



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 número 13/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 16 de abril de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN SOBRE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2008 QUE PUSO FÍN AL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA SOBRE LA VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS A TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. RELATIVAS A SU SERVICIO MAYORISTA DE COMPARTICIÓN DE REGISTROS Y CONDUCTOS.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 13 de noviembre de 2008 por la que se puso fin al periodo de información previa en relación con la verificación del cumplimiento de las obligaciones impuestas a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. relativas al servicio mayorista de compartición de registros y conductos, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su Sesión número 13/09 del día de la fecha, la siguiente Resolución (Expediente número AJ 2009/270):

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de 13 de noviembre de 2008.

Con fecha 13 de noviembre de 2008 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución mediante la cual se puso fin al periodo de información previa en relación con la verificación del cumplimiento de las obligaciones impuestas a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adelante, TESAU) relativas al servicio mayorista de acceso y compartición de registros, conductos y obra civil (en adelante, Servicio MARCO); dicho procedimiento fue tramitado por medio del Expediente número DT 2008/1808.

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

<< Primero.- Proceder al archivo del expediente en relación con la verificación de la disponibilidad comercial del servicio mayorista de compartición de registros y conductos de Telefónica, y declarar concluso el período de información previa de referencia.

Segundo.- A la vista de las comprobaciones efectuadas del servicio mayorista de compartición de registros y conductos de Telefónica, y de acuerdo con el Resuelve Segundo de la Resolución de 31 de julio de 2008 relativa a los Recursos de Reposición interpuestos contra la Resolución de 8 de mayo de 2008, autorizar a Telefónica a desarrollar actividades de comercialización de servicios minoristas sobre FTTH. >>

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por VODAFONE.

Con fecha 19 de febrero de 2009 ha tenido entrada en el Registro General de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito presentado por la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, VODAFONE), presentado el día 16 de febrero de 2009, en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 13 de noviembre de 2008 a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la citada Resolución e invoca su nulidad de pleno derecho por falta de motivación y por vulneración del ordenamiento jurídico, al amparo de lo dispuesto en el artículo 62.1, letras a) y f), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), sobre la base de, fundamentalmente, las siguientes alegaciones:

1.- Falta de motivación suficiente de la Resolución recurrida, causándole indefensión y limitando sus derechos e intereses legítimos (nulidad de pleno derecho, artículo 62.1.a) de la LRJPAC).

VODAFONE alega que esta Comisión no habría podido comprobar que TESAU esté cumpliendo correctamente su Oferta mayorista de conductos y registros, el Servicio MARCO, ni en materia de plazos de suministro de información, ni sobre la ejecución eficiente de los procedimientos de suministro material de los servicios, al tomar como referencia únicamente un número escaso de solicitudes que existía en aquella fecha, y haber comprobado únicamente el plazo de respuesta y la fijación de una fecha para el replanteo. Por el contrario, la recurrente denuncia la existencia de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dilaciones indebidas y conductas obstaculizadoras por parte de TESAU, y concluye que el servicio mayorista de acceso a conductos y registros no está realmente disponible para los demás operadores, por lo que, a su juicio, esta Comisión no debería haber archivado el periodo de información previa.

2.- Infracción del ordenamiento jurídico al vulnerarse el principio de fomento de la competencia efectiva en el mercado y no promover una inversión eficiente en infraestructuras (nulidad de pleno derecho, artículo 62.1.f) de la LRJPAC).

VODAFONE manifiesta que la Resolución recurrida, al archivar las actuaciones de información previa, estaría vulnerando el principio de fomento de la competencia efectiva en el mercado e impidiendo la promoción de una inversión eficiente en infraestructuras establecido en el artículo 48.3.a) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y en su normativa de desarrollo, ya que concedería a TESAU una clara ventaja competitiva frente a los operadores alternativos. Manifiesta que, realmente, el Servicio MARCO aún no estaría de facto disponible ni operativo ni lo estaría a corto plazo, ni existiría aún un servicio de acceso indirecto “bitstream” sobre fibra disponible y, cuando exista, su velocidad estará limitada a 30 Mbps, mientras que TESAU ya habría hecho pruebas-piloto con usuarios finales y ya estaría desplegando fibra en zonas residenciales. Por todo ello entiende que no se le debería autorizar a prestar servicios minoristas comerciales sobre redes de acceso de fibra hasta que no se verificase la disponibilidad real para los operadores alternativos.

La recurrente alega, además, que la obligación para TESAU de dar acceso a su obra civil es una media necesaria pero no suficiente para garantizar la competencia en redes de acceso de nueva generación y la replicabilidad de las ofertas minoristas, y que debería complementarse con otros estudios de viabilidad técnica, económica y financiera, así como de otras medidas regulatorias complementarias como la puesta en marcha del servicio mayorista de acceso indirecto “bitstream” previsto sin limitación de velocidad y la inclusión de obligaciones de acceso al cableado interno de los edificios.

Por todo lo expuesto anteriormente, VODAFONE finaliza su escrito de interposición del recurso de reposición solicitando que se estime su recurso de reposición y, en consecuencia que se anule la Resolución del Consejo de esta Comisión de 13 de noviembre de 2008.

Asimismo solicitaba que mientras se sustancia el recurso de reposición se suspendiese la ejecutividad de todos los apartados impugnados de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resolución recurrida, al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2.b) de la LRJPAC.

TERCERO.- Notificación y trámite de información a los interesados.

Mediante los correspondientes escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechados el día 20 de febrero de 2009, se informó a la recurrente y al otro interesado, TESAU, del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición interpuesto por VODAFONE, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la LRJPAC, se dio traslado al otro interesado, TESAU, de una copia no confidencial del escrito de interposición del recurso de reposición interpuesto por VODAFONE y se le informaba de que disponía de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento si así lo estimaba conveniente a sus intereses.

CUARTO.- Resolución de 12 de marzo de 2009 denegando la solicitud de suspensión.

VODAFONE solicitó en su escrito de recurso que mientras se sustanciaba el recurso de reposición se suspendiese la ejecutividad de todos los apartados impugnados de la Resolución recurrida, al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2.b) de la LRJPAC y sobre la base de los siguientes motivos:

- Existencia de una norma jurídica que permita la adopción de la medida cautelar: La recurrente cita el artículo 48.12 de la LGTel y los artículos 72 y 111.2 de la LRJPAC.
- Apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*): Según la recurrente sería evidente porque la Resolución recurrida sería contraria a Derecho al dar por válido el servicio mayorista de compartición de registros y conductos erróneamente, sin suficiente motivación, y sin garantizar la replicabilidad de los servicios de TESAU.
- Necesidad y urgencia de la medida cautelar (*periculum in mora*): Según la recurrente, al no ser replicables los servicios de fibra de TESAU, si no se suspende se puede dar una alteración irreversible de la estructura competitiva del mercado minorista de banda ancha no subsanable por una Resolución posterior estimatoria, y provocando perjuicios comerciales irreparables para los operadores alternativos.
- Ponderación de los intereses en juego: Según la recurrente la medida cautelar solicitada sería proporcionada al fin de asegurar la eficacia de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

resolución definitiva, no perturbaría gravemente el interés general y no vulneraría ningún derecho de terceros, por lo que debería prevalecer el interés general de fomentar una competencia real y efectiva en el mercado de redes y servicios de banda ancha.

Con fecha 12 de marzo de 2009 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una Resolución por la que se denegó la suspensión solicitada por no concurrir los supuestos legales para ello establecidos en el artículo 111.2 de la LRJPAC.

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

<< ÚNICO.- Denegar la solicitud de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. para la suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución del Consejo de esta Comisión de 13 de noviembre de 2008 por la que se puso fin al periodo de información previa en relación con la verificación del cumplimiento de las obligaciones impuestas a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. relativas al servicio mayorista de compartición de registros y conductos. >>

QUINTO.- Alegaciones de TESAU.

TESAU efectuó alegaciones mediante un escrito cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 20 de marzo de 2009, en el cual se oponía a algunas de las pretensiones de la recurrente VODAFONE, alegando fundamentalmente lo siguiente:

5.1.- Improcedencia del recurso de reposición de VODAFONE.

TESAU alega que la resolución recurrida de 13 de noviembre de 2008, y la Resolución de 22 de enero de 2009 de definición y análisis de los Mercados 4 y 5 (MTZ 2008/626), consideran el Servicio MARCO como una Oferta de Referencia que debe ser presentada por TESAU a esta Comisión en el plazo de un mes desde la publicación en el Boletín Oficial del Estado, es decir, el día 18 de marzo de 2009, por lo que el recurso de VODAFONE, interpuesto el día 16 de febrero de 2009, sería improcedente por extemporáneo.

Asimismo opina que muchas de las alegaciones de VODAFONE, y en especial las alegaciones contenidas en los puntos 2.2 y 2.3 de su recurso, no son procedentes contra el archivo de un periodo de información previa y no pueden ser consideradas motivo de nulidad porque no son objeto del mismo, sino que deberían haberse planteado en el curso de la tramitación de otros procedimientos, particularmente en el relativo a las medidas cautelares de los Mercados 4 y 5 (AJ 2008/1006) y en los de definición y análisis de dichos mercados (MTZ 2008/626) y de imposición de medidas simétricas en las nuevas redes internas de los edificios (MTZ 2008/965), o



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en eventuales recursos contra las Resoluciones que finalizaron los mismos; concretamente cita que tanto TESAU como VODAFONE, por diferentes razones, han recurrido en reposición la Resolución de 22 de enero de 2009 de definición y análisis de dichos Mercados 4 y 5 (tramitado en el Expediente AJ 2009/296), que entre otras cuestiones impone a la primera obligaciones de acceso a conductos y obra civil.

5.2. Inexistencia de falta de motivación, indefensión ni de limitación de derechos e intereses legítimos de la recurrente.

TESAU alega que la Resolución recurrida está suficientemente motivada y que no general indefensión, y que el Servicio MARCO sí está disponible para los operadores en pruebas desde julio de 2008, y en entorno real está plenamente operativo desde el día 16 de septiembre de 2008. Todo ello en las condiciones y plazos fijadas por esta Comisión (que entre otras cosas establece obligaciones para un listado de centrales, no para todas las de la red de TESAU).

Asimismo niega que por su parte se estén produciendo dilaciones en los trámites o en los tiempos de respuesta “desde septiembre de 2008”, ni tampoco que exista ocultación de información ni denegación de capacidad vacante, sino que sería VODAFONE la que ha efectuado tardíamente las primeras solicitudes de información de vacantes y de uso compartido, y algunas de las mismas contendrían datos erróneos o se habrían tramitado de manera incorrecta.

Por todo ello opina que el recurso obedecería únicamente a una “táctica dilatoria” de VODAFONE para intentar retrasar la comercialización de los servicios minoristas de banda ancha sobre fibra óptica de TESAU.

5.3.- Ausencia de vulneración del principio de competencia efectiva en el mercado e inexistencia de infracción del ordenamiento jurídico.

TESAU niega que goce de ventajas competitivas derivadas de la resolución recurrida y afirma la suficiencia de la obligación de acceso a canalizaciones y obra civil para garantizar la competencia en redes de nueva generación, pues en su opinión esta Comisión ya habría adoptado las medidas adecuadas para garantizar la competencia efectiva en el despliegue de redes de acceso de fibra óptica mediante sus Resoluciones relativas a las medidas cautelares de los Mercados 4 y 5 (AJ 2008/1006) y en los de definición y análisis de dichos mercados (MTZ 2008/626) y de imposición de medidas simétricas en las redes internas de los edificios (MTZ 2008/965).

En concreto ya en la Resolución del Consejo de 31 de julio de 2008 (AJ 2008/1006) se verificó que el acceso a la obra civil estaba entonces disponible para los operadores y se levantó la medida cautelar en ese punto



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(aspecto confirmado en la Resolución de 13 de noviembre de 2008 objeto del recurso de VODAFONE), fijando como fecha efectiva de disponibilidad del servicio el 16 de septiembre de 2008.

Por todo ello concluye que el tiempo del que han dispuesto los operadores para desplegar sus redes de fibra óptica (desde el 16 de septiembre de 2008) ha sido equivalente o incluso mayor que el que ha dispuesto TESAU para comercializar sus servicios minoristas sobre fibra (desde el 13 de noviembre de 2008, casi 2 meses después), por lo que no habría disfrutado de ventaja competitiva alguna, y si los otros operadores no han desplegado fibra antes habría sido por una decisión autónoma.

En cuanto a la supuesta imposibilidad de los operadores de replicar las ofertas minoristas de TESAU mientras no se concreten las obligaciones simétricas relativas a las redes internas de los edificios, TESAU argumenta nuevamente que tampoco es objeto de la resolución recurrida sino de la del procedimiento tramitado al efecto, culminado con la Resolución del Consejo de 13 de febrero de 2009 (MTZ 2008/965), por lo que si se discrepa sobre las obligaciones regulatorias impuestas deberá recurrirse dicha Resolución y no la de 13 de noviembre de 2009.

TESAU solicita asimismo que determinados datos e informaciones de carácter sensible contenidas en el mismo y en sus anexos, y relativos a determinados aspectos de las relaciones comerciales entre ambos operadores, sean declarados confidenciales frente a terceros por contener información y datos sensibles que pueden afectar al secreto comercial e industrial de ambos operadores.

SEXTO.- Declaración de confidencialidad de parte del escrito de alegaciones de TESAU.

A la vista de la solicitud de TESAU, una vez analizados las informaciones y datos contenidos en su escrito de alegaciones de 20 de marzo de 2009 y en sus anexos, que contienen todos ellos determinados datos e informaciones relativos exclusivamente sus relaciones comerciales y operativas con VODAFONE en el marco de la aplicación de la Oferta mayorista de acceso a conductos y obra civil, y previa ponderación entre el interés de la entidad en que se declare su confidencialidad y el interés posible de terceros a conocer el contenido de dichos datos y documentos, mediante la Resolución del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 26 de marzo de 2009 se declaró la confidencialidad frente a terceros de parte de los datos e informaciones contenidas en el escrito de alegaciones de TESAU, así como de los 5 anexos documentales del mismo, por contener información y datos sensibles que pueden afectar al secreto comercial e industrial de ambos operadores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dicha Resolución fue comunicada a los interesados en el presente procedimiento, TESAU y VODAFONE, mediante un escrito de esta Comisión fechado el mismo día.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación y admisión a trámite.

En el escrito presentado por VODAFONE interponiendo un recurso potestativo de reposición contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 13 de noviembre de 2008, se solicita expresamente la suspensión de la ejecución de la citada Resolución impugnada.

El artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, 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 LRJPAC.

El artículo 116 de la LRJPAC prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en reposición ante el mismo órgano que lo hubiera dictado, y 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.

La recurrente VODAFONE califica expresamente su escrito como recurso de reposición y ha sido interpuesto 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 del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa (artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; en adelante, LGTel), resulta procedente calificar el escrito de VODAFONE, presentado el día 16 de febrero



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de 2009 y recibido en esta Comisión el día 19 de febrero de 2009, como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 13 de noviembre de 2008, y admitirlo a trámite.

SEGUNDO.- Competencia para resolver.

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

El citado recurso deberá ser resuelto, y su Resolución notificada, en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del mismo, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley, y siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre la motivación de la Resolución recurrida.

VODAFONE alega en su recurso que la Resolución recurrida no está suficientemente motivada ya que esta Comisión no habría podido comprobar el Servicio MARCO se esté prestando correctamente por parte de TESAU, ni en materia de plazos de suministro de información, ni sobre la ejecución eficiente de los procedimientos de suministro material de los servicios, ya que para la comprobación se habrían tomado como referencia únicamente un número escaso de solicitudes y se habría comprobado únicamente el plazo de respuesta y la fijación de una fecha para el replanteo.

Frente a esas alegaciones de falta de motivación hay que contestar, en primer lugar, que la recurrente se limita a efectuar dichas alegaciones de manera genérica y sin aportar prueba alguna al respecto, por lo que no cabe sino reiterar que la Resolución del Consejo de esta Comisión de 13 de noviembre de 2008 cuenta con la suficiente motivación jurídica, y se adoptó en el ejercicio de las competencias regulatorias previstas en el artículo 48 de la LGTel así como la normativa de desarrollo de la misma, y de conformidad con lo establecido en la LRJPAC, cuyo artículo 69.2 regula los periodos de información previa, que no son procedimientos administrativos sino meras actuaciones informativas previas sin efectos jurídicos inmediatos y cuyo único fin será, o el inicio de la tramitación de un procedimiento formal, o el cierre y archivo de las actuaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En concreto, en lo referente a la fundamentación de la Resolución de 13 de noviembre de 2008 y el respecto a la normativa sectorial vigente, la alegación de VODAFONE carece de rigor, ya que del simple análisis sucinto de la Resolución se observa que en ella se argumentan suficientemente los motivos por los que se decide archivar las actuaciones informativas previas. Todo ello a la vista de la información facilitada por TESAU, de los requerimientos de información practicados y de las actuaciones de comprobación y verificación efectuadas por esta Comisión, los cuáles se detallan en el Fundamento de Derecho III “Evaluación del cumplimiento de las obligaciones impuestas” de la Resolución recurrida (páginas 4 a 11 de la versión No Confidencial). Por todo lo anterior no cabe apreciar un incumplimiento evidente ni del artículo 54.1 de la LRJPAC ni de la doctrina jurisprudencial relativa a la motivación de los actos¹, que exige *“una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de Derecho que dan lugar a la adopción de la decisión”* para poder permitir a los interesados poder ejercitar debidamente su derecho de defensa, pero *“sin que se requiera una profunda, extensa y detallada exposición de los razonamientos o argumentos determinantes de su adopción”*.

Cuestión diferente es que la recurrente comparta o no la decisión de cerrar y archivar las actuaciones adoptada por esta Comisión en la Resolución recurrida, pero sin que ello nada tenga que ver con la supuesta insuficiencia en la motivación de la decisión, no obstante lo cual se señala lo siguiente:

- Que en el marco de la tramitación del procedimiento DT 2008/1808 esta Comisión realizó todas las comprobaciones que resultaban oportunas y factibles, a la vista de la demanda que existía de dicho servicio en el momento del análisis efectuado por parte de los operadores y del estado en que se encontraban las distintas solicitudes formuladas entonces.
- Que las comprobaciones efectuadas se basaron no sólo en el análisis de las solicitudes cursadas por los operadores, sino también en la utilización y evaluación de los sistemas de provisión por parte de esta Comisión, por lo que no cabe hacer depender la validez de las investigaciones realizadas exclusivamente del número de solicitudes existentes.
- Que la ausencia de mayores volúmenes de solicitudes de provisión del servicio en el momento de la evaluación es un factor del que no se puede responsabilizar a TESAU, ya que viene determinado por la iniciativa y voluntad de los propios operadores.

¹ Ver las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de fecha 29 de marzo de 2004 (RJ 2004/1849), 10 de diciembre de 2003 (RC 3905/2000 [RJ 2003\9526]), 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/2957), 29 de febrero de 2000 (Ar. 2000/3166), 20 de enero de 1998 (RJ 1998\1418), 25 de mayo de 1998 (RJ 1998\4486); 9 de febrero de 1996 (RJ 1996/1105), y 12 de diciembre de 1990 (Ar. 1990/9918), entre otras.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que tampoco resulta procedente mantener indefinidamente abierto el periodo de información previa y retrasar el procedimiento de comprobación del cumplimiento del Servicio MARCO hasta que se dispone de un volumen determinado de solicitudes, sin que exista ningún otro indicio de incumplimiento, ya que equivaldría a penalizar a TESAU demorando la autorización para la prestación de servicios minoristas por una causa no justificada (la existencia de un número escaso de solicitudes) y que además es imputable a los operadores y no a la propia TESAU.

En conclusión, la Resolución recurrida está suficientemente motivada en Derecho ya que se ha comprobado que el Servicio MARCO está efectivamente disponible para los operadores desde el día 16 de septiembre de 2008 y en las condiciones y plazos fijadas por esta Comisión, tal y como se le obligaba en la Resolución de 31 de julio de 2008.

SEGUNDO.- Sobre los presuntos incumplimientos de las obligaciones regulatorias por parte de TESAU.

La recurrente denuncia la existencia de una serie de presuntos incumplimientos e insuficiencias procedimentales tales como dilaciones indebidas y conductas obstaculizadoras por parte de TESAU, y concluye que el servicio mayorista de acceso a conductos y registros no está realmente disponible para los demás operadores, por lo que esta Comisión no debería haber archivado el periodo de información previa. Concretamente menciona los siguientes incumplimientos e insuficiencias:

2.1.- Sobre la actualización de la información facilitada por TESAU.

Según VODAFONE, la información que suministra TESAU a los operadores no estaría completamente actualizada ni digitalizada, existiendo carencias tanto a nivel de centrales como a nivel de provincias.

Frente a dicha alegación hay que poner de manifiesto que las características del Servicio MARCO, y en particular todo lo relativo a las características de la información a suministrar a los operadores, venían determinadas, hasta la entrada en vigor de la Resolución del Consejo de esta Comisión de 22 de enero de 2009 de definición y análisis de los Mercados 4 y 5 (expediente MTZ 2008/626), por las obligaciones que se impusieron al operador en el marco de las medidas cautelares referidas a dichos mercados determinadas en las Resoluciones de 8 de mayo de 2008 y de 31 de julio de 2008 (expedientes MTZ 2008/626 y AJ 2008/1006). Entre las obligaciones cautelares impuestas a TESAU figuran las siguientes:

- Obligación de proveer de información suficiente en relación con las infraestructuras de obra civil, incluyendo el espacio disponible en las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

canalizaciones, cámaras, conductos o cualquier otra instalación relevante, en aquéllas zonas en las que TESAU pretenda desplegar FTTH² en los próximos catorce meses.

- Para el resto de su despliegue, obligación de comunicar con un año de antelación a la ejecución del mismo, la información suficiente en relación con las infraestructuras de obra civil, incluyendo el espacio disponible en sus canalizaciones, cámaras, conductos o cualquier otra instalación relevante en aquéllas zonas en las que TESAU pretenda desplegar FTTH.

Es decir, la información a facilitar por TESAU a los operadores debía corresponderse con las zonas donde ella misma pretendiese desplegar FTTH y no debía ser, por tanto, la relativa a la totalidad de sus centrales e infraestructuras de red sino la de determinadas centrales e infraestructuras de las zonas en las que se planeaba desplegar FTTH a corto y medio plazo. Por lo tanto, para comprobar el grado de cumplimiento de esta obligación de información deben tenerse en cuenta referencias objetivas que reflejen los planes de despliegue de FTTH reales de TESAU, al objeto de corroborar si la información facilitada cumple con las obligaciones impuestas.

En este sentido en el escrito remitido por TESAU el día 3 de marzo de 2008 se solicitaba la prórroga del periodo de vigencia de su experiencia piloto FTTH/GPON³ hasta el día 30 de septiembre de 2008 y se solicitaba asimismo la ampliación del ámbito geográfico de la experiencia precomercial de servicios minoristas de Banda Ancha prestados sobre FTTH hasta un número determinado de centrales ubicadas en un máximo de 12 provincias. Dicha solicitud fue aprobada por el Consejo de esta Comisión en su Acuerdo de fecha 27 de marzo de 2008 (expediente DT 2008/349).

En definitiva, hay que concluir que la información facilitada a los operadores por TESAU está en línea con las características de la solicitud de ampliación del ámbito geográfico de su experiencia piloto y, por lo tanto, con su planificación real de despliegue de red FTTH a corto y medio plazo, no apreciándose incumplimiento alguno al respecto.

No obstante lo anterior cabe recordar que entre las medidas impuestas en el marco de la citada Resolución del Consejo de esta Comisión de 22 de enero de 2009 de definición y análisis de los Mercados 4 y 5 (expediente MTZ 2008/626) se encuentra la obligación para TESAU de facilitar la

² FTTH es el acrónimo de la expresión anglosajona “Fiber To The Home”, cuya traducción al castellano sería “Fibra Óptica Hasta el Hogar”.

³ GPON es el acrónimo de la expresión anglosajona “Gigabit-capable Passive Optical Network”, cuya traducción al castellano sería “Red Óptica Pasiva con Capacidad de Gigabit”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

información relativa a sus infraestructuras de obra civil para todas las centrales OBA, y por tanto sin las limitaciones antes referidas. En consecuencia, tal como se indica en la citada Resolución, en el plazo de seis meses a partir de su entrada en vigor, TESAU deberá ampliar el ámbito de aplicación de la obligación de facilitar la citada información según lo indicado.

2.2.- Sobre presuntos retrasos provocados por TESAU.

VODAFONE hace alusiones generales a eventuales retrasos y dilaciones en los trámites o en los tiempos de respuesta “desde septiembre de 2008”, así como ocultación de información y denegación de capacidad vacante en el suministro del Servicio MARCO por parte de TESAU, “desde septiembre de 2008”, pero esta Comisión ha verificado que VODAFONE ha efectuado las primeras solicitudes de información de vacantes y de uso compartido en diciembre de 2008, que algunas de las mismas contendrían datos erróneos o se habrían tramitado de manera incorrecta, y que TESAU ha ido contestando a las mismas en tiempo y forma, como se explicará más adelante.

Por todo ello no puede apreciarse un incumplimiento al respecto, ni resulta procedente estimar el recurso y proceder a retrasar la comercialización de los servicios minoristas de banda ancha sobre fibra óptica de TESAU en base a unos presuntos incumplimientos y retrasos que realmente no se han producido.

2.3.- Sobre la ausencia de capacidad vacante en los tramos solicitados.

Según VODAFONE, en los casos de inexistencia de capacidad vacante en los tramos solicitados, debería ser TESAU la obligada a proporcionar una solución alternativa a dicha canalización, en las mismas condiciones económicas y plazos de provisión de los de la solicitud original.

En relación con este asunto el Consejo de esta Comisión indicó en su Resolución de 31 de julio de 2008 (expediente AJ 2008/1006) cuáles son los requisitos previos imprescindibles que TESAU debía cumplir antes de que pudiera ser autorizado para iniciar la prestación de servicios minoristas de Banda Ancha sobre FTTH, al disponer en su Resuelve Segundo que: *“La comprobación por esta Comisión del cumplimiento de los plazos comunicados por TESAU mediante escrito de fecha 28 de julio será condición previa para la comercialización de sus servicios minoristas”*. En particular se establecía la obligación de implantar el servicio mayorista de compartición de infraestructuras y de que estuviese disponible para los operadores el día 16 de septiembre de 2008, obligación cuya comprobación constituyó el objeto del Periodo de Información Previa finalizado mediante la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resolución de 13 de noviembre de 2008 y objeto del recurso de reposición de VODAFONE.

Es decir, el objeto de dicho Periodo de Información Previa era evaluar la disponibilidad efectiva del Servicio MARCO para los operadores en condiciones que razonablemente facilitasen el acceso a las canalizaciones y conductos de TESAU, y por tanto suficientes para completar con éxito la tramitación de las solicitudes de compartición que se formularan. La evaluación de otros aspectos y detalles de carácter operativo y procedimental, ha sido ya realizada en el ámbito de la resolución de los mercados 4 y 5 donde de modo expreso se ha señalado que *“en caso de que de la verificación de disponibilidad de recursos de infraestructura en un trayecto determinado se desprenda la existencia de obstáculos para su compartición (...) TESAU deberá ofrecer a los terceros operadores alternativas que permitan el enlace entre los puntos solicitados por el operador incluyendo en particular el alquiler de fibra oscura”*. Esta obligación habrá de plasmarse en la oferta de referencia que Telefónica tiene obligación de publicar de conformidad con lo establecido en la misma resolución.

2.4.- Sobre las dificultades en la generación y tramitación de solicitudes SIV y SUC.

VODAFONE alega que existirían dificultades en la generación de Solicitudes de Información de capacidad Vacante (SIV) y de Solicitudes de Uso Compartido (SUC), y que TESAU habría rechazado un elevado porcentaje de ellas por causa de “identificación de registros errónea”, así como que algunas solicitudes (por ejemplo las de compartición de arquetas) no estarían referenciadas correctamente en el sistema cartográfico de TESAU.

A esta alegación hay que responder que TESAU, en línea con los compromisos adquiridos en su escrito de 28 de julio de 2008, y cuyo cumplimiento se establecía como condición previa para la comercialización de sus servicios minoristas sobre FTTH, facilitó a los operadores información de referencia acerca del Servicio de MARCO: normativa técnica y procedimental, manuales de usuario, contrato tipo, etc. Concretamente en el documento que recoge los procedimientos por los que se rige la prestación del servicio, se detalla el método de identificación de los elementos de infraestructura de referencia tales como cámaras de registro y postes, incluyendo los elementos que, tal como señala la propia VODAFONE en su recurso, no presentan una referencia identificativa concreta.

En definitiva, el sistema identificativo de registros correctamente utilizado permite tramitar adecuadamente solicitudes de información (SIV) o de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acceso y compartición (SUC), tal como pudo verificar esta Comisión en el Periodo de Información Previa de evaluación del funcionamiento del Servicio MARCO, en el cual se constató la existencia de solicitudes correctamente cursadas por distintos operadores, así como la posibilidad de cursar adecuadamente solicitudes propias en pruebas.

En cuanto a las supuestas restricciones que existirían en las fases SIV y SUC y que según la recurrente harían que el Servicio MARCO fuese de hecho operativamente inútil para un lanzamiento comercial al limitarse el número máximo de solicitudes SUC a 9 por semana, de las cuales sólo pueden realizarse 3 en una misma provincia; y al limitarse el despliegue del servicio a un máximo de 150 canalizaciones anuales en una provincia, hay que responder que la fase SUC consiste en la generación de solicitudes de ocupación con el objetivo de efectuar los correspondientes replanteos y posterior ocupación de las infraestructuras, por lo que al tratarse de actuaciones que involucran mayores recursos técnicos y logísticos conllevan la necesidad de planificar y dimensionar adecuadamente la utilización de los recursos disponibles. En este sentido cabe señalar que las restricciones concretas apuntadas por VODAFONE se refieren a solicitudes que pueden abarcar cada una de ellas hasta 40 registros y canalizaciones conexas, lo que requiere la asignación de una cantidad de recursos muy importante para su ejecución, pues es evidente que la ejecución de replanteos correspondientes a solicitudes de ocupación de las dimensiones referidas requiere una planificación cuidadosa de los recursos disponibles.

En definitiva, las circunstancias concurrentes de carácter objetivo antes expuestas justifican el establecimiento de ciertas limitaciones en cuanto al volumen máximo de solicitudes admisibles para no saturar el sistema habilitado.

2.5.- Sobre las dificultades en la obtención de respuestas de viabilidad de los replanteos propuestos.

En cuanto a los replanteos propuestos, según VODAFONE existirían dificultades para obtener de TESAU respuestas de viabilidad respecto de los replanteos realizados.

A esta alegación hay que responder que la Comisión ha supervisado recientemente los sistemas mediante los que TESAU efectúa la provisión de los servicios mayoristas de acceso a sus infraestructuras, al objeto de constatar objetivamente el estado actual de las solicitudes en curso y comprobar el cumplimiento de los plazos y procesos correspondientes, y como resultado de dicha supervisión ha podido observarse la existencia de 17 solicitudes de ocupación de infraestructuras cursadas por distintos operadores (entre los que se encuentra VODAFONE) para las que se ha acordado, y en la mayoría de los casos efectuado, un replanteo conjunto



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

entre TESAU y el operador afectado, y además ha podido constatarse que en 6 de las mismas TESAU ha confirmado la viabilidad de las solicitudes de coubicación tramitadas. Adicionalmente debe señalarse que, tal y como ha señalado la propia TESAU, los plazos y cupos inicialmente previstos han sido ya mejorados.

2.6.- Sobre la adecuación de los tiempos de respuesta a las solicitudes a las necesidades reales de los operadores.

VODAFONE indica que aunque los tiempos de respuesta se ajustan a lo que TESAU refleja en su Servicio MARCO, no resultarían adecuados en la práctica como una opción real para que la recurrente despliegue fibra óptica, por lo que propone que se establezcan unos plazos máximos de respuesta inferiores a los vigentes.

En respuesta a esta alegación hay que poner de manifiesto que la propia VODAFONE reconoce que se están cumpliendo los plazos de respuesta establecidos y que no existe una indisponibilidad real del servicio mayorista, por lo que ante dicha realidad objetiva no se justificaría que se le impidiese comercializar a TESAU sus servicios minoristas de Banda Ancha sobre FTTH. Al respecto cabe insistir en lo ya señalado, y concluir que los tiempos máximos de provisión constituyen aspectos procedimentales que, si bien esta Comisión evaluará si lo estima conveniente en una fase posterior, no representan en el momento actual un impedimento a la provisión efectiva del servicio de acceso a las infraestructuras.

En definitiva, tras el examen de los datos disponibles puede concluirse que el Servicio mayorista MARCO continúa desarrollándose en las condiciones previstas en la oferta presentada por TESAU a raíz de las obligaciones impuestas en el marco de las medidas cautelares referidas a los Mercados 4 y 5 determinadas en las Resoluciones del Consejo de esta Comisión de 8 de mayo de 2008 y de 31 de julio de 2008 (expedientes MTZ 2008/626 y AJ 2008/1006), así como a las obligaciones establecidas en la Resolución del Consejo de esta Comisión de 22 de enero de 2009 de definición y análisis de los Mercados 4 y 5 (expediente MTZ 2008/626).

TERCERO.- Sobre la presunta infracción del ordenamiento jurídico.

VODAFONE manifiesta que la Resolución recurrida al archivar las actuaciones de información previa estaría vulnerando el principio de fomento de la competencia efectiva en el mercado a través de la promoción de una inversión eficiente en infraestructuras establecido en el artículo 48.3.a) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y en su normativa de desarrollo, ya que se estaría concediendo a TESAU una clara ventaja competitiva frente a los operadores alternativos, pues realmente el Servicio MARCO aún no estaría de facto disponible ni operativo ni



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

lo estaría a corto plazo, ni existiría aún un servicio de acceso indirecto “bitstream” sobre fibra disponible y cuando exista su velocidad estará limitada a 30 Mbps, mientras que TESAU ya habría hecho pruebas-piloto con usuarios finales y ya estaría desplegando fibra en zonas residenciales, por lo que no se le debería autorizar a prestar servicios minoristas comerciales sobre redes de acceso de fibra hasta que no se verificase la disponibilidad real para los operadores alternativos.

La recurrente alega además que la obligación impuesta a TESAU de dar acceso a su obra civil es una media necesaria pero no suficiente para garantizar la competencia en redes de acceso de nueva generación y la replicabilidad de las ofertas minoristas, y que debería complementarse con otros estudios de viabilidad técnica, económica y financiera, así como de otras medidas regulatorias complementarias como la puesta en marcha del servicio mayorista de acceso indirecto “bitstream” previsto sin limitación de velocidad y la inclusión en las obligaciones de acceso al cableado interno de los edificios.

Frente a dichas alegaciones hay que contestar que se realizan de manera genérica, sin soporte probatorio alguno, y además se refieren a cuestiones que nada tiene que ver con la legalidad de la Resolución recurrida, cuyo objeto era exclusivamente verificar el cumplimiento de unas obligaciones regulatorias ya vigentes y no su redefinición o modificación; por el contrario la recurrente expresa sus opiniones subjetivas respecto a determinados aspectos de la regulación vigente en materia de acceso mayorista a las canalizaciones y conductos de TESAU y al servicio mayorista de acceso indirecto de Banda Ancha. Por lo tanto cumple recordar nuevamente que las actuaciones cuyo cierre y archivo se decide mediante la Resolución de 13 de noviembre de 2008 se enmarcan en la tramitación de un periodo de información previa del artículo 69.2 de la LRJPAC cuyo objeto era comprobar el cumplimiento por parte de TESAU de las obligaciones impuestas en las Resoluciones de 8 de mayo de 2008 y de 31 de julio de 2008, no en un procedimiento administrativo para la imposición de nuevas medidas al Operador con Poder Significativo en el Mercado relevante de los previstos en el artículo 48.3, letras a) y e), de la LGTel ni de su normativa de desarrollo; en consecuencia dichas actuaciones informativas previas no pueden tener ese efecto procompetitivo directo que le quiere atribuir la recurrente, ni su cierre y archivo los efectos anticompetitivos alegados.

Lo que la recurrente alega, que no dejan de ser propuestas de modificación de determinados aspectos de la regulación sectorial vigente, y en concreto de la Oferta mayorista de conductos y registros de TESAU, debió de realizarse en el marco de la tramitación del procedimiento administrativo de tramitación y aprobación de la misma y no en el marco de unas meras actuaciones informativas y de comprobación del cumplimiento de aquélla, que en ningún caso podían culminar en su modificación. Es decir, que son cuestiones que deberían haberse planteado en el curso de la tramitación de los procedimientos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que impusieron a TESAU las obligaciones de acceso y compartición de sus conductos y obra civil, y en concreto en los que culminaron en las antes mencionadas Resoluciones cautelares del Consejo de esta Comisión de 8 de mayo de 2008 y de 31 de julio de 2008 (expedientes MTZ 2008/626 y AJ 2008/1006), así como a las obligaciones establecidas en la Resolución del Consejo de esta Comisión de 22 de enero de 2009 de definición y análisis de los Mercados 4 y 5 (expediente MTZ 2008/626).

CUARTO.- Sobre las alegaciones de VODAFONE de indefensión y de violación de derechos.

Por último, frente a la alegación de VODAFONE de que la Resolución recurrida le habría causado indefensión y habría limitado sus derechos e intereses legítimos, hay que negar la veracidad de dicha alegación de manera categórica, que además se realiza de forma genérica y sin aportar ninguna prueba de ello, y reiterar una vez más los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales expuestos en numerosas Resoluciones del Consejo de esta Comisión, en el sentido de negar radicalmente la existencia de indefensión alguna, ya que de conformidad con la doctrina jurisprudencial y constitucional vigente en esta materia⁴, no cabe invocar el principio constitucional del derecho fundamental a la tutela efectiva de los jueces y Tribunales, contenido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, en el marco de un procedimiento administrativo de carácter no sancionador ya que la resolución del mismo es impugnable en vía judicial, y serán los jueces y Tribunales los que enjuicien eventuales vulneraciones del ordenamiento jurídico por parte de las Administraciones Públicas. La indefensión se produciría, en su caso, si no se pudiese acceder a la vía judicial.

En este sentido cabe indicar que la resolución recurrida ha sido notificada individualmente a la recurrente el día 16 de enero de 2009, y asimismo se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado número 19 de 22 de enero de 2009, y por consiguiente tanto VODAFONE como los demás interesados han tenido la posibilidad de impugnar potestativamente en vía administrativa y en todo caso en vía contencioso-administrativa (hay que recordar que recurrir en reposición es potestativo, como establece el artículo 116.1 de la LRJPAC) la Resolución recurrida desde que fue notificada la misma, y asimismo la recurrente podrá hacerlo en vía contencioso-administrativa desde que sea notificada de la Resolución del presente recurso potestativo de reposición.

En definitiva, no resulta procedente atender a la alegación de que haya existido indefensión derivada de la Resolución del Consejo de 13 de noviembre de 2008 recurrida ni de las actuaciones previas tramitadas al efecto, ya que del

⁴ Ver la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de junio de 2004 (RJ 2004/7632), y las Sentencias del Tribunal Constitucional 65/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 65) y 178/1998, de 14 de septiembre (RTC 1998, 178).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contenido de lo actuado se aprecia claramente que se ha respetado en todo momento la legalidad vigente y la interpretación jurisprudencial de la misma, tanto a nivel procedimental general como en la aplicación del Derecho sectorial.

En conclusión, la Resolución de 13 de noviembre de 2008 recurrida se ajusta a Derecho, por lo que no cabe alegar vicio alguno de legalidad, ni de falta de motivación ni de indefensión, procediendo la desestimación de todas las alegaciones de VODAFONE al respecto.

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 13 de noviembre de 2008 por la que se puso fin al periodo de información previa en relación con la verificación del cumplimiento de las obligaciones impuestas a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. relativas al servicio mayorista de compartición de registros y conductos, recaída en el expediente DT 2008/1808, por estar la misma plenamente ajustada a Derecho.

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 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, 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 48.17 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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