



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 43/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 4 de diciembre de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 5 DE JUNIO DE 2008 SOBRE LA SOLICITUD DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. DE MODIFICACIÓN DE LOS NIVELES DE CALIDAD Y REGLAS DE PENETRACIÓN DE LA SEÑAL VDSL2 EN EL PLAN DE GESTIÓN DEL ESPECTRO DE LA OBA (DT 2007/639).

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. contra la resolución de fecha 5 de junio de 2008 sobre la solicitud de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. de modificación de los niveles de calidad y reglas de penetración de la señal VDSL2 en el Plan de Gestión del Espectro de la OBA (DT 2007/639), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 43/08 del día de la fecha, la siguiente Resolución:
(AJ 2008/1237)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

HECHOS

PRIMERO.- Resolución de 5 de junio de 2008

Con fecha 5 de junio de 2008 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó resolución sobre la solicitud de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. de modificación de los niveles de calidad y reglas de penetración de la señal VDSL2 en el Plan de Gestión del Espectro de la OBA (PGE).

A través del Resuelve de la citada Resolución, esta Comisión decidió lo siguiente:

*“**Primero.-** Establecer la obligación de Telefónica de modificar el capítulo 6 (Plan de Gestión del Espectro de la Planta de Abonado) de su Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA), sustituyéndolo por el contenido del Anexo a este informe.*

***Segundo.-** En el plazo de tres días hábiles desde la notificación de la presente resolución, Telefónica deberá actualizar y publicar la nueva OBA en su servidor hipertextual "<http://www.telefonicaonline.es>", poniendo al menos un ejemplar de ambas ofertas a disposición de los interesados en una de sus oficinas centrales en Madrid.”*

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por FRANCE TELECOM, S.A.

Con fecha 22 de julio de 2008 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito presentado en nombre y representación de FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (en adelante, FTE), por el que interpone recurso de reposición contra la citada resolución de 5 de junio de 2008 que puso fin al expediente DT 2007/639.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la resolución precitada al considerar que la misma es de imposible cumplimiento ya que los splitters de central actualmente instalados por TESAU para la provisión de accesos desagregados en modalidad compartida no son aptos para soportar la señal VDSL2.

En este sentido señala *“que la Resolución recurrida, que tiene por objeto incrementar la penetración admitida en la OBA del VDSL2 y que ha sido solicitada por TESAU para comercializar sin limitaciones de uso del espectro sus ofertas minoristas, deviene de imposible cumplimiento desde el momento mismo de su adopción. Efectivamente, mientras TESAU no sustituya los*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

splitters de central, de facto no cumplirá con el Plan del Espectro de la OBA, (sic) venía incumpliendo desde el año 2005 con respecto al ADSL2+ y con esta resolución lo hará también en relación al VDSL2, lo que resulta inaceptable”.

Por ello solicita la modificación de la resolución recurrida en el sentido de que se proceda a su “congelación” hasta que no esté definido y aprobado el procedimiento de sustitución de los splitters de central de TESAU. Asimismo solicita que se impida la comercialización por parte de TESAU de cualquier servicio minorista sobre VDSL2 hasta que sea efectiva la replicabilidad de los mismos por los operadores de desagregación de bucle en modo compartido, como consecuencia de la sustitución de los splitters de central.

La entidad recurrente fundamenta su solicitud sobre la base de las alegaciones presentadas en otro procedimiento en fase de instrucción actualmente por la Comisión bajo el número DT 2008/250, las cuales incorpora al presente recurso. En dichas alegaciones FTE manifiesta lo siguiente:

- Que es preciso que TESAU defina unos procedimientos de sustitución que garanticen la transparencia del proceso para el cliente, eliminando cualquier riesgo operativo que pudiera afectar a la continuidad del servicio.
- Que la Comisión debe imponer a TESAU la obligación de proceder a la sustitución de todos los splitters instalados para el servicio de FTE siguiendo un procedimiento plenamente definido con anterioridad, fijando el calendario, las ventanas de actuación en horario nocturno, las pruebas y comprobación que aseguren la correcta sustitución etc.
- Que el coste de la sustitución de los splitters deber ser asumido por TESAU, en la medida que ya está facturando a los operadores por un servicio de puesta a su disposición de las frecuencias no vocales del par mediante los conceptos de alta en servicio de desagregación compartida.
- Que TESAU debe suministrar en el plazo de tiempo más breve posible la información que caracteriza el comportamiento de los actuales splitters de central, así como de los nuevos splitters que está proponiendo introducir para VDSL2, tanto en central como en dependencia del usuario, tanto de los que pondrá a disposición de los operadores como los que utilizará para sus propios servicios.
- Que TESAU debe proponer un procedimiento para el puenteo o by-pass de los splitters para los casos en los que el operador renuncie expresamente a la inserción de un splitter sobre accesos desagregados compartidos para modalidades sin servicio telefónico básico proporcionado por TESAU, por considerar que pudiera estar afectando de algún modo a la calidad del medio sin estar aportando ninguna funcionalidad útil.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- Alegaciones presentadas por TESAU

Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 112.2 de la LRJPAC, mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se notificó a los interesados la apertura del procedimiento para que en el plazo de 10 días alegasen cuanto estimasen conveniente.

Con fecha 25 de agosto de 2008, tuvo entrada un escrito de alegaciones presentado por TESAU en el que, a modo de resumen, manifiesta lo siguiente:

- Que a la vista del recurso de reposición interpuesto por FTE se desprende que en realidad no se está solicitando la anulación o modificación de la Resolución recurrida, sino que simplemente se está utilizando este trámite procedimental para realizar una serie de manifestaciones que son más propias de un conflicto de interconexión o de denuncia.
- Que FTE no aporta ningún criterio objetivo, constatable e indubitado sobre la imposibilidad del cumplimiento de la resolución recurrida, por lo que debe decaer su pretensión.
- Que los servicios minoristas de acceso a banda ancha de TESAU son replicables actualmente, conforme a lo establecido en las distintas resoluciones de modificación de la OBA.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Admisión a trámite

La Resolución de esta Comisión de fecha 5 de junio de 2008 pone fin a la vía administrativa por lo que es recurrible en reposición, tal y como dispone el artículo 116 de la LRJPAC.

El recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, fundamentando su solicitud en la supuesta nulidad del acto recurrido sobre la base de lo dispuesto en el artículo 62 de la LRJPAC, tal y como exige el artículo 107 de la propia LRJPAC. Aun cuando no solicita expresamente la nulidad de la resolución, el hecho de fundamentar su escrito sobre la base de considerar la resolución recurrida de imposible cumplimiento supone la necesidad de admitir el recurso para analizar si concurre dicho vicio de nulidad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por todo ello, esta Comisión considera que el recurso ha sido interpuesto cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo, se han interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la citada Ley.

Teniendo en cuenta lo anterior, se admite a trámite el recurso de reposición referido en los antecedentes de la presente resolución, presentado contra la Resolución de esta Comisión de fecha 5 de junio de 2008.

SEGUNDO.- Competencia y plazo para resolver

La competencia para resolver el presente procedimiento corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

Asimismo, el presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, tal y como dispone el artículo 117.2 de la LRJPAC.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre el *petitum* de FTE en el recurso interpuesto

FTE solicita en su escrito de recurso dos cuestiones que, a su juicio, deben ser resueltas en la presente resolución:

- a) Que *“se modifique la resolución recurrida de 5 de junio de 2008 procediendo a la congelación de la misma en tanto que no esté definido y aprobado el procedimiento de sustitución de los splitters de central de TESAU”*.
- b) Que se impida la comercialización por parte de TESAU de cualquier servicio minorista sobre VDSL2 hasta que sea efectiva la replicabilidad de los mismos por los operadores de desagregación de bucle en modo compartido, como consecuencia de la sustitución de los splitters de central.

La entidad recurrente fundamenta sus solicitudes en la imposibilidad de dar cumplimiento a la resolución recurrida por la inadecuación de los splitters de central para los servicios con tecnología VDSL2 en modo de desagregación compartida, incorporando al presente recurso las alegaciones utilizadas en el procedimiento en curso, abierto en la Comisión con el número DT 2008/250.

