con fecha 28 de septiembre de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) de fecha 27 de septiembre del mismo año, por el que se opuso a los motivos esgrimidos por la recurrente como fundamento de la suspensión.

En contra de lo argumentado por la recurrente, ASTEL considera, que bastaría con que TESAU dedicara los recursos suficientes a las labores de duplicación, para dar cumplimiento a la medida cautelar establecida mediante la Resolución de 28 de julio de 2005. Asimismo, añadía la citada entidad, que si era cierta la afirmación de que ampliar ciertos medios de transmisión relacionados con algunos DSLAM era algo imposible para TESAU, ignoraba cómo podía gestionar varios millones de usuarios de ADSL y 18 millones de líneas de acceso.

QUINTO.- El consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolvió, con carácter previo, sobre la suspensión de las medidas cautelares adoptadas mediante Resolución de 29 de Septiembre de 2005, acordando la suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución del Consejo de fecha 28 de julio de 2005, relativa a la adopción de medidas cautelares sobre obligaciones de Telefónica de España, S.A.U. en relación con determinadas dificultades surgidas en el proceso de elevación de velocidades ADSL, detectadas en los 434 DSLAM que sufren limitaciones en la capacidad de transmisión.

SEXTO.- Con fecha 13 de octubre de 2005 entró en el registro de la comisión un escrito de ASTEL fechado el día 11 anterior mediante el cual presentaba las alegaciones en trámite de audiencia y se oponía a lo solicitado por Tesau, reiterando los argumentos expuestos en sus alegaciones relativas a la suspensión, antes referidas y alegando sobre la cuestión de fondo que la medida cautelar impuesta fue adoptada ante un comportamiento unilateral de Tesau mediante el cual, se inaplicaba la resolución de 19 de mayo de 2005 a los operadores clientes del servicio mayorista de acceso indirecto al bucle de abonado. La medida cautelar se dirigía a impedir que Tesau pudiera negarse a duplicar líneas de los operadores alternativos mediante el simple procedimiento de declarar que ciertos DSLAMs se encontrasen "saturados" en vez de tomar las medidas para que dicha duplicación fuera



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

posible, tratando de evitar con ello que la decisión de Tesau de no adoptar a tiempo las medidas necesarias de adaptación de su red, limitara sus efectos a sus propios clientes, sin que pudiera dar lugar a efectos sobre los operadores alternativos que debían confiar legítimamente en el cumplimiento de la resolución que puso fin al expediente 2005/418.

ASTEL basaba su defensa de la resolución recurrida por TESAU, analizando los argumentos expuestos de contrario en tres puntos. El primero, la imposibilidad material de la primera parte de la medida cautelar; es decir la imposibilidad de realizar la ampliación o sustitución de determinados medios de transmisión de los denominados DSLAMs saturados y alegando que esa parte de la medida cautelar ya no tenía vigencia debido a la suspensión de la misma operada en virtud de la Resolución de 29 de septiembre de 2005. El segundo, a la ausencia de análisis de la "imposibilidad material" de la segunda parte de la medida cautelar; es decir, la exigencia de que TESAU diera prioridad a las conexiones GigADSL de los operadores alternativos, frente a otras líneas ADSL servidas por los mismos DSLAM., indicando que TESAU no había probado que el hecho de dar prioridad a unas conexiones sobre otras, incurriera en algún tipo imposibilidad material para su cumplimiento. El tercero, la supuesta ilicitud de la priorización ordenada por la medida cautelar.

SÉPTIMO.- Posteriormente y con fecha 27 de Octubre de 2005 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución sobre las obligaciones de Telefónica de España, S.A.U en relación con determinadas dificultades surgidas en el proceso de elevación de velocidades ADSL que ponía fin a ese expediente antes referido DT 2005/1069.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia para resolver.

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al órgano que lo hubiera dictado, en este caso, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

SEGUNDO.- Admisión a trámite.

En el escrito presentado por TELEFÓNICA por el que se interpone recurso de reposición contra la resolución de esta Comisión referida en el antecedente de hecho primero, se viene a solicitar la nulidad de la medida cautelar adoptada y subsidiariamente la modificación o reforma de su contenido teniendo en cuenta las dificultades existentes en los DSLAM identificados y que indicando las elevaciones de velocidad se deben realizar sin discriminación hacia los clientes mayoristas GigADSL y aplicando en su caso, las medidas expuestas en el antecedente de hecho cuarto.

Habida cuenta que el recurso potestativo de reposición presentado por TELEFÓNICA, en el que se solicita la nulidad del acto impugnado, se interpone contra el acto expresado, que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

resulta susceptible del mismo según lo dispuesto por los artículos 107 y 116 de la LRJPAC, y dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, procede admitirlo a trámite

TERCERO.- Sobre la desaparición sobrevenida del objeto del recurso.

Conforme a lo expuesto en los Antecedentes de Hecho, TESAU solicita expresamente la nulidad de la medida cautelar adoptada o subsidiariamente que modifique o reforme su contenido teniendo en cuenta las dificultades existentes en los DSLAM identificados e indicando que las elevaciones de velocidad se deben realizar sin discriminación hacia los clientes mayoristas GigADSL y aplicando en su caso, las medidas expuestas en el antecedente de hecho cuarto.

Pues bien esas pretensiones expuestas en el recurso de reposición fueron resueltas por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones mediante la resolución de 27 de octubre de 2005.

En dicha Resolución se da respuesta a lo solicitado por Telefónica de España, S.A.U. en su recurso de reposición y por lo tanto no hay razón para volver a resolver sobre lo mismo, aunque en virtud de lo dispuesto en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación. En casos como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables. En este caso concreto se formuló un recurso de reposición contra una Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones mediante la cual se adoptaban una serie de medidas en sede cautelar en el marco de la tramitación de un procedimiento que posteriormente fueron confirmadas con la Resolución que ponía fin al mismo y por lo tanto se ha producido la desaparición del objeto de este recurso de reposición.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Único.- Declarar concluso el procedimiento de referencia iniciado a instancia de Telefónica de España, S.A.U. procediéndose al cierre y archivo del mismo sin más trámite, por desaparición sobrevenida del objeto del recurso, al estar lo solicitado por la recurrente resuelto en la resolución de este Consejo de 27 de octubre de 2005 que ponía fin al expediente DT 2005/1069.

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 el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, , 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 48.17 de la Ley, 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 del 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 SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera