



COMISIÓN 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 23/09 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 25 junio de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN RELATIVA AL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE FECHA 26 DE MARZO DE 2009 SOBRE EL CONFLICTO DE ACCESO SUSCITADO ENTRE GRUPALIA INTERNET, S.A. Y AQUÉLLA, EN EL MARCO DE LA OFERTA DE REFERENCIA DE LÍNEAS ALQUILADAS TERMINALES DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U (AJ 2009/762).

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U (en adelante, TESAU) contra el Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 26 marzo de 2009, sobre el conflicto de acceso suscitado entre GRUPALIA INTERNET, S.A. (en adelante, GRUPALIA) y aquella entidad en el marco de la oferta de referencia de líneas alquiladas terminales de TESAU, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 23/2009 del día 25 de junio de 2009, la siguiente Resolución:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de fecha 26 de marzo de 2009, relativa al conflicto de acceso entre GRUPALIA y TESAU, en el marco de la oferta de referencia de líneas alquiladas terminales de TESAU (RO 2008/1861).

Con fecha 26 de marzo de 2009, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución relativa al conflicto de acceso suscitado entre GRUPALIA y TESAU en el marco de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas Terminales de TESAU.

En esta Resolución se acordó lo siguiente:

*“**Primero.-** Declarar que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., de acuerdo a la regulación actual, tan sólo tiene derecho a repercutir en la constitución de Puntos de Interconexión de Circuitos mediante la reutilización de infraestructuras OBA, por los siguientes conceptos:*

- *Tendido interno de cable de fibras, coaxiales o cables UTP/STP CAT5 y los trabajos de conexión hasta la sala OBA o arqueta multioperador, ajustándose a la lista de precios recogida en la OBA.*
- *Una cantidad igual al 1,5% anual, en concepto de gastos de mantenimiento.*

***Segundo.-** Declarar que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., conforme a la regulación actual, no tiene derecho a repercutir importe alguno distinto a los establecidos en el apartado anterior.*

***Tercero.-** TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. no podrá incluir en las Acuerdos Generales de Líneas Alquiladas Terminales de manera unilateral, cláusulas contrarias a los términos establecidos en la ORLA.”*

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por TESAU contra la Resolución de fecha 26 de marzo de 2009.

Con fecha 11 de mayo de 2009 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito presentado por TESAU, en virtud del cual interponía recurso de reposición contra la Resolución de fecha 26 de marzo de 2009 citada anteriormente, con fundamento en los siguientes motivos de impugnación:

- Nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.1 a) 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), en relación con la infracción de los artículos 3, 10.4, 11.5 de la LGTel y 24.1 y 9.3 de la Constitución Española,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dado que carece de toda proporcionalidad y genera inseguridad jurídica derivada de las nuevas obligaciones.

- Subsidiariamente, anulabilidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la LRJPAC, por infracción de los citados preceptos normativos.

Los referidos motivos de impugnación se invocan por la recurrente en relación con la facturación de los precios para la constitución de un PdIC óptico con Interfaz tradicional en la cámara de registro multioperador (CRMO) ubicada en la central de Madrid-castellana que había sido solicitado por GRUPALIA de conformidad con lo dispuesto en la ORLA.

TESAU manifiesta su disconformidad con la Resolución impugnada al considerar que conforme a la regulación actual TESAU no tendría derecho a repercutir importe alguno a GRUPALIA distinto al 1) Tendido interno de cable de fibras, coaxiales o cables UTP/STP CATS y los trabajos de conexión hasta la sala OBA o arqueta multioperador, ajustándose a la lista de precios recogidas en la OBA, y 2) una cantidad igual al 1,5% anual, en concepto de gastos de mantenimiento.

Sostiene la operadora que se mostraría de acuerdo con la Resolución impugnada si el escenario objeto del conflicto fuese aquel en el que el operador ya se encontraba ubicado en la CRMO, pero que en el presente caso, para atender la petición de GRUPALIA, sería necesario instalar equipos dedicados y realizar actuaciones en planta, por lo que, en opinión de TESAU, resulta errónea la interpretación del apartado 3.3 del Anexo de la ORLA, al sobreentender esta Comisión que la facturación de los cables para la conexión a un equipo implica no facturar el equipo que ha sido solicitado por el operador, por resultar necesario para la prestación del servicio contratado.

