



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 36/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 16 de octubre de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 22 DE MAYO DE 2008 SOBRE EL SISTEMA DE ANÁLISIS DEL SISTEMA DE INFORMACIÓN DE PLANIFICACIÓN Y SEGUIMIENTO DE LA OBA-SICOPA.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 22 de mayo de 2008 de análisis de los procedimientos internos relativos a las actividades en autoprestación de TESAU y de los procesos automáticos de incorporación de información al sistema de información de planificación y seguimiento de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado-OBA (SICOPA), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión número 36/08 del día de la fecha, la siguiente Resolución (AJ 2008/1110):

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de 22 de mayo de 2008.

Con fecha 22 de mayo de 2008 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una Resolución mediante la cual se procede al



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

análisis de los procedimientos internos relativos a las actividades en autoprestación de TESAU y de los procesos automáticos de incorporación de información al sistema de información de planificación y seguimiento de la OBA (SICOBA); dicho procedimiento fue tramitado en el Expediente número DT 2006/1586.

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

<<Primero.- Aprobar la información facilitada por Telefónica relativa a sus procedimientos internos aplicados a las actividades en autoprestación consideradas en el sistema de información de planificación y seguimiento definido en la OBA, así como los procesos automáticos de incorporación de información a dicho sistema.

Segundo.- Como consecuencia de la aprobación de los protocolos en el punto anterior, el sistema de información de planificación y seguimiento previsto en la OBA deberá incorporar las modificaciones establecidas en el apartado 2º del fundamento sexto, incluyendo el cómputo de plazos medios de provisión correspondientes tanto a los cinco servicios mayoristas recogidos en el apartado C del capítulo 7 "Sistema común de información de planificación y seguimiento" de la OBA como a las actividades equivalentes en autoprestación de Telefónica, y adquirir plena efectividad en un plazo de 60 días laborables a contar desde la fecha de notificación de la presente resolución.

Tercero.- Cualquier modificación que Telefónica prevea en relación al desarrollo de sus actividades en autoprestación, plazos máximos establecidos para la provisión de las mismas, registro de hitos en sus sistemas internos o SICOBA y, en definitiva, cualquier factor que altere las referencias establecidas en la presente resolución para la realización de comparativas de plazos de provisión, deberá ser comunicada por Telefónica a esta Comisión para su aprobación, con la antelación suficiente y de forma previa a su implantación, al objeto de evitar discontinuidades en los procesos de registro y comparativa de plazos de provisión. Asimismo, Telefónica deberá garantizar el mantenimiento de los principios de trazabilidad ante cambios o actualizaciones de sus sistemas internos o de SICOBA, comunicando a esta Comisión, con una antelación mínima de un mes, cualquier cambio previsto en dichos sistemas que pudiese afectar a los citados principios de trazabilidad, al objeto de que pueda verificarse su continuidad.

Cuarto.- Telefónica deberá modificar su oferta de referencia de acceso al bucle de abonado en lo relativo a la implementación de SICOBA en los términos expuestos en el anexo III, al objeto de incorporar las modificaciones detalladas en el apartado 2 del fundamento sexto dirigidas a enfrentar las tareas ejecutadas en autoprestación de Telefónica con las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

derivadas de solicitudes OBA que se han considerado equivalentes y comparables.

Quinto.- Telefónica deberá modificar su oferta de referencia de acceso al bucle de abonado incluyendo en el anexo relativo a los Acuerdos de Nivel de Servicio un nuevo parámetro o indicador denominado “Tiempo medio de provisión”, que será de aplicación tanto a los cinco servicios mayoristas recogidos en el apartado C del capítulo 7 “Sistema común de información de planificación y seguimiento” de dicha oferta como a las actividades equivalentes en autoprestación de Telefónica, y estableciendo que el tiempo medio de provisión de los citados servicios mayoristas no podrá exceder el tiempo medio de provisión de las actividades equivalentes de Telefónica. Asimismo, en el cómputo de los citados plazos medios, ya sean relativos a los servicios mayoristas o a las actividades equivalentes en autoprestación, Telefónica no descontará plazos correspondientes a incidencias o paradas de reloj de ninguna naturaleza.

Sexto.- Telefónica deberá redactar el texto consolidado de la OBA y presentarlo ante esta Comisión en el plazo de un mes a contar desde la notificación de la presente Resolución.>>

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por TESAU.

Con fecha 4 de julio de 2008 ha tenido entrada en el Registro General de esta Comisión un escrito presentado por el representante de TESAU, en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución de 22 de mayo de 2008 a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con dicha Resolución e invoca su nulidad de pleno derecho de acuerdo con lo establecido en el artículo 62.1, a), b), c) y e), 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, los siguientes argumentos:

2.1.- Alegaciones previas sobre presuntos defectos formales y procedimentales y vulneración de derechos.

TESAU alega que la Resolución recurrida le habría impuesto obligaciones no objetivas y discriminatorias, con omisión del procedimiento legalmente establecido para modificar obligaciones regulatorias sectoriales, y asimismo con falta de motivación suficiente; concretamente los Fundamentos de Derecho Cuarto a Séptimo de la Resolución de 22 de mayo de 2008 vulnerarían lo dispuesto en el artículo 11.5 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), y también



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución Española, al imponerle obligaciones contrarias a los principios de objetividad, proporcionalidad y no discriminación, obligándole a introducir nuevos plazos en la Oferta de Bucle de Abonado (OBA) y soslayando el hecho de que se estarían comparando tiempos y procesos no equivalentes y de que algunas son de difícil o imposible cumplimiento, e ignorando la mayoría de sus alegaciones previas al respecto.

Además se estaría vulnerando el principio de intervención mínima, al regular a su juicio de manera excesivamente detallada y exhaustiva algunos aspectos de su actividad económica y empresarial, obligándole a cambiar algunos procesos internos, y sujetando los que se realicen a iniciativa de la recurrente a un régimen de autorización administrativa previa o de comunicación previa (según los casos).

TESAU alega además que se vulneraría el principio de buena fe y de confianza legítima en la actuación de la Administración establecido en el artículo 3.1 de la LRJPAC, ya que esta Comisión habría ido contra sus propios actos al modificar obligaciones previamente impuestas en la OBA y para las cuales la recurrente ya habría ejecutado inversiones que ahora habrían devenido inútiles, y además lo habría hecho sin respetar el procedimiento legalmente establecido para modificar la OBA y para imponer o modificar las obligaciones regulatorias sectoriales, ya que la causa de la Resolución recurrida sería únicamente aprobar los protocolos internos de autoprestación derivados de la OBA, no modificar ésta y las obligaciones dimanantes de la misma.

Por último la recurrente señala que la Comisión habría levantado a posteriori y unilateralmente la confidencialidad de determinada información del expediente y que afectarían al secreto comercial e industrial de TESAU.

Por todo ello TESAU invoca la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 62.1, letras a) y e) de la LRJPAC, en relación con los artículos 3.1 y 54 de la misma Ley, con el artículo 11.5 de la LGTel, y con los artículos 9.3 y 101.3 de la Constitución.

2.2.- Sobre la imposibilidad de descontar las paradas de reloj en los tiempos medios de provisión de la OBA.

TESAU alega que la forma de calcular los tiempos medios de provisión ordenada en el apartado 2.3 de los Fundamentos Jurídicos Sexto y Séptimo, y en el Resuelve Quinto, de la Resolución recurrida, excluye las paradas de reloj del cálculo de los tiempos medios, lo cual resulta a su juicio desproporcionado ya que vulneraría distintas disposiciones normativas de la legislación sectorial de telecomunicaciones así como la propia definición del tiempo de provisión de los Apartados A1 "Provisión de servicios" y A2



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Incidencias de provisión” del Anexo 1 “Acuerdos de Nivel de Servicio (ANS)” de la OBA (en el que sí se descuentan las paradas de reloj), por lo que las mismas deberían quedar fuera de su responsabilidad. La recurrente estima que dicha medida es arbitraria y le genera indefensión, y que esta Comisión debería vigilar que se haga un uso transparente y conforme a la OBA de las incidencias y de las paradas de reloj, pero no adoptar un criterio contrario a la OBA para evitar *ex ante* dichas posibles incidencias, dando por hecho que se producirán.

Además TESAU expone que los tiempos medios dependen en parte de paradas de reloj ocasionadas por actuaciones de terceros (los propios operadores y a veces las Administraciones Públicas), y que no son excepcionales y a veces son habituales, citando varios ejemplos relacionados con los servicios de la OBA (cita los de entrega de la señal CRMO, de Coubicación, de Prolongación de Par y de TCI), por lo que estima que independientemente del deber de uso transparente y ajustado a la OBA de las incidencias y paradas de reloj, se deberían tener en cuenta al computar los tiempos medios de prestación de los servicios de la OBA.

Por todo ello TESAU solicita que se declare la nulidad de pleno derecho del Resuelve Quinto de la Resolución recurrida en lo relativo a los tiempos medios de provisión, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 62.1, letras a) y e) de la LRJPAC, en relación con el artículo 54 de la misma Ley y con los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución.

2.3.- Sobre la exigencia de solicitar la autorización previa para modificar actividades y procesos internos de TESAU.

El Resuelve Tercero de la Resolución recurrida impone a TESAU la obligación de solicitar y obtener de la CMT autorización administrativa previa a cualquier modificación de los procesos del SICOBA lo cual, según la recurrente, sería contrario a Derecho y se habría incurrido en desviación de poder, ya que esta nueva obligación se habría impuesto al margen de la habilitación legal de la Comisión para regular el sector, por incumplir el principio de intervención mínima y por ampliar la regulación a cuestiones no expresamente previstas en la normativa sectorial vigente, con el objetivo de intervenir en la libertad de gestión empresarial.

Por tanto, TESAU solicita la nulidad de pleno derecho del Resuelve Tercero de la Resolución recurrida en lo relativo a los tiempos medios de provisión, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 62.1, letras a), b) y e) de la LRJPAC, en relación con los artículos 3.1 y 53.2 de la misma Ley, con el artículo 48 de la LGTel y con los artículos 9.1, 24.1, 38, 103 y 106 de la Constitución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.4.- Sobre la presunta modificación de la OBA para introducir la obligación de calcular un nuevo parámetro denominado “Tiempo medio de provisión” que no exceda del de las actividades equivalentes en autoprestación.

TESAU alega que el Resuelve Quinto de la Resolución recurrida establece la modificación la OBA para introducir la obligación de calcular un nuevo parámetro denominado “Tiempo medio de provisión” que, en el caso de los servicios mayoristas, no debe exceder el tiempo medio de provisión de actividades equivalentes en autoprestación. Según TESAU se establecen dos nuevas obligaciones: calcular un nuevo parámetro, y establecer que el mismo no puede exceder el tiempo medio de provisión en autoprestación, para lo cual además no se pueden descontar las paradas de reloj, como se ha expuesto en párrafos anteriores. Ambas obligaciones serían en su opinión nulas por ser contrarias a Derecho, desproporcionadas y discriminatorias, ya que los tiempos medios de provisión mayoristas y minoristas en la práctica no serían comparables porque son diferentes y con hitos de comienzo de cómputo e intervalos distintos, y cita pasajes de los Fundamentos de Derecho Quinto y Sexto de la Resolución recurrida que apoyarían esa distinción; asimismo cita el diferente tamaño de la muestra estadística de los tiempos de provisión y la planificación o no de uno y otro servicio.

Además TESAU teme que se le acuse de discriminación si los tiempos medios de provisión del servicio mayorista sean mayores que los servicios equivalentes en autoprestación, a pesar de que los primeros cumplan con los tiempos establecidos en la OBA y aprobados por esta Comisión, teóricamente garantizadores de la ausencia de conducta discriminatoria, por lo que esta nueva obligación sobrevenida le causaría inseguridad jurídica, quiebra del principio de confianza legítima e indefensión.

En consecuencia, TESAU solicita la nulidad de pleno derecho del Resuelve Quinto de la Resolución recurrida que le obliga a calcular un nuevo parámetro denominado “Tiempo medio de provisión”, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 62.1 letra a) de la LRJPAC, en relación con el artículo 3.1 de la misma Ley, con el artículo 11.5 de la LGTel y con los artículos 9 y 24.1 de la Constitución.

2.5.- Sobre el presunto análisis incorrecto de los procedimientos que facilitan la provisión de las actividades equivalentes e implicaciones en el SICOBA.

Según TESAU el Fundamento de Derecho Sexto de la Resolución recurrida habría incurrido en errores al analizar los procedimientos internos de la provisión de los servicios en autoprestación y de las implicaciones en la implementación del SICOBA, concretamente en la comparativa de hitos y tiempos de provisión de los diferentes servicios mayoristas y sus equivalentes minoristas y en el análisis del trato dispensado a otros operadores por la recurrente, además de vulnerarse la normativa sectorial y generar



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

indefensión; concretamente la recurrente menciona la existencia de los siguientes errores:

2.5.1. Respecto a aspectos específicos de la actividad equivalente de instalación de cableado entre RPCA y DSLAM, señala que la reducción del plazo del servicio TCI de la OBA no sería posible ya que este servicio es más complejo técnicamente que su equivalente en autoprestación y que requiere más actuaciones, por lo que sería imposible de proveer en el plazo establecido de 10 días (la recurrente estima que realmente se necesitarían 30 días), y además el grado de ocupación de la capacidad instalada, muy alta en los tendidos de TESAU (en autoprestación) y muy baja en los TCIs instalados de los demás operadores, por lo que realmente no precisan de reducciones de plazo porque tienen ya disponible una gran capacidad para dar de alta nuevos clientes. Además por la misma razón discrepa de la equivalencia de plazos de subactividades y propone una nueva Tabla de subactividades y plazos máximos de tendido de cableado para comparativa entre los servicios de autoprestación y de OBA plasmando las diferencias antes mencionadas, así como diferenciando si existe o no necesidad de instalar nueva infraestructura, y una nueva tabla de hitos temporales para tendido de cableado para la comparativa entre servicios en autoprestación y de la OBA, y declara que los cambios en los plazos con los proveedores son pactados y permiten cierta flexibilidad, lo que no ocurre en el ámbito de la OBA.

2.5.2. Sobre aspectos específicos de la actividad equivalente de establecimiento de enlace de transporte entre DSLAM y el resto de la red, TESAU discrepa de la reducción del plazo para los servicios de la OBA (EdS CP) ya que en la OBA existirían subactividades adicionales que no son necesarias en autoprestación, y propone modificar al dichos efectos las tablas de subactividades y de hitos relevantes para comparar la autoprestación con el servicio OBA equivalente (EdS CP) y la tabla de hitos relevantes, con plazos diferentes para uno y otro servicio. También declara de nuevo que los cambios en los plazos con los proveedores son pactados y permiten cierta flexibilidad, lo que no ocurre en el ámbito de la OBA, y señala la imposibilidad material de priorizar las solicitudes de todos los operadores.

2.5.3. Sobre aspectos específicos de la actividad equivalente de habilitación o ampliación de sala para equipos, habilitación o ampliación de sala para otros usos y asignación en sala existente de espacio para cualquier tipo de actividad o equipo, TESAU reitera sus alegaciones de que los trámites en autoprestación son menores y más sencillos, y no requieren intervención ni aceptación de terceros, lo que si sucede en los servicios de la OBA, particularmente con el Proyecto Técnico OBA (previo) y con el Proyecto de Ejecución de Obra (más detallado y posterior), que son sucesivos y no pueden refundirse en uno.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.5.4. Sobre aspectos específicos de la actividad equivalente de construcción de canalización de acceso a central, TESAU propone modificar las tablas de subactividades y de hitos relevantes de comparativa entre autoprestación (construcción de canalización de acceso a central) y el servicio OBA de entrega de señal por cámara multioperador CRMO, con plazos diferentes para uno y otro servicio, y alega nuevamente que los trámites en autoprestación son menores y más sencillos, y no requieren intervención ni aceptación de terceros.

2.6.- Sobre la presunta existencia de un error material en la Resolución recurrida.

TESAU alega también la existencia de un error material en la resolución recurrida, concretamente en la tabla de hitos relevantes para la comparativa del servicio de asignación en sala existente de espacio para cualquier tipo de actividad o equipo, en cuyo Apartado 2.2.4.a) “Asignación en sala existente de espacio para cualquier tipo de actividad o equipo” del Fundamento de Derecho Sexto se indica que “La asignación en sala existente de espacio no da lugar a una obra con asignación presupuestaria; en consecuencia, no se realiza un proyecto técnico ni se produce un alta en TeleSAP y no se pueden utilizar los hitos correspondientes a este sistema para efectuar comparativas”.

Según la recurrente, la tabla con los hitos y tareas de este servicio incluiría “equivocadamente” para los servicios OBA un hito de “Inicio del proyecto técnico vía SGO” y una tarea de “Elaboración del proyecto técnico (habilitación/ampliación) de SdT o SdO”, así como la “Reconfirmación del proyecto (operadores) y en su caso visitas replanteo”, y tampoco sería necesaria la tarea de “Presentación de solicitudes (operadores)”, ya que ésta se realizaba tras la solicitud del operador vía SGO para permitir que otros operadores se adhirieran a una obra de habilitación o ampliación de sala (apartado 2.2.4); todos estos hitos no se recogen, en cambio, en la descripción anterior a la tabla.

Por tanto, TESAU solicita, al amparo de lo dispuesto en el artículo 105.2 de la LRJPAC, que se rectifique dicho error y que se elimine de la tabla del Apartado 2.2.4.a) de la resolución de 22 de mayo de 2008 los hitos y las tareas señalados en el párrafo anterior y relacionados con el proyecto técnico, que no se elaborará en el caso de asignación de espacio en sala existente.

2.7.- Sobre la imposición de obligaciones de imposible cumplimiento.

Por último, TESAU manifiesta que hay obligaciones impuestas por la Resolución recurrida que serían de imposible cumplimiento, lo cual ya fue



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

alegado en las alegaciones al tercer trámite de audiencia del procedimiento; concretamente señala las siguientes obligaciones:

2.7.1.- Sobre el volcado automático de la información a SICOBA desde los sistemas internos de TESAU, la recurrente manifiesta que el volcado de parte de la información (por ejemplo, de previsión y planificación – mensual/trimestral-, de prolongación de par –mensual-, o la información de nuevas obras programadas –diaria-) es automática pero no puede ser inmediata, sin que signifique una deficiencia en el funcionamiento del sistema.

2.7.2.- Sobre la puesta en servicio de SICOBA en un plazo de 60 días desde la notificación de la Resolución recurrida, TESAU discrepa y estima que es materialmente imposible cumplir ese plazo, ya que las nuevas obligaciones impuestas requerirían 142 días de trabajos, y que no es posible acometerlos en paralelo desde el inicio del plazo, además de la limitación de medios materiales y humanos, por lo que estima que finalizaría la implantación a finales de enero de 2009.

Por todo lo expuesto anteriormente, TESAU finaliza su escrito de interposición del recurso de reposición solicitando lo siguiente:

1. Que se estime su recurso de reposición y, en consecuencia que se modifique la Resolución del Consejo de esta Comisión de 22 de mayo de 2008 en el sentido de sus alegaciones.
2. Que mientras se sustancia el recurso de reposición se suspenda 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 ya que, según TESAU, la resolución recurrida adolecería de múltiples defectos que la viciarían de nulidad de pleno derecho, al haberse vulnerado derechos fundamentales y haberse infringido principios esenciales de la normativa sectorial de telecomunicaciones, por lo que todo ello sería causa suficiente para acordarse la suspensión solicitada.
3. Asimismo que al amparo de lo dispuesto en el artículo 37.5 de la LRJPAC se declare la confidencialidad de todos los datos e informaciones de carácter sensible señaladas como “confidencial” en el escrito de interposición del recurso, por poder afectar al secreto comercial e industrial de la recurrente.
4. Por último, que al amparo de lo dispuesto en el artículo 105.2 de la LRJPAC se subsane el error material existente en la tabla de hitos relevantes del Apartado 2.2.4.a) “Asignación en sala existente de espacio para cualquier tipo de actividad o equipo” del Fundamento de Derecho Sexto de la resolución recurrida.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Posteriormente TESAU amplió sus alegaciones mediante un nuevo escrito fechado el día 6 de octubre de 2008 en el cual aporta datos adicionales, parcialmente confidenciales, en apoyo de las alegaciones antes expuestas.

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 7 de julio de 2008, se informó a la recurrente y a todos los interesados del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición interpuesto por TESAU, 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 a los demás interesados de una copia no confidencial del escrito de interposición del recurso de reposición interpuesto por TESAU y se les informaba de que disponían de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento si así lo estimaban conveniente a sus intereses.

CUARTO.- Declaración de confidencialidad de parte de los escritos de interposición del recurso de reposición y de alegaciones adicionales de TESAU.

Mediante la Resolución del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de julio de 2008 se declaró la confidencialidad de 4 transcripciones de parte de diversas incidencias de parada de reloj de servicios de la OBA de TCI, Prolongación de par y Coubicación, con fotos de este último supuesto (páginas 15 a 20 del escrito), así como los Anexos con la transcripción íntegra de las mismas, por cuanto la difusión o el conocimiento de la misma podría ocasionar perjuicios a los operadores afectados por dicha información, lo cual fue comunicado a la recurrente y a los demás interesados mediante un escrito de esta Comisión fechado el mismo día.

Mediante la Resolución del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 9 de octubre de 2008 se declaró la confidencialidad de parte de los datos adicionales aportados por TESAU el día 6 de octubre de 2008 en apoyo de sus alegaciones, por cuanto la difusión o el conocimiento de los mismos podría ocasionar perjuicios a la recurrente y a terceros afectados por dicha información, lo cual fue comunicado a la recurrente y a los demás interesados mediante un escrito de esta Comisión fechado el mismo día.

QUINTO.- Resolución de 29 de julio de 2008 denegando la solicitud de suspensión.

En relación con la petición de suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida formulada en el recurso de reposición de TESAU, con fecha 29 de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

julio de 2008 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 TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. para la suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución del Consejo de esta Comisión de 22 de mayo de 2008 de análisis de los procedimientos internos relativos a las actividades en autoprestación y de los procesos automáticos de incorporación de información al sistema de información de planificación y seguimiento de la Oferta de Bucle de Abonado (SICOPA).>>

SEXTO.- Alegaciones de TELE2.

La entidad TELE2 TELECOMMUNICATION SERVICES, S.L.U. (en adelante, TELE2) efectuó alegaciones mediante un escrito cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 31 de julio de 2008, en el cual se oponía a algunas de las pretensiones de la recurrente TESAU, alegando fundamentalmente lo siguiente:

6.1.- Respecto a las alegaciones de la recurrente de una presunta desproporcionalidad de la medida y no adecuación a los objetivos y principios generales de la LGTel, TELE2 alega que las medidas adoptadas por esta Comisión son coherentes con lo dispuesto en la normativa sectorial vigente en general y en los artículos 3 y 11.5 de la LGTel en materia de no discriminación en particular, así como con la postura del ERG, y ante la evidencia de que las medidas adoptadas anteriormente habrían sido ineficaces para evitar la conducta discriminatoria de TESAU.

6.2.- Respecto a las alegaciones de la recurrente sobre la exclusión de las paradas de reloj del cálculo de los tiempos medios, TELE2 alega que TESAU utilizaría las paradas de reloj de forma discriminatoria y fraudulenta, ya que las aplicaría de manera sistemática, sin contrastar las causas con los operadores y sin respetar lo establecido en la OBA, y agotando innecesariamente los plazos máximos establecidos en la misma, que serían “significativamente mayores” que los que se aplica en autoprestación, por lo que a su juicio debería mantenerse la exclusión de las paradas de reloj de los tiempos medios de provisión e incluir en el Acuerdo de Nivel de Servicio (ANS) de la OBA el parámetro “Tiempo medio de provisión”, y además reducir los plazos máximos de cada servicio, corrigiéndolos progresivamente en línea con las condiciones reales de prestación de los servicios de la OBA para que el sistema de penalizaciones siga siendo eficaz, tomando para ello como referencia los tiempos medios en autoprestación que muestre la herramienta SICOPA.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación.

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.

La recurrente TESAU califica expresamente su escrito como recurso de reposición; 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 TESAU, presentado en el Registro General de esta Comisión el día 4 de julio de 2008, como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 22 de mayo de 2008, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC que 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.

SEGUNDO.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el recurso de reposición de TESAU 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.



TERCERO.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición de TESAU ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre la exclusión de paradas de reloj en el cálculo de tiempos medios de provisión de la OBA.

TESAU alega que la forma de calcular los tiempos medios de provisión ordenada en el apartado 2.3 de los Fundamentos Jurídicos Sexto y Séptimo, y en el Resuelve Quinto, de la Resolución recurrida, excluye las paradas de reloj del cálculo de los tiempos medios por causas no imputables a la recurrente, lo cual resulta a su juicio desproporcionado, especialmente en los casos en los que los tiempos medios dependen en parte de paradas de reloj ocasionadas por actuaciones de terceros (tales como las originadas por los procedimientos de obtención de permisos de obra, o las causadas por los propios clientes o terceros operadores), y que no serían excepcionales sino, en ocasiones, serían habituales. TESAU alega que de esta manera se producirá un incremento de los plazos medios correspondientes a los servicios OBA, lo que implicaría un falseamiento de las comparativas y constituiría una situación de discriminación, por lo que para evitar dicho efecto solicita que se modifique la Resolución recurrida en el sentido de que dichas paradas de reloj se tengan en cuenta al computar los tiempos medios de prestación de los servicios de la OBA.

Frente a esta alegación ya se argumentó durante la tramitación del procedimiento administrativo (expediente número DT 2006/1586) y en la Resolución recurrida (en especial en los Fundamentos de Derecho Sexto, Apartados 2.2 y 2.3; Séptimo, Punto ii); y Octavo; y en el Resuelve Quinto) que la aparición de incidencias que conducen a la aplicación de las llamadas paradas de reloj, tales como la existencia de dificultades y retrasos en la localización de clientes o en la obtención de licencias de obra, concurren tanto en la provisión de servicios OBA como en la ejecución de actividades en autoprestación. En consecuencia, y dado que los tiempos medios de provisión se contemplan como una herramienta estadística dirigida a promediar los plazos en que se proveen elevados volúmenes de servicios, no procede contemplar en tales cómputos las singularidades que constituyen cada una de las paradas de reloj que puedan aparecer, más aun, como ya se ha señalado, cuando éstas se producirán en servicios OBA y en autoprestación indistintamente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En definitiva, el cómputo de plazos medios de provisión tiene por objeto promediar y comparar los plazos reales en que se incurre en la prestación de las actividades en autoprestación y de las de prestación de los servicios mayoristas de la OBA respectivamente, por lo que en el cómputo de tales plazos no pueden contemplarse parámetros que enmascaren los períodos que efectivamente consume la provisión de tales servicios y, por tanto, desvirtúen el resultado de la comparativa por conducir a resultados que no se corresponden con la realidad y con la percepción que el usuario final tiene de los servicios que se le ofrecen. Asimismo, las excepciones de determinadas situaciones en las que la prestación de los servicios mayoristas de la OBA puedan requerir de un mayor número de paradas de reloj no pueden en ningún caso representar un obstáculo al objetivo prioritario de efectuar comparativas estadísticas de plazos reales y efectivos de provisión de los servicios en la mayoría de los restantes supuestos.

Sentado lo anterior hay que manifestar que dicho criterio viene reforzado por la constatación por parte de esta Comisión de la existencia de serias dudas que surgen en relación al tratamiento proporcionado de las paradas de reloj por parte de TESAU, a la vista de las alegaciones vertidas por las partes interesadas tanto en el procedimiento como en otros que versaban sobre la prestación de los servicios mayoristas de la OBA, así como de las irregularidades observadas durante varias actuaciones inspectoras desarrolladas por esta Comisión, en las cuáles ha podido observarse un uso notablemente inapropiado de las paradas de reloj por parte de TESAU y, por tanto, un enmascaramiento muy significativo de los plazos de provisión reales, motivo por el cual resultaría más improcedente, si cabe, contemplar tales paradas en el cómputo de un parámetro, el tiempo medio de provisión, dirigido a identificar situaciones concretas de discriminación respecto de los tiempos medios reales de provisión.

Por otra parte, el hecho de que no todas las actuaciones enmarcadas en la provisión de los servicios mayoristas de la OBA y de las actividades equivalentes en autoprestación son totalmente comparables ya ha sido tenido en cuenta. En este sentido en la Resolución recurrida, especialmente en los Fundamentos de Derecho Cuarto, Quinto y Sexto, ya se ha identificado y estudiado la concurrencia de ciertas tareas de coordinación entre operadores u otras labores administrativas exclusivas del servicio mayorista de la OBA, ante las cuales se ha concluido la improcedencia de efectuar comparativas con las actividades equivalentes en autoprestación, por lo que los ejemplos presentados por TESAU en relación a situaciones en las que los servicios mayoristas de la OBA supuestamente conllevan la aparición de un mayor número de incidencias y, por tanto, de paradas de reloj, deben ubicarse mayoritariamente entre las citadas tareas identificadas como no aptas para efectuar comparativas. En consecuencia, dado que dichas tareas se encuentran perfectamente delimitadas en el expediente de referencia, esta



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comisión evaluará convenientemente, cuando se lleven a cabo comparativas de tiempos medios de provisión, cuando concurren tales circunstancias, lo cual no desvirtúa la validez de la Resolución recurrida, que ha ponderado unas y otras.

En cuanto a la alegación de TESAU de que resultaría contradictorio que sí se descontasen las incidencias y paradas de reloj cuando se calcula el tiempo de provisión del servicio mayorista y se compara con el plazo que establece la OBA, y sin embargo no se haga lo mismo cuando se computa el tiempo medio de provisión para la comparativa con los servicios en autoprestación, hay que contestar recordando la diferente naturaleza y función de ambos conceptos: En primer lugar, el tiempo de provisión de cada servicio mayorista está sujeto de forma individualizada a unos plazos máximos establecidos en la OBA, que constituyen el límite máximo admisible, cuyo cumplimiento no resulta condición suficiente para juzgar el comportamiento de TESAU como no discriminatorio, si bien su incumplimiento justifica la imposición de penalizaciones. Por su parte, el tiempo medio de provisión sí tiene por objeto la identificación de comportamientos discriminatorios por parte de TESAU. Se trata, por tanto, de parámetros que persiguen objetivos completamente diferenciados.

En definitiva, el tiempo de provisión de los servicios mayoristas de la OBA no constituye un parámetro estadístico, sino que, muy al contrario, por su función de baremo para la imposición de penalizaciones caso a caso, debe contemplar las singularidades que concurren en cada uno de los servicios provisionados, como son las paradas de reloj no imputables a TESAU. Por el contrario, no puede afirmarse lo mismo del tiempo medio de provisión, cuyo carácter estadístico conlleva la necesidad de excluir tales singularidades, por los motivos que ya se han señalado.

Por último, en lo referente a la alegación de TESAU de que, en caso de mantenerse esta obligación, el tiempo medio de provisión de servicios mayoristas de la OBA se pudiera ver artificialmente aumentado, lo cual avocaría a la recurrente a un incumplimiento de la obligación de que el tiempo medio en OBA no sea mayor que en autoprestación, con el consiguiente riesgo de sanción, ó bien a retrasar de forma masiva la provisión a sus clientes minoristas para compensar las posibles incidencias que se puedan producir en los servicios mayoristas de la OBA, hay que poner de manifiesto que TESAU debe proveer los servicios mayoristas de la OBA a los operadores en condiciones equivalentes y no discriminatorias, y a tal fin se ha puesto de manifiesto repetidamente la necesidad de eliminar cualquier barrera que pueda suponer un elemento de enmascaramiento de las condiciones reales en que se prestan los servicios mayoristas a los operadores y los de autoprestación.

En definitiva, que procede desestimar el recurso en este punto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Sobre la exigencia de solicitar la autorización previa para modificar actividades, procesos y sistemas internos de TESAU.

Para la recurrente, la obligación impuesta de solicitar y obtener de la CMT autorización administrativa previa para cualquier modificación de los procesos del SICOBA sería contrario a Derecho y se habría incurrido en desviación de poder, ya que esta nueva obligación se habría impuesto al margen de la habilitación legal de la Comisión para regular el sector, por incumplir el principio de intervención mínima y por ampliar la regulación a cuestiones no expresamente previstas en la normativa sectorial vigente, con el objetivo de intervenir en la libertad de gestión empresarial.

En cuanto al fondo de esta obligación impuesta, según TESAU la obligación de comunicar a esta Comisión, con una antelación mínima de un mes, cualquier cambio previsto en sus procesos o sistemas relacionados con el expediente, supone, en la práctica, retrasar por el mismo plazo el desarrollo de dichos cambios, y estima que si bien la notificación de los cambios resulta lógica para mantener los principios de trazabilidad que se requerían, no resulta aceptable, por otra parte, que las modificaciones en los procesos internos de TESAU se sometan necesariamente a la aprobación de esta Comisión, sino únicamente a su comunicación.

Frente a estas alegaciones hay que señalar en primer lugar que dicha obligación, igual que otras contenidas en la Resolución recurrida, es necesaria para garantizar la efectividad de las obligaciones regulatorias impuestas en materia de Ofertas Mayoristas, se ha dictado siguiendo el procedimiento legalmente establecido en la Ley General de Telecomunicaciones y en su normativa de desarrollo, y se han garantizado todos los derechos de TESAU, entre ellos el de audiencia, por lo que en ningún momento se producido ni desviación de poder ni vulneración de derechos constitucionales, ni indefensión, y hay que desestimar de plano esta alegación.

En cuanto al presunto retraso causado por la obligación de comunicar a esta Comisión, con una antelación mínima de un mes, cualquier cambio previsto en sus procesos o sistemas, cabe señalar que evidentemente la obligación de comunicación no puede suponer un retraso por sí misma, dado que no es preciso que TESAU espere hasta el instante en que se finaliza la implementación para efectuar la comunicación a esta Comisión, y tampoco se puede presuponer que esta Comisión incurriera en retrasos en la aprobación de las citadas modificaciones, provocando un retraso indefinido en su implantación, ya que constituye una presunción errónea.

La recurrente estima además que si bien la notificación de los citados cambios resulta lógica para mantener los principios de trazabilidad que se requerían, no resulta aceptable, por otra parte, que las modificaciones en los procesos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

internos de TESAU se sometan necesariamente a la aprobación de esta Comisión, por lo que solicita que la obligación se limite únicamente a su comunicación, pero por parte de esta Comisión debe rechazarse dicha solicitud ya que de otra forma no se estaría garantizando completamente la continuidad de los principios de trazabilidad.

En definitiva, procede desestimar el recurso en los extremos antes indicados.

TERCERO.- Sobre la obligación de que el tiempo medio de provisión de los servicios mayoristas de la OBA no exceda al tiempo medio de provisión de servicios equivalentes en autoprestación.

Según TESAU, la comparativa de plazos medios que establece la Resolución recurrida implica que se le impone la obligación de calcular un nuevo parámetro, y establece que el mismo no puede exceder el tiempo medio de provisión en autoprestación, para lo cual además no se pueden descontar las paradas de reloj, todo lo cual sería es su opinión nulo por ser contrario a Derecho, además de desproporcionado y discriminatorio, ya que los tiempos medios de provisión de servicios mayoristas y minoristas en la práctica no serían comparables, al ser en algunos casos diferentes y con hitos de comienzo de cómputo e intervalos distintos. Concretamente señala que no se tienen en cuenta las diferencias intrínsecas entre servicios mayoristas de la OBA y servicios en autoprestación, puesto que en OBA concurren labores y plazos de interacción y sincronización entre TESAU y los operadores que no se dan en autoprestación. Además TESAU teme que se le acuse de discriminación si los tiempos medios de provisión del servicio mayorista sean mayores que los servicios equivalentes en autoprestación, a pesar de que los primeros cumplan con los tiempos establecidos en la OBA y aprobados por esta Comisión, lo que le causaría inseguridad jurídica, quiebra del principio de confianza legítima e indefensión.

Frente a estas alegaciones hay que poner de manifiesto que en la aprobación de la Resolución recurrida no hubo ni vicio procedimental, ni extralimitación alguna en sus funciones, ni imposición de obligaciones regulatorias que estén fuera del marco de la aplicación de la normativa sectorial en materia de Ofertas Mayoristas, ya que las obligaciones dimanantes de la implantación del SICOPA se han impuesto cumpliendo los requisitos procedimentales establecidos en las Leyes (concretamente en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y en su normativa de desarrollo, y en la LRJPAC), y emanan directamente de la obligación legal y regulatoria de transparencia y no discriminación, que en concreto le fue impuesta a TESAU por las Resoluciones del Consejo de 11 de mayo y 1 de junio de 2006 de determinación y análisis de los Mercados mayoristas 11 y 12, y en ejecución de las mismas de la existencia de la OBA, por lo que no puede alegarse que suponen obligaciones regulatorias *ex novo*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo hay que señalar que en el expediente de referencia y en la Resolución recurrida (especialmente a lo largo de su Fundamento de Derecho Sexto) se ha puesto de manifiesto la concurrencia de tareas de coordinación entre operadores u otras labores administrativas exclusivas del servicio mayorista de la OBA, ante las cuales se ha concluido la improcedencia de efectuar comparativas con los servicios en autoprestación. En consecuencia, dado que dichas tareas se encuentran perfectamente delimitadas en la Resolución, esta Comisión evaluará convenientemente cuándo concurren tales circunstancias, al objeto de que la obligación relativa los tiempos medios de provisión se aplique adecuadamente a las tareas que se han estimado equivalentes y comparables.

Es decir, no se ha producido ni nulidad por discriminación o desproporción, ni indefensión alguna, por lo que tampoco cabe estimar las alegaciones de la recurrente al respecto.

CUARTO.- Sobre el supuesto análisis incorrecto de los procedimientos de TESAU y de sus implicaciones en el SICOPA.

4.1 Sobre la reducción del plazo de provisión de los servicios en autoprestación equivalentes al TCI de la OBA.

Respecto a aspectos específicos de la actividad equivalente de instalación de cableado entre RPCA y DSLAM, la recurrente señala que la reducción del plazo del servicio TCI de la OBA no sería posible ya que este servicio es más complejo técnicamente que su equivalente en autoprestación y que requiere más actuaciones, por lo que sería imposible de proveer en el plazo establecido de 10 días (la recurrente estima que realmente se necesitarían 30 días), y además el grado de ocupación de la capacidad instalada, muy alta en los tendidos de TESAU (en autoprestación) y muy baja en los TCIs instalados de los demás operadores, por lo que realmente no precisan de reducciones de plazo porque tienen ya disponible una gran capacidad para dar de alta nuevos clientes. Además, por la misma razón, discrepa de la equivalencia de plazos de subactividades y propone una nueva Tabla de subactividades y plazos máximos de tendido de cableado para la comparativa entre los servicios de autoprestación y de OBA plasmando las diferencias antes mencionadas, y como diferenciando si existe o no necesidad de instalar nueva infraestructura, y una nueva tabla de hitos temporales para tendido de cableado para la comparativa entre servicios en autoprestación y de la OBA, y declara que los cambios en los plazos con los proveedores son pactados y permiten cierta flexibilidad, lo que no ocurre en el ámbito de la OBA.

En concreto TESAU indica que, si bien en el plazo señalado de 28 días naturales se desarrollan diversas actuaciones, éstas se llevan a cabo en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

paralelo y tienen una complejidad y duración muy diferentes, y señala que no es comparable la instalación de los mazos de cableado a lo largo de las diferentes salas con la instalación de una tarjeta en el DSLAM o bien la ampliación del propio DSLAM, y que la Comisión no ha tenido en cuenta estas diferencias cuando estableció que ambas tareas consumen el mismo plazo, es decir, la mitad del periodo total de 28 días. También discrepa de la reducción del plazo para los servicios de la OBA (EdS CP) ya que en la OBA existirían subactividades adicionales que no son necesarias en autoprestación, y propone modificar al dichos efectos las tablas de subactividades y de hitos relevantes para comparar la autoprestación con el servicio OBA equivalente (EdS CP) y la tabla de hitos relevantes, con plazos diferentes para uno y otro servicio. Por último, declara que los cambios en los plazos con los proveedores son pactados y permiten cierta flexibilidad, lo que no ocurre en el ámbito de la OBA, y señala la imposibilidad material de priorizar las solicitudes de todos los operadores.

Frente a estas alegaciones hay que contestar que ya se ha evidenciado en el expediente de referencia y en la Resolución recurrida (especialmente en sus Fundamentos de Derecho Sexto y Octavo) que el contrato marco contempla la realización de tres tipos de actuaciones en un plazo de 28 días naturales (19 laborables); es decir:

- TESAU desarrolla otras actuaciones que no se corresponden con la actividad equivalente de tendido de cable entre RPCA y DSLAM, tales como la instalación de tarjetas ADSL adicionales o de un nuevo DSLAM, o incluso el establecimiento de circuitos de transmisión con el resto de la red. Por tanto, siendo la actividad equivalente de instalación de cableado entre RPCA y DSLAM una parte del total de actividades ejecutadas, habrá que tener presente que no todo el plazo que los procedimientos de TESAU contemplan para la ejecución de estos trabajos puede imputarse a la provisión de la citada actividad equivalente, lo que vendría a justificar que se le imputase una fracción del plazo máximo total. Por consiguiente no puede admitirse que el plazo atribuible al servicio OBA de TCI sea el mismo que el que TESAU emplea para la realización de un número muy superior de actuaciones, independientemente del carácter secuencial o simultáneo de las actuaciones efectuadas.
- En este sentido, no parece justificable que la instalación de equipos DSLAM requiera de plazos significativamente inferiores a los correspondientes a los trabajos de cableado entre repartidor y DSLAM, tal como señala TESAU en sus alegaciones. Muy al contrario, la descripción aportada por el operador sugiere que la instalación de equipos implica intervenciones tanto de carácter mecánico como de cableado eléctrico y óptico que, tal como la propia TESAU reconoce, pueden consumir un plazo de hasta dos días. El citado plazo no contempla el correspondiente a las pruebas de instalación que TESAU realiza de forma previa a la finalización de los trabajos, y cuya



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incorporación viene a evidenciar que las intervenciones realizadas en relación a la instalación de equipos consumirían aproximadamente la mitad del plazo total contemplado para la ejecución de trabajos.

- En lo relativo a la fase de gestión de recursos, que requiere 12 de los 19 días laborables contemplados en el contrato marco, tampoco parecería razonable imputar plazos inferiores a la actividad de instalación de equipos DSLAM con respecto a los trabajos de instalación de cableados, siendo un hecho incuestionable que el suministro de equipos de telecomunicaciones está habitualmente sujeto a unos plazos de entrega notables que, por tanto, tendrán una importante repercusión en el proceso de gestión de recursos.

En definitiva, dado que TESAU lleva a cabo tres actividades diferentes en el plazo establecido según el contrato marco, resultaría injustificable que se imputase el plazo completo a la ejecución de una sola tarea, el tendido de cable entre RPCA y DSLAM, especialmente cuando ha podido comprobarse la notable complejidad atribuible a las otras dos. Por consiguiente, procede desestimar también esta alegación.

4.2 Sobre el adelanto de subactividades antes de la validación de la solicitud de los servicios en autoprestación equivalentes a TCI.

Según TESAU, resulta inaceptable la realización de tareas de provisión durante el período de validación, pero frente a esta alegación hay que reiterar que ya se han evaluado los aspectos relativos a las actividades de validación en el siguiente sentido:

- Se reitera lo irracional que resultaría consumir el plazo de validación en su totalidad, una vez se ha verificado la coherencia de las solicitudes. Si bien no se discute la necesidad de llevar a cabo el citado proceso de validación, debe tenerse en cuenta que la OBA se refiere a plazos máximos, por lo que no puede admitirse que una vez finalizan las actuaciones dirigidas a confirmar la validez de la petición se vean bloqueadas el resto de intervenciones, especialmente cuando se trata de actividades cuyo desarrollo eficaz no precisa de la completa finalización del proceso de validación, por los motivos ya expuestos a lo largo del procedimiento, y mucho menos conlleva un riesgo para TESAU por provocar el inicio de obras incorrectas o no deseadas.
- La tarea de planificación y gestión de recursos por parte del suministrador, cuya especial relevancia a nivel de consumo de plazos ha podido constatarse a lo largo del procedimiento, resulta especialmente significativa de cara a justificar lo irracional que resultaría el bloqueo del proceso hasta el agotamiento íntegro del plazo de validación. En efecto, la planificación y gestión de recursos no se lleva a cabo de forma específica central a central, sino que por el contrario constituye una actividad de carácter estadístico



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cuyo objetivo es facilitar la disponibilidad de recursos a nivel general, esto es, considerando la totalidad de los proyectos de TESAU. Por tanto, la ejecución eficaz de las citadas actividades de gestión de recursos en absoluto requiere la finalización de los periodos de validación de cada solicitud individual, siendo el número global de solicitudes un parámetro totalmente válido para el correcto dimensionado de los mencionados recursos.

En definitiva, que hay que afirmar la vigencia de dichas medidas de validación y desestimar esta alegación.

4.3 Sobre la provisión del servicio en autoprestación equivalente a coubicación.

Sobre aspectos específicos de la actividad equivalente de construcción de canalización de acceso a central, según TESAU, existen diferencias entre el servicio OBA de coubicación y las actividades equivalentes debido a la existencia en el mismo de tareas de coordinación, elaboración y aceptación del proyecto técnico, etc. Asimismo indica que en el servicio de coubicación deben contemplarse tareas posteriores a la realización del proyecto técnico, dirigidas a la realización de un proyecto de obra de mayor complejidad y detalle técnico. Por todo ello propone modificar las tablas de subactividades y de hitos relevantes de comparativa entre autoprestación (construcción de canalización de acceso a central) y el servicio OBA de entrega de señal por cámara multioperador CRMO, con plazos diferentes para uno y otro servicio, y alega nuevamente que los trámites en autoprestación son menores y más sencillos, y no requieren intervención ni aceptación de terceros.

En respuesta a dichas alegaciones hay que señalar nuevamente que en el expediente de referencia y en la Resolución recurrida (especialmente en su Fundamento de Derecho Sexto, Apartado 2.2.4) se identificó cuándo concurren tareas exclusivas del servicio OBA y, por tanto, no comparables a efectos de cómputo de plazos, y en el caso concreto del servicio de coubicación tales salvedades ya han sido evaluadas, concluyéndose que las tareas que efectivamente resultan aptas para realizar comparativas proporcionadas son únicamente las relativas a la ejecución de la obra.

En relación a la supuesta necesidad de considerar en los procedimientos relativos a la coubicación la existencia de una tarea adicional consistente en la elaboración del proyecto de obra, se reitera que no puede admitirse lo que TESAU remarca en sus alegaciones en relación a la necesidad de contabilizar un plazo adicional para el desarrollo de dicha tarea cuando se presta el servicio mayorista, dado que la provisión de este último ya incluye entre sus tareas exclusivas, tal como se establece en la OBA, las relativas a la elaboración de un proyecto técnico detallado, de forma que lo afirmado por Telefónica supondría la duplicación de una misma actividad en el flujograma de procesos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En efecto, la OBA establece un período lo bastante amplio para que TESAU lleve a cabo las actuaciones dirigidas a finalizar un proyecto detallado y completo en todos los aspectos, y que por tanto incorpore no solamente información genérica sobre los espacios y facilidades asignados a los operadores, sino toda la información necesaria para ejecutar los trabajos de construcción en su totalidad. En definitiva, no se considera justificable, en contra de lo afirmado por la recurrente, que en el flujograma de procesos OBA deban considerarse dos tareas relativas a la elaboración de proyectos técnicos de diferente naturaleza.

No obstante lo anterior, en el caso OBA concurren necesidades adicionales de coordinación derivadas de la necesidad de confirmación del proyecto por parte de los operadores, que repercuten en los plazos realmente consumidos por esta tarea, lo que desaconseja que las actividades dirigidas a la elaboración del proyecto se consideren equivalentes entre servicios OBA y en autoprestación, no siendo, por tanto, susceptibles de facilitar comparativas fiables.

En definitiva, que hay que desestimar igualmente esta alegación de la recurrente.

CUARTO.- Sobre la presunta existencia de obligaciones de imposible cumplimiento.

4.1.- Sobre el volcado automático de la información en SICOPA.

La recurrente señala que parte de la información contenida en sus sistemas internos, por motivos funcionales tales como la necesidad de promediar o agregar datos, se incorporará a SICOPA mediante un volcado automático pero no siempre inmediato, y que la solicitud de lo contrario por parte de esta Comisión situaría a TESAU en una situación de indefensión, ya que estaría obligada a unos compromisos de imposible cumplimiento.

Al respecto debe señalarse que TESAU ha interpretado erróneamente lo demandado por esta Comisión, dado que en ningún momento se ha requerido la inmediatez de los volcados de datos, sino únicamente su carácter automático. Por tanto, esta alegación debe desestimarse.

4.2.- Sobre el plazo de la puesta en servicio de SICOPA.

La recurrente señala que la obligación de poner en marcha el SICOPA en un plazo de 60 días desde la notificación de la Resolución recurrida sería materialmente imposible de cumplir, ya que las nuevas obligaciones impuestas requerirían 142 días de trabajos, y que no es posible acometerlos en paralelo desde el inicio del plazo, además de la limitación de medios materiales y humanos, por lo que estima que finalizaría la implantación a finales de enero de 2009.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin embargo, TESAU no aporta prueba alguna acreditativa de dicha imposibilidad ni de los datos que alega, por lo que sólo cabe desestimar esta alegación.

QUINTO.- En general, sobre las alegaciones de la existencia de presuntos defectos formales y procedimentales, de vulneración de derechos y de indefensión.

TESAU efectúa en su escrito una serie de alegaciones previas en las que, de la misma manera que hace en numerosos recursos de reposición previos al presente, realiza una serie de alegaciones genéricas en relación a que la Resolución de 22 de mayo de 2008 se habría aprobado con omisión del procedimiento legalmente establecido para modificar obligaciones regulatorias sectoriales, con falta de motivación suficiente, y que esta Comisión se habría extralimitado en sus competencias, todo lo cual le habría causado indefensión.

Frente a esta alegación hay que reiterar que en la aprobación de la Resolución recurrida se han ejercido las competencias regulatorias que están previstas en el artículo 48 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones así como la normativa de desarrollo de la misma y de conformidad con el procedimiento administrativo regulado en la LRJPAC, con una motivación suficiente, respetando escrupulosamente el derecho de audiencia de la recurrente, que pudo alegar varias veces, y sin extralimitación alguna ni imposición de obligaciones regulatorias que estén fuera del marco de la aplicación de la normativa sectorial en materia de Ofertas Mayoristas, ni vulneración del derecho constitucional de la recurrente al libre ejercicio de su actividad empresarial, ya que las obligaciones del SICOBA responden al cumplimiento de la regulación sectorial vigente, como se explica a continuación:

A) Sobre la fundamentación de la Resolución.

En concreto, en lo referente a la fundamentación de la Resolución recurrida y el respecto a la normativa sectorial vigente, la alegación de TESAU carece de rigor, ya que en la misma se argumentaba suficientemente la adopción de la medida regulatoria recurrida:

- El hecho de que la Resolución de 22 de mayo de 2008 contenga algunos extremos que difieren de los inicialmente planteados en el trámite de audiencia es resultado del ejercicio de la potestad administrativa decisoria de esta Comisión y, en general, de sus competencias legalmente establecidas, de conformidad con las normas jurídicas vigentes, singularmente el citado artículo 48 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y la LRJPAC.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Los cambios introducidos por esta Comisión en su Resolución respecto del Informe de audiencia fueron consecuencia de las alegaciones presentadas por los diferentes interesados al respecto, y se han motivado suficientemente en los Fundamentos de Derecho de la citada Resolución recurrida, en estricto cumplimiento del artículo 54.1.c) de la LRJPAC.
- La Resolución recurrida contiene de forma profusa (92 páginas) todos aquellos criterios utilizados y conclusiones obtenidas tras el oportuno análisis practicado de las circunstancias concurrentes y se ha dado contestación a todas y cada una de las alegaciones efectuadas por TESAU y por los demás operadores. Muestra de ello es el hecho de que la propia recurrente ha impugnado la misma rebatiendo algunos de los razonamientos y criterios establecidos por esta Comisión en la propia Resolución ahora recurrida. Cuestión diferente es que TESAU comparta o no las decisiones adoptadas por esta Comisión en dicha Resolución, pero sin que ello nada tenga que ver con la supuesta insuficiencia en la motivación de los cambios introducidos respecto del informe de audiencia.

A tal efecto, cabe destacar la reiterada interpretación jurisprudencial en relación a la motivación de los actos administrativos, con arreglo a la cual, la exigencia contenida en el artículo 54.1 de la LRJPAC se traduce en la obligación de exteriorizar las razones que sirven de fundamento a la decisión administrativa, realizando una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de Derecho que dan lugar a la adopción de la decisión, en aras a permitir a los afectados 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.¹

En definitiva, no es admisible la alegación de TESAU en lo referente a supuesta falta de motivación suficiente de la Resolución del Consejo de esta Comisión de 22 de mayo de 2008.

B) Sobre la alegación de indefensión.

¹ El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en Sentencias 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

Frente a la repetida alegación de TESAU de que la supuesta falta de motivación suficiente sobre los cambios introducidos por esta Comisión en su Resolución respecto del Informe de audiencia le habrían provocado indefensión que provocaría la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida, hay que responder reiterando que en el procedimiento de aprobación del SICOBA no se ha producido en ningún momento la indefensión alegada por TESAU, ya que en todo momento tuvo oportunidad de presentar alegaciones y de aportar toda la información y documentación que estimó pertinente a sus intereses, y más específicamente en el trámite de audiencia practicado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJPAC.

Es decir, que hay que negar de manera categórica la existencia de indefensión de TESAU en el procedimiento 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.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de junio de 2004 (RJ 2004/7632), describe el concepto de indefensión: *“la esencia de la indefensión, esto es, una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, o, en otras palabras, aquella situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de las facultades de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en aplicación del indispensable principio de contradicción”*.

Pero además, según las Sentencias del Tribunal Constitucional 65/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 65) y 178/1998, de 14 de septiembre (RTC 1998, 178), 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 impugnabile en vía judicial, y serán los jueces y Tribunales los que enjuicien eventuales vulneraciones del ordenamiento jurídico por parte de las Administraciones Públicas. Así, la indefensión se produciría si no se pudiese acceder a la vía judicial, lo que no es el caso ya que TESAU y los demás interesados tienen la posibilidad de impugnar en vía contencioso-administrativa la Resolución recurrida desde que fue notificada la misma (hay que recordar que recurrir en reposición es potestativo, como establece el artículo 116.1 de la LRJPAC), y asimismo la recurrente podrá hacerlo desde que sea notificada de la Resolución del presente recurso potestativo de reposición.

En definitiva, no cabe aceptar como válida la alegación de indefensión derivada de la Resolución recurrida ni del procedimiento administrativo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tramitado al efecto, por carecer de base jurídica ya 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, y en especial porque se ha garantizado, en todo momento, el derecho de la recurrente a efectuar alegaciones, así como por no haber lugar a la invocación del derecho a la tutela judicial en el marco de un procedimiento administrativo no sancionador.

C) Sobre la presunta extralimitación en sus funciones de esta Comisión.

Frente a dicha alegación hay que reiterar que por parte de esta Comisión no hubo extralimitación alguna en sus funciones ni imposición de obligaciones regulatorias que estén fuera del marco de la aplicación de la normativa sectorial en materia de Ofertas Mayoristas, ya que las obligaciones dimanantes de la implantación del SICOBA emanan directamente de la obligación legal y regulatoria de transparencia y no discriminación, que en concreto le fue impuesta a TESAU por las Resoluciones del Consejo de 11 de mayo y 1 de junio de 2006 de determinación y análisis de los Mercados mayoristas 11 y 12, y en ejecución de las mismas de la existencia de la OBA, por lo que no puede alegarse que suponen obligaciones regulatorias *ex novo*. Y tampoco se vulnera de ninguna manera el derecho constitucional de la recurrente al libre ejercicio de su actividad empresarial, ya que las obligaciones del SICOBA no interfieren en su actividad comercial y corporativa, simplemente responden al cumplimiento de la regulación sectorial vigente.

D) Sobre la solicitud de declaración de confidencialidad.

Por último la recurrente señala que la Comisión habría levantado a posteriori y unilateralmente la confidencialidad de determinada información del expediente y que afectarían al secreto comercial e industrial de TESAU. Sin embargo, examinada nuevamente la confidencialidad de determinados documentos aportados en vía de recurso, se ha denegado nuevamente la de algunos de ellos, puesto que su difusión o conocimiento no causa perjuicios ni a la recurrente ni a terceros.

En conclusión, la Resolución recurrida se ajusta a Derecho, por lo que no cabe alegar vicio alguno de legalidad, ni de falta de motivación ni de indefensión, por lo que procede desestimar todas las alegaciones de TESAU 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

UNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U., contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 22 de mayo de 2008 de análisis de los procedimientos internos relativos a las actividades en autoprestación de TESAU y de los procesos automáticos de incorporación de información al sistema de información de planificación y seguimiento de la OBA (SICOBA), recaída en el expediente DT 2006/1586, 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 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