Se desprende del tenor literal del recurso analizado, que aun cuando la fundamentación de base para sus pretensiones, y en consecuencia, la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

admisibilidad del presente recurso, se sustenta en la presunta imposibilidad de dar cumplimiento a la resolución recurrida, subyace en realidad que FTE no pretende su anulación, sino la paralización de su ejecutividad y la extensión de sus efectos a cuestiones ajenas al procedimiento del que trae causa.

La petición de “congelación”, que no anulación o reforma, y de imposición a TESAU de la obligación de no comercializar determinadas servicios, ponen de manifiesto dichas afirmaciones y delatan que la discrepancia con la misma no se encuentra en su actual contenido material, pues no se pretende la revisión del fondo y de la forma de la resolución, sino en el futuro desarrollo de los servicios cuya señal queda regulada en el PGE.

Dichas peticiones harían inviable la admisión a trámite del presente recurso, pues la revisión de cualquier resolución en vía de recurso requiere, ex artículo 107 de la LRJPAC, la solicitud de nulidad, anulación o reforma de la resolución por parte de los recurrentes, bajo el sustento de alguna de las causas de los artículos 62 y 63 de la LRJPA, pretensiones que no se vislumbran, ni se deducen en el recurso de FTE, ya que no se solicita una reforma de la resolución impugnada en dicho sentido.

Ahora bien, el hecho de fundamentar la impugnación sobre la base de la existencia de un motivo de nulidad de los previstos en el artículo 62 de la LRJPAC hace necesario analizar la Resolución de referencia, pues si la misma fuera de imposible cumplimiento, esta Comisión debería deducir su nulidad y dejarla sin efecto.

SEGUNDO.- Sobre la alegada imposibilidad de cumplimiento de la resolución de 5 de junio de 2008

La esencia de todo recurso de reposición descansa en la posibilidad de revisar un acto administrativo recurrible cuando éste contenga pronunciamientos disconformes a derecho, de tal manera que la administración, a través de la facultad de los ciudadanos de solicitar su revisión, pueda anular o reformar la decisión dictada con anterioridad.

No cabe duda de que la pretensión de revisión debe serlo única y exclusivamente en relación con los actos recurribles dictados en el procedimiento de que se trate. Por lo tanto, es indudable la importancia de determinar el objeto del procedimiento pues éste nos dirá, en cada momento, cuáles son los límites de la revisión del mismo, máxime si tenemos en cuenta que *“el recurso debe contraerse a la revisión de la conformidad del contenido del acto que se refuta con el ordenamiento jurídico, sin debatir cuestiones extrañas al contenido de aquél”*¹.

¹ STS de 17 de enero de 1986 (RJ 1986\1113)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No menos importante supone el análisis de las pretensiones de las partes en el procedimiento principal pues, siempre dentro del ámbito del objeto definido, determinarán qué cuestiones deberán y podrán ser tratadas en sede del recurso. En este sentido, conviene tener presente que según doctrina jurisprudencial reiterada *“la vía del recurso de reposición que siempre va dirigido contra una resolución anterior no puede plantear nueva cuestión que la Administración no haya examinado, porque cuando no se discrepa de ella, lo que realmente se está planteando es una cuestión nueva y no una vulneración de precepto aplicado y esto no es misión del recurso de reposición según se desprende de su normativa reguladora que no autoriza pedir beneficios no interesados con anterioridad, como son una nueva clasificación y valoración distinta”*².

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la resolución precitada al considerar que la misma es de imposible cumplimiento, ya que los splitters de central actualmente instalados por TESAU para la provisión de accesos desagregados en modalidad compartida no son aptos para soportar la señal VDSL2. Ello, según FTE, imposibilita la replicabilidad de cualquier oferta que TESAU pueda ofrecer con tecnología VDSL2 para operadores en modo de desagregación compartida.