Añade que esta Comisión viene a equiparar en la Resolución impugnada la instalación de un equipo para la constitución de un PdIC (Punto de Interconexión de Circuitos) óptico con el aprovechamiento de infraestructuras OBA, al utilizar, para argumentar el pronunciamiento de la Resolución impugnada, la respuesta realizada mediante Resolución de 13 de noviembre de 2008 a la consulta formulada por ASTEL ***“sobre los costes a repercutir por telefónica en la constitución de puntos de interconexión de circuitos mediante la reutilización de infraestructuras de la oferta de acceso al bucle de abonado (oba)”***.

TERCERO.- Notificación del acuerdo de inicio del procedimiento de recurso a GRUPALIA y TESAU.

Mediante escrito del Secretario de la Comisión de fecha 19 de mayo de 2009, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, se comunica a TESAU que se ha iniciado el correspondiente procedimiento de recurso a tramitar bajo el número de expediente AJ 2009/762.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, mediante escrito del Secretario de la Comisión de la misma fecha, se comunica a GRUPALIA el inicio del procedimiento, otorgándole, además, en virtud de lo dispuesto en el artículo 112.2 de la LRJPAC, un plazo de diez días hábiles para que pudiera aducir las alegaciones y aportar los documentos u otros elementos de juicio que considerara pertinentes para su defensa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito presentado por TESAU.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la LGTel, las Resoluciones de la Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar dicho escrito como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de fecha 26 de marzo de 2009, sobre el conflicto de acceso_suscitado entre GRUPALIA y TESAU en el marco de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas Terminales de TESAU.

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto que ya lo era en el procedimiento de conflicto que dio como resultado la Resolución de 26 de marzo de 2009 objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del recurso potestativo de reposición.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO.- Competencia para resolver.

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

QUINTO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC, los recursos de reposición que interpongan los interesados habrán de fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley.

Habida cuenta de que el recurso interpuesto por TESAU se fundamenta en dichos motivos, el Acuerdo del Consejo impugnado cumpliría con el requisito establecido en el artículo 107.1 de la LRJPAC en relación con las resoluciones y actos de trámite que son susceptibles de impugnación.

Y teniendo en cuenta que el recurso presentado, además de cumplir los requisitos del artículo 107.1 de la LRJPAC, cumple igualmente con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la misma Ley y ha sido presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, resulta procedente su admisión a trámite.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre la posible nulidad de la Resolución impugnada al no permitir a TESAU repercutir a GRUPALIA los costes derivados de la constitución de un punto de interconexión de circuitos.

Como se ha expuesto en los antecedentes de hecho de la presente Resolución, TESAU manifiesta su desacuerdo con la Resolución impugnada en la medida en que se señalaba que la operadora únicamente podía repercutir a GRUPALIA, como costes derivados de la constitución de Pdl's ópticos mediante la reutilización de infraestructuras OBA, los siguientes conceptos:

- Tendido interno de cable de fibras, coaxiales o cables UTP/STP CAT5 y los trabajos de conexión hasta la sala OBA o arqueta multioperador, ajustándose a la lista de precios recogida en la OBA.
- Una cantidad igual al 1,5% anual, en concepto de gastos de mantenimiento.

El conflicto entre GRUPALIA y TESAU se originó al intentar esta última cobrar por la instalación y equipos de transmisión, cable de 8 fibras ópticas y tendido interior del mismo desde la CRMO, estudio y realización del proyecto y O+M y gastos indirectos repercutidos.

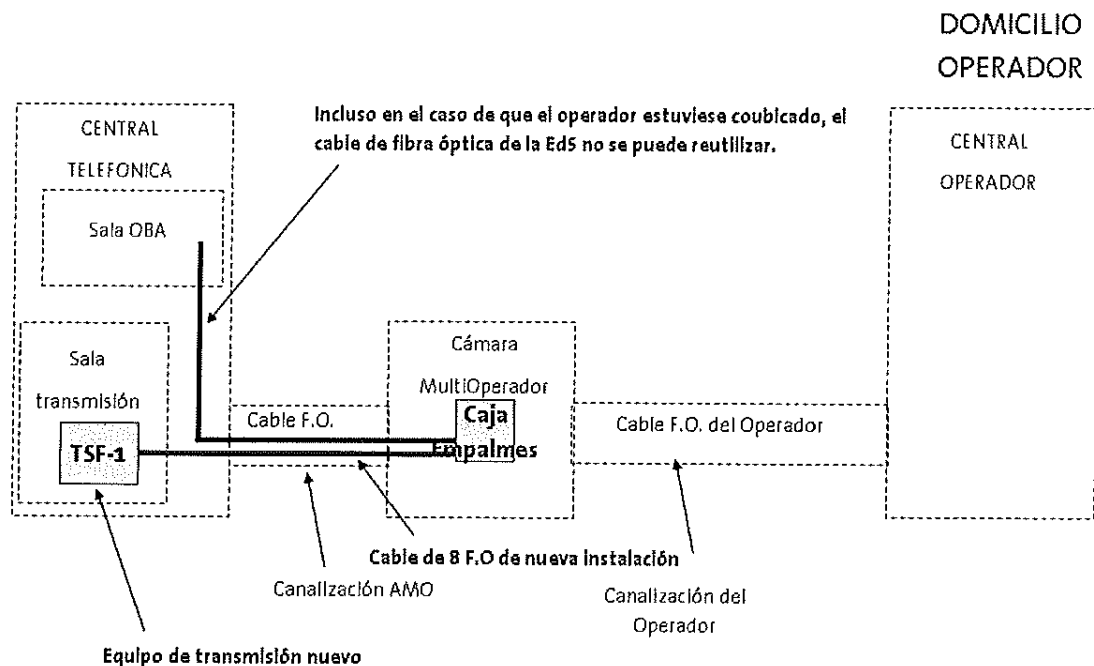


COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sostiene la operadora que la solicitud de GRUPALIA no supone la reutilización de infraestructura existente de equipos en el marco de la OBA, al no estar el operador coubicado en la central de Madrid/Castellana, por lo que cuestiona la aplicación de lo dispuesto en el apartado 3.3 del Anexo 3 de Precios de la ORLA, que establecía que el operador únicamente podría cobrar por los trabajos de conexión y un determinado porcentaje en concepto de gastos de mantenimiento.

Concretamente, sostiene TESAU que la solicitud de GRUPALIA era la de constitución de determinados puntos de interconexión entre los que se encontraba el PdIC con Interfaz Tradicional en la CRMO ubicada en la central de Madrid/Castellana, mediante la *“reutilización de la infraestructura de entrega de señal de un operador coubicado para la constitución de un Pdl óptico o Pdl eléctrico en dependencias de Telefónica”*, siendo ésta una de las posibilidades recogidas en la ORLA.

TESAU expone el esquema siguiente sobre las actuaciones a realizar para la constitución del PdIC solicitada por GRUPALIA.



La solicitud de GRUPALIA conllevaba, por tanto, según el esquema expuesto por TESAU, la instalación de un equipo de transmisión nuevo en la central de TESAU y la única infraestructura previa que GRUPALIA reutilizaría sería la correspondiente al espacio que dispone en la CRMO, ya que como puede observarse en el esquema, no se reutilizarían infraestructuras existentes de equipos en el marco de la OBA, al no estar el operador coubicado en la central Madrid/Castellana, ni tampoco existirían infraestructuras previas y reutilizables de equipos asociados al tráfico de voz o servicios OIR.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En relación con las alegaciones formuladas por TESAU, ha de indicarse, en primer lugar, que la recurrente vuelve a plantear en fase de recurso las mismas alegaciones que vertió en el expediente de origen, y que ya fueron debidamente contestadas en la Resolución impugnada, por lo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 112.1 de la LRJPAC, no deberían tenerse en cuenta en la resolución del recurso interpuesto contra aquélla¹.

Sin perjuicio de ello, sobre la afirmación llevada a cabo por la operadora, relativa a que el supuesto objeto de conflicto no conlleva la reutilización de infraestructuras OBA al no estar coubicado el operador, debe señalarse que el apartado 6.2 de la ORLA establece dos posibilidades de reutilización de infraestructuras OBA para constituir un PdIC:

- a) La conexión eléctrica u óptica al recinto de ubicación para constituir un PdIC eléctrico/óptico en las dependencias de Telefónica.
- b) Uso de cámara multioperador con capacidad vacante para constituir un PdIC óptico.

La solicitud de GRUPALIA constituía la segunda modalidad citada de reutilización de infraestructuras de entrega de señal, para la que se establece en el apartado citado de la ORLA la posibilidad de reutilizar arquetas o cámaras multioperador asociadas a la EdS de la OBA por parte de cualquier operador no coubicado que acceda a dichas infraestructuras por sus propios medios o que llegue a un acuerdo para utilizar el acceso utilizado por un operador coubicado.

La segunda modalidad citada (uso de cámara multioperador con capacidad vacante para constituir un Pdl óptico) prevé, por tanto, el uso de la CRMO con capacidad vacante para constituir un Pdl óptico por parte de un operador que no está coubicado en la central de TESAU, de modo que, en dicho supuesto, la actuación de TESAU consiste en llevar la fibra hasta la cámara multioperador.

No puede tener acogida, por tanto, la alegación de la recurrente, según la cual no puede hablarse de reutilización de infraestructuras en el caso de la solicitud formulada por GRUPALIA, puesto que la ORLA prevé supuestos de reutilización de infraestructuras OBA también para el caso de que el operador alternativo no estuviera coubicado en la central de TESAU, por lo que el supuesto planteado en el esquema expuesto por la operadora también se encuentra incluido en el apartado 6.2 de la ORLA.

Por otro lado, sobre la alegación de TESAU según la cual, en la medida en que para atender la solicitud de GRUPALIA resulta necesaria la instalación de equipos y la realización de actuaciones en planta por parte de la operadora, tiene derecho a cobrar por ella, debe señalarse que para determinar los precios que los operadores habrían de satisfacer a TESAU por las modalidades de reutilización de infraestructuras

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1996 [RTC 1996, 103] y del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2001 [RJ 2001, 3168], 18 de marzo de 1997 [RJ 1997, 2455] y 28 de junio de 1996 [RJ 1996, 5338].



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contempladas en el artículo 6.2 de la ORLA, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el apartado 3.3 del Anexo 3 de precios de la ORLA, en el que se establece lo siguiente:

“3.3 Precios por reutilización de infraestructuras de interconexión y OBA.

Telefónica facturará el tendido del cable de fibras y los trabajos de conexión cuando el operador opte por la reutilización de capacidad vacante en canalización de interconexión o canalización de EdS OBA.

Telefónica facturará el tendido interno del cable de fibras, coaxiales o cables UTP/STP CAT5 y los trabajos de conexión cuando el operador opte por la entrega de los servicios de enlace a cliente o de conexión en espacio de ubicación en Sala OBA. Telefónica deberá ajustarse a los precios por estos trabajos establecidos en la OBA vigente u oferta que la sustituya”.

El apartado mencionado señala, por tanto, que TESAU facturará por la reutilización de infraestructuras de interconexión el tendido de cable de fibras y los trabajos de conexión hasta la sala OBA o la arqueta multioperador realizados en la reutilización de infraestructuras, sin que se aluda en el mismo a ningún otro concepto susceptible de ser facturado.

Además, se analizó en la Resolución de 13 de noviembre de 2008, relativa a la consulta formulada por la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL) *“sobre los costes a repercutir por Telefónica en la constitución de puntos de interconexión de circuitos mediante la reutilización de infraestructuras de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA), si TESAU tenía derecho a facturar por los conceptos relativos a “Estudios y realización de proyectos” e “Instalación y equipos de transmisión”.*

En cuanto a los estudios y la realización de proyectos, se señalaba en dicha Resolución que resultaría de aplicación lo dispuesto en la OBA, que únicamente contempla la posibilidad de facturar por la elaboración de un proyecto técnico en el caso de la entrega de la señal por radioenlace, lo que no tiene lugar en el presente caso, al tratarse del tendido de cableado, coaxial o fibra óptica.

Por lo que se refiere a la instalación y equipos de transmisión, se afirmaba que el espíritu que recogía el reparto de costes entre TESAU y el operador alternativo para la constitución de un PdIC de la ORLA era el mismo, añadiendo que *“excepto en el caso de que el operador no realice ningún trabajo y contrate a Telefónica el servicio de conexión, cada operador es responsable de la instalación y mantenimiento de sus propios equipos de transmisión.”*

Se aclaró, por tanto, en aquélla Resolución que en los supuestos de reutilización de infraestructuras OBA, TESAU no estaba autorizada a facturar por los estudios y la realización de proyectos, así como por la instalación y equipos de transmisión.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Lo anteriormente expuesto, se entiende, como ya se manifestó en la Resolución impugnada, sin perjuicio de que los criterios establecidos en el Anexo 3 de Precios de la ORLA puedan ser revisados en futuras modificaciones de la misma que se lleven a cabo a través del correspondiente procedimiento.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad GRUPALIA INTERNET, S.A. contra el Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 26 marzo de 2009, sobre el conflicto de acceso suscitado entre dicha entidad y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U en el marco de la oferta de referencia de líneas alquiladas terminales de esta última, que se confirma en sus mismos términos.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 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 mediante Resolución de 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, sólo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 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, sin perjuicio de lo dispuesto en el número dos del artículo 58 de la misma Ley

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.