La resolución de 5 de junio de 2008 puso fin al procedimiento relativo a la solicitud de TESAU de modificación de los niveles de calidad y reglas de penetración de la señal VDSL2 en el PGE. El objeto de dicho procedimiento, tal y como señala la propia resolución recurrida, es el análisis de la modificación del PGE definido en la OBA en relación con el despliegue de la señal VDSL2 desde central. Por lo tanto, cualquier imposibilidad de cumplimiento que se derive del expediente aludido deberá referirse necesariamente al PGE.

Un plan de gestión del espectro de la planta de abonado es el conjunto de reglas y procedimientos destinado a garantizar el despliegue de señales de diferentes tipos sobre la planta de abonado, de forma que se minimicen las interferencias y se optimice el uso del espectro de frecuencias. En efecto, la finalidad del Plan es la definición de las señales que pueden ser desplegadas en planta y las reglas para su introducción, y es a partir del momento en que una señal ha sido incluida en el plan que los operadores pueden prestar servicios basados en dicha señal utilizando las diversas modalidades de servicios mayoristas definidos.

Lo anterior supone que una hipotética imposibilidad de utilizar determinadas modalidades de servicios mayoristas para desplegar determinadas señales, como por ejemplo podría ser el acceso desagregado compartido y las señales VDSL2, no implicaría la imposibilidad de cumplimiento del PGE, en tanto que éste, como ya hemos señalado, no tiene por objeto desarrollar las modalidades

² Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1987 (RJ 1987/2979)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mayoristas sino simplemente definir las normas que deben seguirse si se despliega una señal con alguna de las modalidades mayoristas.

Por lo tanto, la imposibilidad de cumplimiento alegada por FTE no se refiere a la modificación del PGE, que es plenamente ejecutable ya que define perfectamente las reglas y procedimientos para garantizar el despliegue de las señales previstas en el mismo y FTE no prueba lo contrario, sino más bien a los servicios a desarrollar a partir de dichas señales, cuya ejecutividad no puede ser analizada en el presente recurso ya que se refiere a cuestiones que no han sido objeto del procedimiento principal.

En este sentido, conviene poner de manifiesto que la prestación de determinadas modalidades bajo las señales que definen en PGE, como son las nuevas modalidades de acceso indirecto mayoristas basadas en tecnología VDSL2, está siendo objeto de análisis por esta Comisión en el expediente DT 2008/250. En dicho expediente se está analizando la necesidad de sustitución de los splitters, las condiciones operativas y económicas de su sustitución, la viabilidad del *by-pass* de los filtros, así como la disponibilidad de las modalidades mayoristas que permitan la replicabilidad de los servicios minoristas de Telefónica basados en VDSL2. Por lo que deberá ser dicho procedimiento el que analice y resuelva las cuestiones planteadas por FTE en el presente recurso.

Analizar en el presente recurso cuestiones objeto de un expediente autónomo e independiente del procedimiento cuya resolución se impugna, supone una práctica contraria a derecho, proscrita además por la jurisprudencia que señala que *“la resolución del recurso no puede ser aprovechada, por obvia incompatibilidad, para introducir nuevas cuestiones que debieran ser objeto de expediente de promoción y sustanciación a virtud de separada resolución y expediente autónomo aunque afecte a materias conexas o concomitantes”*³.

En virtud de lo anterior, esta Comisión debe desestimar el recurso de reposición de la entidad FTE contra la Resolución de 5 de junio de 2008, por entender que la misma no contiene pronunciamientos ambiguos, indeterminados o ininteligibles, y no es inejecutable, condiciones éstas necesarias, según la jurisprudencia, para declararla de imposible cumplimiento⁴.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

³ STS de 1 abril 1986 (RJ 1986/4205)

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de mayo de 2000 (RJ2000/4363). Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8650).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. contra la resolución de fecha 5 de junio de 2008 sobre la solicitud de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. de modificación de los niveles de calidad y reglas de penetración de la señal VDSL2 en el Plan de Gestión del Espectro de la OBA (DT 2007/639) y confirmar la Resolución impugnada en sus propios términos.

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, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma 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 48.17 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 SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera