



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 10/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 8 de abril de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución por la que se resuelven los recursos de reposición interpuestos por varias entidades contra la Resolución, de fecha 19 de noviembre de 2009, sobre el análisis de la oferta de acceso a conductos y registros de Telefónica de España, S.A.U. y su adecuación a los requisitos establecidos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (AJ 2009/2131 y acumulados).

I ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Resolución de 22 de enero de 2009, por la que se definen los mercados 4 y 5.

Con fecha 22 de enero de 2009 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, esta Comisión) dictó Resolución sobre la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de Telefónica de España, S.A.U. como operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (en adelante, Resolución de los Mercados 4 y 5), entre las que se encontraban obligaciones en relación con el acceso mayorista a sus infraestructura de obra civil.

El Anexo II de la citada Resolución, que concreta las obligaciones relativas al acceso a la infraestructura de obra civil de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU), establece dentro de la obligación de transparencia en las condiciones de acceso la obligación de publicar una oferta de referencia para la prestación de los servicios mayoristas de acceso a infraestructura de obra civil¹. En particular, se requiere a TESAU la incorporación en la oferta mayorista que se encontraba vigente en ese momento de los elementos especificados en la citada Resolución y la

¹ En adelante denominada Oferta MARCo, cuyas siglas responden a Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos, por ser éstos los principales elementos de la infraestructura de obra civil de TESAU a los que se ofrece el acceso, aunque también forman parte de dicha infraestructura (y se encuentran incluidos en el ámbito de la Oferta) otros, como las canalizaciones y los postes.



comunicación del texto definitivo a esta Comisión para la evaluación de su adecuación a los requisitos fijados.

Segundo.- Resolución de 19 de noviembre de 2009.

Con fecha 19 de noviembre de 2009, en el marco del procedimiento MTZ 2009/1223, esta Comisión dictó Resolución sobre el análisis de la oferta de acceso a conductos y registros presentada por Telefónica de España, S.A.U. y su adecuación a los requisitos establecidos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Por medio de la citada Resolución se resolvió lo siguiente:

“Primero.- Telefónica de España, S.A.U. deberá modificar su oferta de referencia para la prestación del servicio MARCo, en el plazo de 15 días hábiles a partir del día siguiente a la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la presente Resolución, en los términos siguientes:

- *En relación con el ámbito de aplicación de la oferta, según lo establecido en los apartados “Modificación de la oferta” incluidos en la sección 3.1.1.*
- *En relación con los procedimientos previos a la ocupación de las infraestructuras, según lo establecido en los apartados “Modificación de la oferta” incluidos en la sección 3.1.2.*
- *En relación con las normas de ocupación de las infraestructuras, según lo establecido en los apartados “Modificación de la oferta” incluidos en la sección 3.1.3.*
- *En relación con los precios de provisión del servicio mayorista, según lo establecido en los apartados “Modificación de la oferta” incluidos en la sección 3.2.*
- *En relación con los acuerdos de nivel de servicio, según lo establecido en los apartados “Modificación de la oferta” incluidos en la sección 3.3.*
- *En relación con el sistema de fianza, según lo establecido en la sección 3.4.*
- *En relación con el mecanismo de penalizaciones, según lo establecido en los apartados “Modificación de la oferta” incluidos en la sección 3.5.*

La oferta modificada según lo establecido en la presente Resolución se remitirá a esta Comisión para su revisión. Si esta Comisión detectase incorrecciones en el texto con respecto a lo establecido, procederá a su modificación directa y posterior remisión a Telefónica para su publicación en su web (www.telefonicaonline.es). Dicha publicación deberá producirse en un plazo máximo de diez días.

Segundo.- *Telefónica deberá actualizar sus sistemas internos al objeto de posibilitar el registro de parámetros de calidad en los términos recogidos en la presente Resolución.*

Telefónica remitirá con carácter trimestral a esta Comisión mediante correo electrónico a la dirección "datos-fibra@cmt.es" la información especificada en el apartado 3.3.2 de esta Resolución, en formato de hoja de cálculo procesable, y correspondiente al trimestre anterior.



Los envíos se iniciarán con los datos del primer trimestre de 2010 y se realizarán antes de diez días a partir del vencimiento del mes objeto del envío.

Tercero. *Comunicar a la Comisión Europea la presente Resolución, relativa al análisis de la oferta de acceso a conductos y registros de Telefónica de España, S.A., y la Oferta MARCO definitivamente consolidada.*

Cuarto. *Acordar la publicación del presente acto en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.*

Quinto. *La presente Resolución surtirá efectos a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.”*

Tercero.- Recursos de reposición interpuestos contra la Resolución de 19 de noviembre de 2009 y acumulación de los mismos.

Con fecha 30 de diciembre de 2009 tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión tres escritos presentados en nombre y representación de la entidad France Telecom España, S.A. (en adelante France Telecom), la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante ASTEL) y las entidades Cableuropa S.A.U. y Tenaria, S.A. (en adelante ONO), por los que se interponían recursos potestativos de reposición contra la Resolución de 19 de noviembre de 2009 a la que se refiere el antecedente de hecho anterior, dando inicio al procedimiento AJ 2009/2131.

Posteriormente, con fechas 31 de diciembre de 2009 y 4 de enero de 2010 tuvieron entrada en el Registro de la Comisión dos escritos firmados por los representantes de TESAU y de Vodafone España, S.A.U. (en adelante Vodafone), por los que se interponían recursos potestativos de reposición contra la Resolución citada anteriormente.

En virtud de lo establecido en el artículo 73 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 atención al principio de economía procesal y dada la identidad sustancial e íntima conexión del acto contra el que se dirigen todos los recursos, se acordó la tramitación acumulada de los mismos en un único expediente AJ 2009/2131 y acumulados.

Las entidades recurrentes fundamentan su pretensión en la nulidad de pleno derecho y anulabilidad de algunos aspectos de la Resolución impugnada, con fundamento en una serie de alegaciones que se refieren a las siguientes materias, cuya exposición y análisis, para mayor claridad expositiva, se realizarán más adelante con esta misma estructura y orden en el apartado dedicado a las alegaciones de carácter técnico:



I. Ámbito de aplicación de la oferta.

- I.1. Operadores y redes cubiertos.
 - I.1.1. Alegaciones relativas a la delimitación del ámbito de aplicación de la Oferta en función de la tecnología de despliegue: cable de pares de cobre y cable coaxial.
 - I.1.2. Alegaciones relativas a la restricción del ámbito territorial de aplicación de la Oferta al despliegue de red de acceso en tramos urbanos.
 - I.1.3. Alegaciones relativas a los supuestos usos indebidos del derecho de acceso y la posibilidad de denegar solicitudes de acceso sobre la base de ello.
 - I.1.4. Alegaciones relativas a la exclusión del ámbito de aplicación de la Oferta del acceso a tramos de infraestructura de TESAÚ que discurren sobre las fachadas de los edificios.
- I.2. Instrumentación del acceso a las infraestructuras: extensión por parte de TESAÚ de certificados acreditativos del derecho de acceso.
- I.3. Acceso a recursos asociados: sobre la obligación de TESAÚ de facilitar la ubicación en todas sus centrales OBA.

II. Procedimientos previos a la ocupación, en lo relativo a la obligación de proveer soluciones alternativas.

- II.1. Alegaciones relativas al régimen establecido para la provisión de ruta alternativa.
- II.2. Alegaciones relativas al régimen establecido para la provisión de fibra oscura.

III. Normas de ocupación de infraestructuras.

- III.1. Metodología de ocupación: sobre la obligación de flexibilización de la metodología de ocupación (separación de redes) mediante el uso de subconductos flexibles textiles.
- III.2. Reserva de espacio: sobre la cuantificación de la reserva de espacio necesaria para garantizar la ampliación del servicio universal y la reserva operacional común (ROC).

IV. Precios asociados a la provisión del servicio mayorista.

- IV.1. Precio del servicio de información sobre capacidad vacante (SIV), el análisis de solicitudes previo a la visita-replanteo y el alta en sistemas por solicitud de uso compartido
- IV.2. Precio de la realización del replanteo.
- IV.3. Precios de la ocupación de infraestructuras.
 - IV.3.1. Ocupación de conductos o subconductos.
 - IV.3.2. Ocupación de cámaras de registro y arquetas.
- IV.4. Precio del servicio de tendido de cable desde recinto de ubicación de equipos.



V. Acuerdos de nivel de servicio (SLA).

V.1. Niveles de calidad.

- V.1.1. Plazos para la resolución de incidencias, tanto en la fase de provisión del servicio como en la de mantenimiento.
- V.1.2. Plazo para la elaboración de proyectos técnicos para la instalación de cables en postes.

V.2. Indicadores de calidad para el control del cumplimiento del principio de no discriminación.

- V.2.1. Plazos medios de provisión del servicio mayorista y en autoprestación.
- V.2.2. Indicadores cuantitativos.

VI. Penalizaciones.

Cuarto.- Notificación a los interesados de los recursos de reposición interpuestos y de su acumulación.

Mediante los correspondientes escritos del Secretario de la Comisión, fechados los días 30 de diciembre de 2009, 8 de enero y 9 de febrero de 2010, se informó a los cinco recurrentes y a los demás interesados del inicio del procedimiento de tramitación de los recursos potestativos de reposición, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.

En respuesta a la solicitud expresa de TESAU contenida en su recurso de reposición de que se declarara confidencial determinada información considerada de carácter sensible, mediante escrito del Secretario fechado el día 8 de enero de 2010 se resolvió declarar confidencial la información contenida en los párrafos señalados como "CONFIDENCIAL" en las páginas 7, 21 a 26, 37 y 52 a 53 del recurso de reposición presentado por TESAU, así como los Anexos II y III del mismo.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la LRJPAC, se dio traslado a todos los interesados de una copia de los escritos de interposición de los recursos presentados por ONO, France Telecom, ASTEL y Vodafone y una copia no confidencial del recurso interpuesto por TESAU, y se les informó de que disponían de un plazo de diez días para efectuar cuantas alegaciones estimaran convenientes a sus intereses.

Quinto.- Solicitud de suspensión de la Resolución de 19 de noviembre de 2009.

TESAU solicitó en su escrito de interposición del recurso de reposición la suspensión de la ejecución de determinadas obligaciones que le son impuestas por la Resolución recurrida. Dicha solicitud fue desestimada mediante Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 21 de enero de 2010 por no concurrir los supuestos legales establecidos para ello en el artículo 111 de la LRJPAC, con el siguiente Resuelve:

"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 19 de noviembre de 2009 sobre el análisis de la oferta de acceso a conductos y registros de Telefónica de España, S.A.U. y su adecuación a los requisitos establecidos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones."



Sexto.- Alegaciones a los recursos presentados.

Con fechas 29 de enero, 4 y 8 de febrero de 2010 tuvieron entrada en el Registro de la Comisión sendos escritos de las entidades Ibérica de Sonorización y Telecomunicaciones Ibersontel, S.L. (en adelante Ibersontel), France Telecom, ASTEL y Vodafone respectivamente mediante los que se presentaban alegaciones al recurso de TESAU. Asimismo, con fecha 9 de febrero de 2010 se recibió el correspondiente escrito de TESAU mediante el que también presentaba alegaciones a los recursos de los citados operadores alternativos.

Mediante Resolución del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 22 de febrero de 2010 se declaró la confidencialidad de determinada información considerada de carácter sensible contenida en los escritos de alegaciones de Vodafone y TESAU.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero.- Calificación de los escritos.

El artículo 107.1 de la 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.

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.

Las entidades recurrentes califican expresamente sus escritos como recursos potestativos 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 esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar los escritos presentados por los recurrentes como recursos potestativos de reposición que se interponen contra la Resolución de esta Comisión de 19 de noviembre de 2009.

Segundo.- Legitimación de las entidades recurrentes.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y de reposición. Las entidades recurrentes ostentan la condición de interesadas por cuanto que ya lo eran en el procedimiento MTZ 2009/1223 en el que se dictó la Resolución objeto de impugnación.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a todas las entidades recurrentes para la interposición de los presentes recursos.



Tercero.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

Habida cuenta de que los recursos de reposición interpuestos cumplen con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, que se han presentado dentro del plazo establecido por el artículo 117 de la citada Ley y que todos ellos se fundamentan en los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, por lo que procede su admisión a trámite.

Cuarto. Competencia para resolver.

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

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

Preliminar.- Consideraciones generales relativas a la estructura y contenido de la presente Resolución.

Tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de la presente Resolución, son varios los operadores que han presentado recurso de reposición ante esta Comisión. Aunque los recursos se dirigen contra la misma Resolución y en su mayoría coinciden en los aspectos de la Oferta impugnados, debe advertirse la existencia de una diversidad de argumentaciones jurídicas y técnicas planteadas para fundamentar la supuesta antijuridicidad de los mismos contenidos.

Por lo anterior, la estructura argumental de la ratio decidendi de la presente Resolución se ha dividido en dos partes (Fundamento jurídico primero y segundo). Una primera, que analiza desde una perspectiva jurídica la existencia o no de los vicios de nulidad o anulabilidad invocados por los operadores en sus recursos y, una segunda, que se dedica al análisis y contestación de las alegaciones de los operadores que basan la antijuridicidad de la Resolución recurrida principalmente en aspectos de carácter eminentemente técnico y regulatorio.

A su vez, en cada uno de las partes se presentan las distintas alegaciones agrupadas por motivos de impugnación (Fundamento primero) y por materias tratadas en la Oferta sobre las que se presentan alegaciones (Fundamento segundo), siguiéndose en este segundo caso el índice expuesto en el antecedente de hecho tercero.

Las entidades recurrentes aducen un gran número de argumentos y alegaciones para fundamentar las pretensiones revocatorias, lo que supone la imposibilidad de dar respuesta a todas y cada una de ellas de forma individualizada, sin perjuicio, claro está, de la obligación de resolver sobre el fondo de la pretensión.

A estos efectos cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional número 30/1998, de 11 de febrero de 1998 (RTC 1998/30), que establece lo siguiente:



Igualmente debe distinguirse entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas, siendo así que “respecto a las primeras, no sería necesaria para la satisfacción del derecho referido una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario para poder apreciar una respuesta tácita –y no una omisión– que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino los motivos fundamentales de la respuesta tácita”.

También ha de tenerse en cuenta que, puesto que muchas de las cuestiones alegadas por los interesados en los recursos ya quedaron suficientemente contestadas en la propia Resolución MTZ 2009/1223, no es preciso volver a contestar aquéllas que no aportan elementos de debate o datos nuevos.

Por otro lado, como ha señalado el Tribunal Supremo en distintas sentencias, y, entre otras, en las STS de 3 de diciembre de 1996² y de 3 de mayo de 1995³, la motivación de las resoluciones administrativas no exige una contestación exhaustiva y pormenorizada de la totalidad de las alegaciones efectuadas por los interesados a lo largo del procedimiento.

Asimismo, cabe citar en este punto, por su estrecha relación con el objeto del Fundamento jurídico-material segundo, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2009⁴, en la que se pone de manifiesto que cuando las alegaciones formuladas por la parte recurrente se basen en argumentos técnicos discrepantes respecto de los expuestos por la Comisión, la revisión judicial debe basarse en una demostración clara por parte de la recurrente del error de apreciación o interpretación de la Administración, debiendo primar en estos casos la presunción de legalidad de la actuación administrativa en cumplimiento de la ley y al servicio de los intereses generales con objetividad y sometimiento al Ordenamiento Jurídico.

En resumen, entiende la Sala que cuando la materia en controversia verse sobre cuestiones técnicas y complejas, la prueba de las mismas corresponde a las partes, puesto que, de otra manera, debe primar la presunción de legalidad de la actuación administrativa, pudiendo extenderse este criterio de forma general al presente procedimiento.

Primero.- Análisis de las causas de nulidad invocadas por los operadores en sus respectivos recursos de reposición.

De conformidad con lo dispuesto en el 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley. En el presente caso, las entidades recurrentes basan sus recursos de reposición en la posible concurrencia de varias de las causas de nulidad recogidas en el artículo 62.1 de la LRJPAC. Y en el caso concreto de ONO, con carácter subsidiario, en la concurrencia de las causas de anulabilidad que prevé el artículo 63.1 y 2 de la misma Ley.

² RJ 1996\8930.

³ RJ 1995\4050.

⁴ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Supremo, de 29 de septiembre de 2009 (JUR 2009\428087).



France Telecom por su parte presenta su recurso de fecha 30 de diciembre de 2009 al amparo de lo establecido en el artículo 62 de la LRJPAC no aludiendo expresamente a ninguno de los motivos de nulidad previstos en dicho artículo. No obstante, en virtud del principio antiformalista que rige la actividad de la Administración Pública contenido, entre otras, en las SSTS de 28 de octubre de 1991⁵, 19 de noviembre de 1984⁶ y 16 de marzo de 1983⁷, corresponde en todo caso a esta Comisión analizar si concurre o no alguna de aquellas causas o, en su defecto, si la Resolución impugnada incurre en infracción del ordenamiento jurídico determinante de su anulabilidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 63 de la LRJPAC.

En concreto, las entidades recurrentes denuncian la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida con base en el artículo 62.1, letras a), c), e) y f), de la LRJPAC, que prevén los siguientes supuestos:

“Artículo 62. Nulidad de pleno derecho.

1. Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

(.....)

c) Los que tengan un contenido imposible.

(.....)

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

f) Los actos expesos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.”

Procede analizar a continuación la existencia o no de las concretas causas de nulidad invocadas por las entidades recurrentes en sus distintos recursos.

1.1. Sobre la solicitud de nulidad de pleno derecho al amparo del artículo 62.1 a) y e) de la LRJPAC en relación con los artículos 9.3 y 24 de la Constitución por indefensión, falta de motivación y vulneración del artículo 54 de la LRJPAC, limitando derechos e intereses legítimos.

En los recursos interpuestos por ONO, ASTEL, Vodafone, France Telecom y TESAU, dichas entidades manifiestan que la Resolución impugnada se aparta del informe de los servicios sometidos a audiencia pública, introduciendo criterios nuevos contrarios a los anteriores criterios previamente establecidos en la Resolución de 22 de enero de 2009 de los mercados 4 y 5⁸. Y ello

⁵ RJ 1991\8889.

⁶ RJ 1984\6223.

⁷ RJ 1983\1441.

⁸ MTZ 2008/626.



de forma no motivada e injustificada, vulnerándose por ello el artículo 54.1 a) y c) de la LRJPAC en relación con los artículos 9.3 y 24 de la Constitución.

En la página 2 de su recurso de 29 de diciembre de 2009, ONO manifiesta, respecto a la Resolución recurrida, que:

“infringe los intereses de mi representada, separándose radicalmente del criterio seguido en el informe sometido a audiencia (...)”

En este mismo sentido se manifiesta France Telecom en la página 3 de su recurso de 30 de diciembre de 2009, donde dice que:

“La resolución finalmente aprobada introduce una limitación nueva en relación al ámbito de la oferta Marco que no se incluía en el Informe de los Servicios sometido a audiencia.”

De igual manera se pronuncia ASTEL en las páginas 4 a 5 del Fundamento primero de su recurso de 30 de diciembre de 2009, reiterando también la presunta falta de motivación de la resolución impugnada en los Fundamentos tercero y quinto⁹.

Vodafone, por su parte, indica en la página 7 de su recurso de 24 de diciembre de 2009 que:

“Más grave es que el Consejo de la CMT se haya apartado de lo que él mismo dispuso en la Resolución de los mercados 4 y 5 (...) sin la debida motivación y justificación.”

Las alegaciones transcritas de Vodafone son compartidas por TESAU, que, en la página 5 de su recurso de 31 de diciembre de 2009 afirma que la Resolución impugnada:

“se opone a los objetivos de la Resolución de los Mercados 4 y 5 de 22 de enero de 2009, por lo que resulta nula de pleno derecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.1 LRJPAC”.

En contestación a estas alegaciones, cabe significar lo siguiente:

- a) Sobre la naturaleza rectora del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la posibilidad de apartarse del criterio de los servicios del organismo, así como sobre la observancia por parte de la Resolución impugnada de los criterios fijados en la anterior Resolución de 22 de enero de 2009 sobre los Mercados 4 y 5.**

De acuerdo con el artículo 48.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano rector del Organismo, al que corresponde, según el artículo 32 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, y el artículo 4.2 del Reglamento de Régimen Interior¹⁰, el ejercicio de las funciones del organismo regulador previstas por la legislación vigente.

⁹ Páginas 7 a 9 del recurso.

¹⁰ Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 20 de diciembre de 2007, por la que se publica el texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (BOE núm. 27, de 31 enero 2008).



Los servicios de esta Comisión, cuya actividad viene regulada básicamente en el artículo 2.2 del Real Decreto 1994/1996 y desarrollada en el artículo 11 del Reglamento de Régimen Interior, si bien son necesarios para el buen funcionamiento interno del organismo regulador, no expresan ni pueden expresar, la voluntad ni la postura oficial del mismo. Por este motivo, los tribunales han reconocido explícitamente la posibilidad de que el Consejo se aparte de los informes previos elaborados por los servicios, todo ello sin necesidad de motivar expresamente su discrepancia.

En el Fundamento tercero de la SAN de 30 de julio de 2005¹¹ se dice que:

“Por lo demás, la ausencia de motivación en la resolución impugnada, alegación estrechamente vinculada a la anteriormente analizada, carece de fundamento en la medida que la simple lectura de las resoluciones impugnadas, tanto la que decide el conflicto de interconexión, como la desestimatoria del recurso de reposición contienen una motivación ex abundancia en la que se expresan de forma razonada los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión adoptada (por todas, STC 115/96 [RTC 1996\115]) en orden a la determinación de los precios de terminación de llamadas, exposición jurídica razonada que excluye cualquier imputación de insuficiencia o déficit de motivación. En realidad, bajo tal alegación, se denuncia por la actora la ausencia de justificación expresa del apartamiento de la CMT de los criterios y formula contenidos en el Informe elaborado por sus servicios, queja que no puede ser acogida. Como ya hemos indicado con anterioridad, la naturaleza no vinculante de este dictamen implica que su contenido no condiciona la posición de la CMT a la hora de adoptar la decisión y no conlleva, como se pretende por la actora, una exigencia a la CMT de exposición de las concretas razones que determinaron que no siguiera la propuesta del informe, ya que tal apartamiento no precisa, en principio, ser formal ni materialmente justificado, siendo suficiente y válida la motivación ofrecida en los acuerdos impugnados sobre las razones por las que se llega a la solución adoptada sin necesidad de posicionamiento o valoración expresa del dictamen, alegación pues, que ha de ser rechazada por carecer de sustancia y relevancia.”

El criterio fijado en esta Sentencia ha sido aplicado por esta Comisión en distintas resoluciones del Consejo, y entre otras, en la Resolución de 11 de marzo de 2010¹², en cuya página 7 se dice que:

“(…) hay que poner de manifiesto en primer lugar que, respecto a la disconformidad alegada por la recurrente por el cambio en la decisión de esta Comisión respecto del informe de audiencia de los Servicios, la Audiencia Nacional ha confirmado el carácter no vinculante del informe elaborado por los servicios de un órgano administrativo evacuado en el marco del trámite de audiencia para su órgano decisorio, lo que determina que el cambio de criterio que se pueda producir en el acto final aprobado respecto del manifestado en el citado informe no requiere la motivación exigida en el apartado c) del artículo 54.1 de la LRJPAC relativo a la especial motivación que deben tener aquellos actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes.”

Por otro lado, debe indicarse que los servicios de esta Comisión son servicios internos que no tienen el carácter de “órganos consultivos” en el sentido de lo previsto en el artículo 54.1.c) de la LRJPAC. Así ha sido señalado con relación a los servicios internos de las Administraciones

¹¹ RJCA 2006\26.

¹² AJ 2010/106.



públicas, por ejemplo, en la STSJ de la Comunidad de Madrid núm. 291/2001, de 16 de febrero de 2001¹³.

Respecto a la alegación de los recurrentes de que la Resolución impugnada se aparta de criterios o principios técnicos fijados en la anterior de 22 de enero de 2009 relativa a los mercados 4 y 5, debemos señalar que ello no es cierto, como se razonará a continuación.

La Resolución impugnada no modifica el alcance de la obligación de acceso establecida en la Resolución de los Mercados 4 y 5 ni vulnera la normativa reguladora, partiendo las entidades recurrentes de una premisa errónea a la hora de fundamentar esta alegación, por cuanto que la modificación de la Oferta en este punto, en absoluto les impide el ejercicio efectivo de su derecho a que TESAU atienda sus solicitudes razonables de acceso a infraestructuras de obra civil en los casos en los que las solicitudes de acceso se refieran a infraestructuras situadas en lugares distintos a los que la Resolución impugnada considera como tramos urbanos o, lo que es lo mismo, en ámbitos territoriales que queden fuera de la Oferta MARCo.

Antes al contrario, el alcance de la modificación de la Oferta objeto de impugnación en este punto solo se refiere al ámbito territorial de aplicación de la Oferta Marco de TESAU en sí misma considerada sin que afecte al ámbito de aplicación de la obligación de acceso que se le ha impuesto a TESAU en el ámbito del análisis de los mercados 4 y 5. Hay que recalcar al efecto que la obligación de publicar una oferta de referencia (la Oferta MARCo) le ha sido impuesta a TESAU como una obligación de transparencia¹⁴ que, aunque acompaña y complementa a la obligación de acceso, no deja de ser una obligación de naturaleza y finalidad distinta¹⁵. Por lo tanto, la Oferta, como veremos a continuación, no tiene porqué ser necesariamente de aplicación a cualquier solicitud de acceso que los operadores autorizados puedan realizar a TESAU al amparo de la obligación primera impuesta a TESAU dentro de la medida contenida en el Anexo 2 de la Resolución de los Mercados 4 y 5.

En efecto, el punto 1 del Anexo 2 de “Medida en relación con el acceso a los recursos asociados de la infraestructura de obra civil de TESAU” de la Resolución de los Mercados 4 y 5 impone a TESAU las siguientes obligaciones:

- a) Atender las solicitudes razonables de acceso a las infraestructuras de obra civil lo que incluye, entre otras, las canalizaciones, cámaras, arquetas, conductos y postes.
- b) Ofrecer el acceso a las infraestructuras de obra civil a precios orientados en función de los costes de producción a los operadores que así lo soliciten.
- c) Separar sus cuentas para sus actividades relacionadas con las infraestructuras de obra civil.

Como se puede observar, el ejercicio de los correspondientes derechos de los operadores derivados de la obligación impuesta a TESAU en el punto 1 del citado Anexo, no se hace depender de la existencia de una oferta de referencia ni de que la solicitud se refiera a las

¹³ JUR 2001\207316. En el Fundamento cuarto de esta Sentencia se dice que “*En lo relativo a la segunda de las alegaciones, la aplicación del art. 54.1 c) de la LRJPAC se circunscribe exclusivamente a los actos que se separen del dictamen de órganos consultivos, no teniendo tal carácter de consultivos los informes técnicos emitidos en la tramitación de la licencia de obras.*”

¹⁴ Artículo 9 de la Directiva de Acceso (Directiva 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión) y artículo 7 del Reglamento de Mercados (Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración).

¹⁵ Artículo 12 de la Directiva de Acceso y 10 del Reglamento de Mercados.



infraestructuras que estén contempladas dentro del ámbito de aplicación de oferta alguna de TESAU, el único requisito que se impone a las solicitudes de acceso es que éstas sean razonables, razonabilidad que debe ser acordada entre las partes y en caso de discrepancia decidida por esta Comisión.

La Oferta MARCo, como toda oferta de referencia formalizada por el operador obligado en cumplimiento de una obligación de transparencia, no deja de ser una oferta del operador obligado que de ninguna manera vincula a los solicitantes de acceso de forma apriorística sino después de su posible aceptación, de tal manera que los operadores pueden solicitar que se atienda cualquier acceso que consideren razonable y que se pueda encuadrar dentro de la obligación de acceso impuesta, esté lo solicitado o no dentro de la oferta de referencia del operador obligado. La diferencia entre uno y otro caso estriba en que, en el caso de que la solicitud de acceso esté dentro de la oferta, la solicitud se reputará razonable y TESAU se verá obligada a acceder a ella en los términos establecidos en la oferta, mientras que en el caso contrario, ambos operadores tendrán que llegar a un acuerdo que rijan los términos del acceso, incluida la razonabilidad del mismo. En todo caso, la determinación de las condiciones concretas de acceso a las infraestructuras, esté o no al amparo de la oferta, se deberá realizar por medio de los acuerdos de acceso negociados entre las partes como determina el punto 4 de citado Anexo 2 de la Resolución de los Mercados 4 y 5 y, en caso de discrepancia, decidirá esta Comisión en virtud de lo establecido en el artículo 14 de la LGTel.

La obligación de publicar la oferta de referencia objeto del presente recurso se encuentra en el apartado 2 de la medida del Anexo 2 de continua referencia, esto es se encuentra separada de la obligación de proporcionar acceso ya que se trata de una obligación que no resulta necesariamente de la imposición de la anterior, tal y como lo prevén expresamente el artículo 8 del Reglamento de Mercados y el artículo 9.2 de la Directiva de Acceso, que dejan al criterio del regulador la conveniencia o no de imponer la publicación de las ofertas de referencia cuando, a la vez que se imponen obligaciones de transparencia, se imponen también obligaciones de no discriminación.

Tanto la Directiva Marco¹⁶ (artículo 8) como la Directiva de Acceso en su artículo 12.2 y, a nivel interno el artículo 11 del Reglamento de Mercados, requieren que las Autoridades Nacionales de Reglamentación realicen un ejercicio de razonabilidad de la obligación a imponer y de coherencia en relación con el problema de competencia que se trata de remediar con las obligaciones que se imponen. Además, según la normativa citada, las Autoridades Nacionales deben tener en cuenta otros elementos a la hora de imponer remedios, como la viabilidad técnica y económica de utilizar o instalar recursos que compitan entre sí, a la vista del ritmo de desarrollo del mercado, la naturaleza y el tipo de interconexión y acceso de que se trate, la posibilidad de proporcionar el acceso propuesto, en relación con la capacidad disponible, las inversiones y la necesidad de salvaguardar la competencia a largo plazo, entre otras. Con respecto a la imposición de obligaciones de publicaciones de ofertas de referencia, el artículo 7.2 del Reglamento de Mercados otorga a esta Comisión libertad para determinar la información concreta que deberán contener dichas oferta, el nivel de detalle exigido y otras cuestiones atendiendo a la naturaleza y propósito de la información en cuestión.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, esta Comisión ha considerado razonable y coherente en relación con el problema de mercado a solventar, que el ámbito espacial de la obligación de transparencia -concretada en la publicación de la oferta- se limite a las infraestructuras necesarias

¹⁶ Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.



para el despliegue de la redes de acceso de los operadores solicitantes en tramos urbanos con el alcance que a dicho término se le da en la Resolución impugnada, ámbito en el que esta Comisión considera que se encuentran las mayores barreras de entrada y cuellos de botella para el despliegue de acceso de redes de acceso de nueva generación para los operadores entrantes. No resulta, por el contrario, ni coherente ni proporcionado extender la obligación de transparencia para aquellas infraestructuras que queden fuera del ámbito urbano.

Por tanto, de un lado, al no ser necesaria la motivación para que el Consejo de esta Comisión se aparte del criterio de los servicios internos del propio organismo, por no tener el carácter de órganos consultivos ni ser sus informes vinculantes para el órgano rector; y, de otro lado, al no haberse apartado el Consejo de los principios y criterios técnicos recogidos en la anterior Resolución de 22 de enero de 2009, no resulta exigible la motivación específica o concreta prevista en el apartado c) del artículo 54 de la LRJPAC.

No obstante, a continuación se analiza si la Resolución impugnada cumple los requisitos generales de motivación exigidos por el artículo 54.1 de la LRJPAC y por la jurisprudencia, así como si, tal y como alegan los recurrentes, ha podido concurrir indefensión por posibles defectos en dicha motivación.

b) Sobre la motivación de la resolución recurrida.

Con relación a los requisitos de motivación de los actos y resoluciones administrativos, el artículo 54.1 de la LRJPAC señala que la motivación requerirá una “*sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho*”. El carácter “*sucinto*” de la motivación administrativa ha sido ratificado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias. En casos de motivación sucinta pero existente por parte de esta Comisión, los tribunales han declarado la plena validez del acto o resolución. Entre otras pueden citarse las SSTS de 15 de diciembre de 2009¹⁷, de 26 de mayo de 2009¹⁸ y de 7 de marzo de 2006¹⁹.

Por otro lado, y como ha señalado el Tribunal Supremo en distintas sentencias, y, entre otras, en las SSTS de 3 de diciembre de 1996²⁰ y de 3 de mayo de 1995²¹, la motivación de las resoluciones administrativas no exige una contestación exhaustiva y pormenorizada de la totalidad de las alegaciones efectuadas por los interesados a lo largo del procedimiento.

No obstante, y en el supuesto concreto de la Resolución recurrida, no nos encontramos precisamente ante un caso de motivación sucinta puesto que a lo largo de las más de sesenta páginas de sus fundamentos (véanse páginas 3 a 67 de la Resolución), se indican de forma pormenorizada las razones técnicas y jurídicas que han llevado a esta Comisión a adoptar la decisión acordada, llegándose a considerar referencias internacionales en dicha motivación²². E incluso, en la propia Resolución, al objeto de facilitar a sus destinatarios la comprensión y el cumplimiento, se acompañan cuatro anexos consistentes en: un resumen de los aspectos procedimentales de la Oferta MARCo presentada por TESAU, los datos de base relativos a costes de instalación (materiales y mano de obra) de elementos de obra civil, la respuesta dada por esta

¹⁷ RC 2694/2007.

¹⁸ RJ 2009\4401.

¹⁹ RJ 2006\1668.

²⁰ RJ 1996\8930.

²¹ RJ 1995\4050.

²² Véanse las páginas 16, 20, 22, 28, 34, 42 y 106 de la Resolución impugnada.



Comisión a las alegaciones formuladas por los operadores durante el procedimiento y la valoración de la propuesta de penalizaciones de TESAU.

Por tanto, del contenido de la Resolución impugnada podía colegirse claramente, las razones que determinaron la decisión final de esta Comisión, en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en las SSTS de 15 de enero de 2009²³, 20 de mayo de 2008²⁴ y 8 de marzo de 2006²⁵. En la última Sentencia citada se dice que:

“el controvertido acto administrativo estuvo suficientemente motivado: porque expresó la fundamentación fáctica y la justificación normativa de su decisión”.

Y en el Fundamento tercero de la SAN de 26 de febrero de 2007²⁶ relativa a una Resolución de esta Comisión y confirmada posteriormente por la antes citada STS de 15 de diciembre de 2009, se declara que:

“(…) es necesario tener en cuenta la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera idóneo, para el cumplimiento de los fines de la motivación del acto administrativo, dar a conocer al destinatario las auténticas razones de la decisión que se adopta y permitir frente a ella la adecuada defensa. Y, en el presente caso, no es posible ignorar que la resolución de la CMT de 16 de mayo 2005, además de aludir a la necesidad de información para satisfacción de necesidades estadísticas o de análisis de la situación de los distintos mercados que confluyen en la prestación de servicio y explotación de redes del sector de las comunicaciones electrónicas y audiovisuales, justifica la petición de información a Sogecable por su relevancia en el mercado de la televisión de pago, ante la necesidad que tiene la CMT, como regulador, de conocer las principales variables que, en cada modelo de negocio, resultan imprescindibles para la supervisión de un correcto desarrollo de la competencia en el mercado en cuestión.

Otra cosa distinta es que los operadores recurrentes no compartan los criterios utilizados por esta Comisión en la motivación de la Resolución recurrida, como recuerda la SAN de 26 de febrero de 2007 al final de su Fundamento tercero:

“En suma, podrá compartirse o no la motivación del acto administrativo impugnado, pero no resulta posible negar la evidencia de su existencia”.

Al concurrir la suficiente motivación en la Resolución recurrida debe excluirse cualquier presunto vicio de arbitrariedad en la misma por posible infracción del artículo 9.3 de la Constitución, como se desprende de la jurisprudencia, y entre otras, de la STC 331/2006, de 20 de noviembre²⁷, y las SSTS de 17 de diciembre de 2004²⁸ y de 14 de octubre de 2003²⁹.

²³ RJ 2009\467.

²⁴ RJ 2008\5296.

²⁵ RJ 2006\5702.

²⁶ JUR 2007\52343.

²⁷ En el Fundamento Segundo de esta Sentencia el Tribunal Constitucional recuerda que: “*Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos.*”

²⁸ RJ 2005\388.

²⁹ RJ 2003\7805.



Finalmente, cabe decir que una falta de motivación nunca constituye causa de nulidad del acto o resolución impugnados sino, en todo caso, su anulabilidad y siempre que produzca indefensión material y efectiva, y no meramente formal, tal y como indica el Tribunal Supremo en su jurisprudencia y, entre otras, en las SSTS de 8 de mayo de 2008³⁰, de 13 de julio de 2004³¹ y de 16 de julio de 2001³². Ello no sucede en el supuesto de la Resolución impugnada, tal y como se razonará seguidamente.

c) Sobre la presunta indefensión alegada por los recurrentes.

Con relación al artículo 24 de la Constitución, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han venido señalando que únicamente puede invocarse la presunta vulneración de este precepto o bien en sede de procedimientos judiciales o bien en los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora. Así se declara, entre otras, en las SSTC 175/1987 de 4 de noviembre y 103/1996 de 11 de junio así como en las SSTS de 30 de noviembre de 1999³³ y de 22 de septiembre de 2004³⁴.

En el Fundamento tercero de la STC 175/1987 se afirma que:

*“(...) la indefensión ha de ser entendida como una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, por lo que **no puede ser alegado el art. 24.1 de la Constitución frente a actuaciones de la Administración.** Según criterio reiterado de este Tribunal, las infracciones cometidas en el procedimiento administrativo tienen que ser corregidas en vía judicial y planteadas ante los órganos judiciales y resueltas motivadamente por éstas, en uno u otro sentido, pero no originan indefensión que pueda situarse en el art. 24.1 de la Constitución.”*

Aplicando la anterior doctrina del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, en el Fundamento cuarto de la STS de 22 de septiembre de 2004, señala que:

“Menos aún una vulneración del art. 24 CE (RCL 1978\2836) generadora de indefensión al no poder predicarse en sede administrativa frente a actos administrativos de naturaleza no sancionadora tal cual reiteradamente ha venido sentando la doctrina constitucional.”

El procedimiento que dio lugar al acto impugnado no es de naturaleza sancionadora, como se desprende de la lectura del acuerdo de inicio del mismo del día 24 de julio de 2009. En efecto, en los apartados Segundo y Tercero del acuerdo de inicio se dice que nos hallamos ante un “*procedimiento administrativo para el análisis y eventual modificación de la oferta de referencia para el acceso a la infraestructura de obra civil de TESAU*”.

Por tanto, no tratándose de un procedimiento administrativo sancionador, no resulta procedente que las entidades recurrentes aleguen una presunta infracción del derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución.

Y, más concretamente, la STC 140/2009, de 15 de junio, en materia de motivación de actos e infracción del citado artículo 24, declara que:

³⁰ RJ 2008\2642.

³¹ RJ 2004\4203.

³² RJ 2001\6684.

³³ RJ 2000\3200.

³⁴ RJ 2004\6286.



“si bien el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de la legalidad ordinaria, tal deber alcanza una dimensión constitucional, que lo hace objeto de control a través del recurso de amparo, cuando se trate de resoluciones en que la Administración ejerza potestades sancionadoras.”

No obstante, y aunque nos encontrásemos ante un procedimiento sancionador, la Resolución de esta Comisión no habría causado indefensión material alguna a los recurrentes en el sentido de las antes mencionadas SSTS de 8 de mayo de 2008, de 13 de julio de 2004 y de 16 de julio de 2001, dada su más que extensa y prolija motivación, tanto jurídica como técnica.

Por último, debe recordarse que los operadores recurrentes tuvieron oportunidad de efectuar alegaciones durante el procedimiento administrativo MTZ 2009/1223 que dio lugar a la Resolución recurrida. Tal y como consta en los antecedentes de hecho de la Resolución impugnada³⁵, el 30 de julio de 2009 se acordó la apertura del trámite de información pública en relación con el procedimiento de referencia, así como su notificación a la Comisión Europea y al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. El citado acto fue publicado en el BOE número 189 de 6 de agosto de 2009. De acuerdo con el artículo 86 de la LRJPAC la apertura de este trámite es facultativa para el órgano al que corresponda la resolución del procedimiento, pudiendo acordarlo cuando la naturaleza del procedimiento lo requiera.

El Tribunal Supremo ha venido señalando que en los casos en que los interesados han tenido oportunidad de efectuar alegaciones en el procedimiento administrativo, no cabe alegar una posible indefensión. Pueden mencionarse, entre otras, las SSTS de 21 de junio de 2005³⁶ y de 20 de mayo de 2002³⁷

En el Fundamento segundo de la STS de 21 de junio de 2005 se desestima la alegación de una posible indefensión del recurrente al decirse que el mismo *“ha tenido oportunidad de hacer alegaciones tanto en el expediente como en los autos, sin que se le haya producido ningún tipo de indefensión.”*

E incluso, en la STS de 20 de mayo de 2002 se rechaza el mismo motivo alegado, puesto que el recurrente, aunque no dispuso de trámite de alegaciones propiamente dentro del procedimiento administrativo, pudo efectuarlas en sede de recurso:

“se aprecia la pérdida de un trámite en el procedimiento administrativo, pero no la pérdida relevante de una oportunidad de alegaciones.”

Siguiendo el mismo criterio del Tribunal Supremo, en una Resolución de esta Comisión de 11 de marzo de 2010³⁸, se ha declarado que un presunto defecto de motivación *“no puede provocar inseguridad jurídica o indefensión, ni constituiría una causa de nulidad de pleno derecho de las previstas en el artículo 62 de la LRJPAC, puesto que los interesados siempre tienen la oportunidad de alegar cuanto estimen conveniente, e incluso mostrar su oposición, a través de los recursos administrativos y contencioso-administrativos procedentes.”*

³⁵ Véase la página 2.

³⁶ RJ 2005\5033.

³⁷ RJ 2002\6217.

³⁸ AJ 2010/106.



1.2. Sobre la solicitud de nulidad de pleno derecho al amparo del artículo 62.1 a) y f) de la LRJPAC por infracción del ordenamiento jurídico, en relación con los artículos 48 y 3 a) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y presunto trato discriminatorio entre operadores.

Las entidades recurrentes ASTEL, Vodafone y France Telecom denuncian en sus recursos respectivos una presunta infracción del ordenamiento jurídico y en concreto del artículo 48 en relación con el 3 a) de la LGTel en cuanto a que la aprobación por esta Comisión de la Resolución recurrida conculcaría el principio del debido fomento de una competencia efectiva en la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Así se expresa en la página 3 del recurso de ASTEL, constando también explícitamente una referencia a los anteriormente citados preceptos en la página 2 del recurso de Vodafone.

Por otro lado, y a juicio de Vodafone, ONO y France Telecom, las soluciones técnicas contenidas en la Resolución recurrida vulnerarían también el ordenamiento jurídico por no respetar el principio de no discriminación y de libre competencia y otorgar una ventaja competitiva a TESAU en detrimento de otros operadores. France Telecom hace referencia a este extremo en las Alegaciones segunda y tercera de su recurso, mientras que Vodafone lo hace en distintos pasajes de su recurso, y, con especial incidencia, en las páginas 8 y 16. ONO aborda esta cuestión en el apartado 4 de su Fundamento primero, al hablar de “desigualdad competitiva”.

También TESAU alega un presunto trato discriminatorio en los Motivos segundo a quinto, así como en los Motivos noveno y décimo de su recurso³⁹, si bien, en este caso, de signo contrario, esto es, favorable a los intereses de los operadores alternativos.

Como contestación a estas alegaciones procede significar lo siguiente:

a) Sobre el análisis de los requisitos para la aplicación del artículo 62.1 f) de la LRJPAC.

Con relación al artículo 62.1 f) de la LRJPAC, los tribunales han indicado que una interpretación amplia del mismo podría desnaturalizar el contenido y finalidad del propio precepto. Así, en el Fundamento cuarto de la STJ de Cantabria de 31 de enero de 2003⁴⁰ se dice que,

“se llegaría fácilmente a una desnaturalización de las causas legales de invalidez, quebrándose con ello uno de los principios fundamentales del Derecho administrativo, que reserva la nulidad radical para las violaciones más graves del ordenamiento jurídico, pues otra cosa comportaría un grave peligro para la seguridad jurídica, dada la falta de plazo para proceder a la revisión de los actos nulos.”

El criterio de esta Sentencia es ratificado por distintos dictámenes del Consejo de Estado, como el Dictamen 2454/1994 de 9 de febrero de 1995, donde se dice que el uso generalizado y una interpretación amplia del artículo 62.1 f) de la LRJPAC “vaciaría de contenido no pocos supuestos de simple anulabilidad”. En esta misma línea se ha pronunciado el Consejo de Estado en los dictámenes 5577/1997, de 27 de noviembre de 1997, 5796/1997, de 8 de enero de 1998, 4786/1998, de 21 de enero de 1999 y 2897/2000, de 4 de octubre de 2000.

³⁹ En la página 37 de su recurso la entidad recurrente declara que “*resulta claramente discriminatorio para TESAU el método propuesto para la repercusión de las inversiones en infraestructuras.*”

⁴⁰ JUR 2003\93369.



Y en la STS de 26 de noviembre de 2008⁴¹ se declara que para la aplicación del artículo 61.1 f) de la LRJPAC *“no basta con que se incumpla cualquier requisito de los exigidos por el ordenamiento, es preciso que sea uno de los esenciales, bien referido a las condiciones del sujeto o al objeto sobre el que recaiga la actividad”*.

En este caso, el procedimiento MTZ 2009/1223 y la Resolución recurrida dictada en su seno no tienen por finalidad la atribución de ningún derecho o facultad a TESAU, como parecen indicar los recurrentes en sus escritos, sino, como se ha dicho anteriormente, persiguen analizar y, eventualmente, modificar la oferta de referencia para el acceso a la infraestructura de obra civil de TESAU. Oferta de referencia que responde, precisamente, no a un derecho, sino, todo lo contrario, a una obligación legal prevista en el artículo 13.1 a) de la LGTel a cargo de TESAU. Y como recuerda la Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha 215/2003, de 24 de marzo⁴², la causa de nulidad del artículo 62.1 f) de la LRJPAC sólo puede concurrir en los actos o resoluciones que *“suponen una concesión de un derecho o facultad”*, circunstancia que no concurre en el presente caso.

Por otro lado, y aunque concurriera la anterior circunstancia, los operadores recurrentes no indican ni acreditan en sus recursos qué requisito o requisitos de la legislación sectorial de naturaleza esencial han sido vulnerados mediante la Resolución recurrida, ya se refieran dichos requisitos a las condiciones específicas del operador presuntamente beneficiado (TESAU) por el derecho o facultad indebidamente adquirido, o bien a la actividad concreta desarrollada por dicho operador. Y según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y entre otras, en las SSTS de 28 de mayo de 1991⁴³ y de 21 de febrero de 1986⁴⁴, corresponde al administrado que efectúa las alegaciones la cumplida prueba de los hechos alegados, lo que no sucede en este supuesto.

A mayor abundamiento, debe recordarse que con relación a las causas de nulidad y anulabilidad de los actos y resoluciones administrativas, y dada la gravedad de las mismas, los Tribunales han requerido que no solamente sea debidamente razonada su concurrencia, sino también oportunamente acreditada, lo que no ocurre en este caso.

Entre otras, cabe destacar la STS de 18 de diciembre de 1991 (RJ 1991\9455, Fundamento segundo) y la SAN de 21 de abril de 1999 (RJCA 1999\2624, Fundamento cuarto). En el Fundamento de derecho segundo de la primera de ellas se dice claramente que:

“La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha venido reiteradamente manteniendo que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación y cautela la teoría jurídica de las nulidades y anulabilidades, advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad debe ponderarse la importancia que revista el derecho a que afecte, las derivaciones que motive, la situación y posición de los interesados en el expediente y, en fin, cuantas circunstancias concurren, insistiéndose en que la indefensión como vicio del procedimiento ha de ser real y efectiva, no simplemente aparental (...)”

Por todo lo anterior, no puede admitirse que concurren los requisitos para apreciar la existencia de causa de nulidad del artículo 62.1 f) de la LRJPAC.

⁴¹ RJ 2008\7946.

⁴² JUR 2003\137216.

⁴³ RJ 1991\4401.

⁴⁴ RJ 1986\1616.



b) Sobre la aplicación del principio del fomento de la competencia sectorial del artículo 3 a) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones por parte de esta Comisión en la Resolución recurrida.

Corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el fomento de la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas, tal y como ha reconocido expresamente la jurisprudencia y, entre otras, las SSTS de 17 de diciembre de 2008⁴⁵ y de 18 de noviembre de 2008⁴⁶.

En la STS de 17 de diciembre de 2008⁴⁷ se declara que *“es cierto que el citado organismo regulador tiene atribuidas funciones que inciden directamente en la salvaguardia de la defensa de la competencia”*.

Precisamente, en la página 7 de la Resolución recurrida se declara por parte de esta Comisión que *“estamos regulando un servicio complementario al mercado mayorista de acceso con vistas a remediar una falta de competencia efectiva en el conexo mercado minorista”*.

Al aplicar en sus resoluciones los principios previstos en la LGTel, entre los cuales se encuentra el principio de fomento de la competencia efectiva en el sector previsto en el artículo 3 a) de dicha norma, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones actúa en virtud de su discrecionalidad técnica. Así, por ejemplo, en la STS de 4 de marzo de 2008⁴⁸ el Tribunal Supremo señaló que:

“la Administración ejerce aquí una potestad discrecional, potestad que ha sido conferida por la Ley como instrumento para obtener una finalidad específica, que puede aparecer expresamente contenida en la norma o estar implícitamente recogida en ella.”

En el ejercicio de esa discrecionalidad técnica, esta Comisión no solamente tiene en cuenta los intereses económicos de los operadores recurrentes sino que, a diferencia de estos últimos, considera también los intereses de la totalidad del mercado o mercados afectados, como no podía ser de otra forma. Ello es reconocido, por ejemplo, en la STSJ de la Comunidad de Madrid de 18 de octubre de 2007⁴⁹, con relación a un informe técnico emitido por el organismo regulador:

“La discrepancia de la sociedad recurrente respecto de aquella conclusión no permite, sin más, sustituir tal criterio (adoptado en ejercicio de una potestad esencialmente discrecional y amparado en la correspondiente valoración -técnica- de las circunstancias concurrentes) por el sostenido por la actora, que viene lógicamente determinado por la legítima defensa de sus propios intereses económicos y empresariales.”

Por este motivo, y aunque la solución o soluciones alternativas propuestas por los operadores durante el procedimiento administrativo o, como en este caso, en sede de recurso, puedan resultar también razonables, los tribunales han reconocido la prevalencia de la solución adoptada por esta Comisión⁵⁰, salvo que la misma resulte y se acredite por parte del recurrente, que es arbitraria o desprovista de cualquier justificación o motivo.

⁴⁵ RJ 2009\226 y RJ 2009\232.

⁴⁶ RJ 2008\7905.

⁴⁷ RJ 2009\232

⁴⁸ RJ 2008\1748.

⁴⁹ JUR 2008\94877.

⁵⁰ SAN de 23 de diciembre de 2004 (RJCA 2006\141).



Respecto a la actuación de los organismos administrativos especializados que deben llevar a cabo un juicio o calificación técnica, como esta Comisión, los tribunales han venido señalando la existencia de una presunción de corrección en el juicio realizado, salvo prueba en contrario del interesado referida a cuestiones de legalidad. Así lo expresa, siguiendo lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/1983, de 17 de mayo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2007 (recurso casación 49/2006) al decir en su Fundamento cuarto que:

*“Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que **sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico**, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, **sobre las cuestiones de legalidad**”* (el resaltado es nuestro).

De ello se deduce, como señala el Tribunal Supremo en el mismo Fundamento cuarto que:

*“(..) la discrecionalidad técnica expresada conduce a partir de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos (...). De modo que dicha presunción "iuris tantum" sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano (...), bien **por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado**, entre otros motivos, por fundarse en patente error, **debidamente acreditado por la parte que lo alega.**”* (el resaltado es nuestro).

Esta doctrina ha sido aplicada por el Tribunal Supremo a las resoluciones técnicas dictadas por esta Comisión, entre otras, en la Sentencia de 30 de noviembre de 2007⁵¹ y en la Sentencia de 19 de julio de 2006⁵², en la que el Tribunal Supremo señala que:

*“En lo que respecta al Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, **no cabe duda de que es un acto motivado, del que no se aprecia, ni la actora prueba, que incurra en arbitrariedad o irrazonabilidad. Podrá ser discutible en alguno de sus extremos, de carácter marcadamente técnico, pero en defecto de alegación de normas específicas en que pueda fundarse su ilegalidad, no puede en modo alguno hablarse de arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad del acto** (..)”*

En este caso, los recurrentes no han acreditado la concurrencia de ninguna de las anteriores circunstancias (arbitrariedad, desviación de poder o ausencia de justificación), por lo que no cabe hablar de una indebida aplicación del artículo 3 a) en relación con el artículo 48 de la LGTel, en el ejercicio de la potestad discrecional por parte de esta Comisión al realizar dicha aplicación.

c) Acerca de la presunta discriminación alegada por los recurrentes.

Como se ha señalado al principio de este punto, Vodafone, ONO y France Telecom han alegado un presunto trato discriminatorio favorable a TESAU y en detrimento del resto de operadores por parte de las soluciones técnicas adoptadas en la resolución recurrida. TESAU, por su parte, alega, por el contrario, un trato de favor hacia los operadores alternativos usuarios de la Oferta MARCo.

⁵¹ Recurso de casación núm. 123/2005.

⁵² RJ 2006\4630.



No obstante, como ha señalado, tanto la Sala Tercera del Tribunal Supremo, como el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones⁵³, para advertir la infracción del principio constitucional de no discriminación no basta su mera alegación, sino que es preciso justificar cumplidamente las circunstancias que evidencian la pretendida desigualdad. Incluso en los casos en los que se produce una inversión de la carga probatoria, el Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 207/2001, de 22 de octubre, y 41/2002, de 25 de febrero, declara que la parte recurrente afectada deberá aportar, al menos, “*indicios que generen una razonable sospecha*”.

En este caso, Vodafone, ONO, France Telecom y TESAU no acreditan debidamente en sus respectivos recursos la posible concurrencia de las causas de discriminación entre operadores alegadas, no aportando prueba pericial técnica sobre este extremo que pueda desvirtuar las conclusiones alcanzadas por esta Comisión en la Resolución impugnada.

Por otra parte, la situación de presunta discriminación denunciada por los operadores impugnantes es de carácter potencial o futura y no efectiva o real, como se desprende, por ejemplo, de las páginas 7 a 8 del recurso de France Telecom:

“TESAU podrá verse tentado a aplicar al resto de operadores soluciones alternativas poco razonables que le generarán mayores ingresos (además de provocar mayor daño al operador), reservándose para sí mismo la posibilidad de reordenar sus infraestructuras y beneficiarse de despliegues más razonables”.

Y como recuerda el Auto del Tribunal Constitucional 80/2001, de 3 de abril⁵⁴, únicamente pueden ser objeto de amparo las situaciones de discriminación o desigualdad reales:

“Consecuentemente, al no apreciarse que la norma haya causado una discriminación real a la solicitante de amparo sino, en todo caso, meramente potencial, debemos reiterar una vez más que el recurso de amparo constitucional no tiene naturaleza cautelar ni alcanza a proteger frente a las eventuales lesiones no producidas.”

Por ello, no cabe estimar el motivo de presunta discriminación alegado por los recurrentes.

1.3. Sobre la solicitud de nulidad de pleno derecho al amparo del artículo 62.1 e) de la LRJPAC por haber sido dictado el acto prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

En el Motivo tercero de su recurso, TESAU alega que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento en la Resolución impugnada, señalando en la página 32 de su escrito que:

“se puede entender que la CMT ha modificado una oferta de referencia (la OBA) utilizando como base el proceso de análisis de otra oferta mayorista (el servicio MARCo). De este modo, se puede concluir que la CMT ha dictado un acto prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, que no es otro que instar el procedimiento de modificación de la OBA, lo cual es contrario a lo establecido en el artículo 62.1.e) LRJPAC (..).”

⁵³ Entre ellas, en la STS (Sala 3ª, Sección 7ª) de 11 de octubre de 1997 (RJ 1997\7769, Fundamento primero) y en la STC 41/2002 (Sala 2ª) de 25 de febrero de 2002.

⁵⁴ RTC 2001\80 (Recurso de Amparo núm. 3789/1999).



También alega ONO una presunta infracción del artículo 63.1 e) de la LRJPAC en la página 6 de su recurso, si bien con relación al principio de igualdad y a un presunto trato discriminatorio. No obstante, el principio de igualdad pertenece al apartado a) del artículo 63.1 de la LRJPAC, habiendo abordado la cuestión de su presunta infracción en el punto anterior, limitándonos a analizar aquí la posible vulneración del artículo 63.1 e).

Respecto a las causa de nulidad por presunta infracción del procedimiento administrativo del artículo 62.1.e) de la Ley, la jurisprudencia prevé la necesaria concurrencia de una serie de requisitos específicos, señalados, entre otras, por las SSTs de 17 de octubre de 2000⁵⁵ y de 15 de octubre de 1997⁵⁶. En el apartado a) del Fundamento segundo de la STS de 17 de octubre de 2000 se dice claramente que:

*“(...) con fundamento en el artículo 62.1.e) de la Ley 4/1999, que la jurisprudencia establece que para declarar la nulidad en la omisión del procedimiento legalmente establecido, han de concurrir los requisitos, como sostiene la sentencia de 15 de octubre de 1997 de esta Sala y jurisprudencia precedente, (desde la sentencia de 21 de marzo de 1988) que **dicha infracción ha de ser clara, manifiesta y ostensible, lo que supone que dentro del supuesto legal de nulidad, se comprendan los casos de ausencia total del trámite o de seguir un procedimiento distinto, lo que no ha sucedido en la cuestión examinada, como en un asunto precedente también hemos reconocido: STS de 10 de octubre de 2000, 3ª, 7ª, núm. 219/1999.**”*

En el caso que nos ocupa, no concurre infracción procedimental alguna, puesto que, por un lado, la Oferta MARCo objeto de análisis en el procedimiento MTZ 2009/1223 que da lugar a la Resolución recurrida es una oferta mayorista distinta de la indicada por TESAU en su recurso: la denominada OBA u Oferta de Acceso al Bucle de Abonado, estando sujeta cada una de ellas a una regulación propia e independiente, al igual que las otras tres ofertas mayoristas disponibles (ORLA⁵⁷, OIR⁵⁸, AMLT⁵⁹). Y como consta, tanto en el acuerdo de inicio del expediente MTZ 2009/1223, de fecha 24 de julio de 2009, como en el Fundamento de derecho primero de la Resolución de 19 de noviembre de 2009, este procedimiento tiene por objeto exclusivo el análisis de la Oferta MARCo y en ningún caso, de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA). En efecto, en el Fundamento de derecho primero de la Resolución recurrida se declara que:

“El presente procedimiento tiene por objeto verificar que la oferta de referencia que TESAU debe poner a disposición de los operadores para el acceso a sus infraestructuras de obra civil es conforme con las obligaciones impuestas en la Resolución de 22 de enero de 2009 y, en su caso, introducir las modificaciones necesarias.”

En cambio, a través de la OBA, tal y como se desprende del apartado 1.1 de su actual versión consolidada *“Se ofrece acceso a bucles y a subbucles, según son definidos en la legislación comunitaria y nacional.”*

Por tanto, una y otra ofertas mayoristas tienen objetos o finalidades distintas: en un caso se trata de que el operador obligado a publicar la oferta de referencia permita el acceso a infraestructuras

⁵⁵ RJ 2000\8997.

⁵⁶ RJ 1997\7457.

⁵⁷ Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas Troncales y Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas Terminales.

⁵⁸ Oferta de Interconexión de Referencia.

⁵⁹ Oferta de Acceso Mayorista a la Línea Telefónica.



de obra civil (Oferta MARCo), mientras que en el otro, dicho operador ofrece acceso a “bucles y subbucles” de abonado.

Por otro lado, y tal y como se desprende del expediente MTZ 2009/1223 y se refleja en los Antecedentes de la Resolución impugnada, se han seguido todos los trámites del procedimiento, entre ellos, el trámite de información pública previsto con carácter potestativo en el artículo 86 de la LRJPAC. E incluso, como consta en el Antecedente Décimo, mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 22 de octubre de 2009, y conforme a lo previsto en el artículo 42.6 de la LRJPAC, debido a la complejidad del procedimiento, se acordó la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación del mismo en tres meses más.

Por todo ello, no procede acoger el motivo de presunta infracción del procedimiento del artículo 63.1.e) de la LRJPAC.

1.4. Sobre la solicitud de nulidad de pleno derecho al amparo del artículo 62.1 c) de la LRJPAC por imposición de obligaciones de imposible cumplimiento.

El artículo 62.1 c) de la LRJPAC prevé la nulidad de pleno derecho de aquellos actos que tengan un contenido imposible. TESAU alega en el Motivo sexto de su recurso la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada por imposición de obligaciones de imposible cumplimiento en relación con lo dispuesto en la Resolución de 19 de noviembre de 2009 sobre la metodología de ocupación de las infraestructuras y, en concreto, con la obligación de flexibilizar dicha metodología, que consiste en la separación de redes, mediante el uso de subconductos flexibles textiles.

Respecto a la “imposibilidad” como causa de nulidad prevista en el artículo 62.1 c) de la LRJPAC, el Tribunal Supremo, en las SSTs de 2 de noviembre de 2004⁶⁰, 15 de abril de 2004⁶¹ y 19 de mayo de 2000⁶² ha venido señalando que dicha imposibilidad debe ser de carácter “material o físico” y “originaria”. Así, en la STS de 2 de noviembre de 2004 se dice que:

“Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen.”

Constituyendo la “imposibilidad” una causa de nulidad, debe ser también objeto de interpretación moderada. Así lo indican el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, y entre otras, cabe destacar la STS de 18 de diciembre de 1991⁶³ y la SAN de 21 de abril de 1999⁶⁴.

No obstante, y con independencia de la definición e interpretación de la “imposibilidad”, no basta con su alegación por parte del interesado sino que es imprescindible que se acredite o pruebe su efectiva concurrencia en el supuesto concreto. Es decir, le correspondía a la operadora impugnante, en este caso, TESAU, acreditar que técnicamente no puede cumplir las obligaciones previstas en la Resolución impugnada en las condiciones y plazos en ella fijados.

Ello es así porque, como recuerda el Tribunal Supremo, entre otras, en la STS de 25 de marzo de 2003⁶⁵, corresponde al interesado recurrente la carga de desvirtuar la presunción de validez de

⁶⁰ RJ 2004\7427.

⁶¹ RJ 2004\2631.

⁶² RJ 2000\4363.

⁶³ RJ 1991\9455.

⁶⁴ RJCA 1999\2624.



que gozan los actos y resoluciones administrativos. No obstante, en las páginas 49 y 50 de su recurso, TESAU se limita a alegar una serie de motivos técnicos (elevada dificultad o imposibilidad de pasar guía por el conducto, mala obturación de conductos, sobresaturación de registros y deficientes características mecánicas) sin presentar un informe o dictamen técnico que soporte o apoye dichas afirmaciones, ni siquiera de forma indiciaria. Sin dicho apoyo, tales alegaciones, y como se dice en la SAN de 30 de julio de 2005⁶⁶, no son más que “*consideraciones y opiniones de carácter subjetivo acerca del modelo y criterios que se estiman convenientes.*”

E incluso, aunque el operador hubiese acreditado, -lo que no ocurre en este caso-, una imposibilidad de carácter parcial, la jurisprudencia anteriormente citada exige una imposibilidad total para la apreciación del motivo de nulidad.

Por tanto, la imposibilidad del cumplimiento de la resolución recurrida, no puede ser atendida como motivo de impugnación de la Resolución recurrida.

1.5. Sobre la presunta infracción del artículo 11.5 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones y la posible concurrencia de causa de nulidad de pleno derecho por imposición de obligaciones no objetivas, desproporcionadas y discriminatorias.

El artículo 11.5 de la LGTel prevé que las obligaciones y condiciones que se impongan al operador declarado con poder significativo de mercado serán objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias.

A lo largo de los Motivos segundo a cuarto, quinto, y séptimo a décimo, TESAU alega en su recurso la presunta imposición por parte de la Resolución recurrida de obligaciones no objetivas, desproporcionadas y discriminatorias.

Con relación a la *objetividad* de las obligaciones impuestas a TESAU en la Resolución de 19 de noviembre de 2009, las mismas responden a soluciones técnicas adoptadas en virtud de la discrecionalidad técnica que tanto el ordenamiento sectorial como los tribunales atribuyen a esta Comisión⁶⁷, como órgano especializado en la materia, tal y como ya se ha expuesto en el **apartado b) del punto 1.2** de la presente Resolución. En el ejercicio de esa discrecionalidad técnica, como ya hemos indicado antes, esta Comisión no solamente tiene en cuenta los intereses económicos de los operadores recurrentes sino que, a diferencia de éstos, considera también los intereses de la totalidad del mercado o mercados afectados. Por ello, y frente a otras soluciones alternativas propuestas por los operadores durante el procedimiento administrativo, los tribunales han venido reconociendo la preeminencia de la solución adoptada por esta Comisión⁶⁸, salvo que se acredite por parte del recurrente que resulta manifiestamente arbitraria o desprovista de cualquier justificación o motivo razonable, lo que no ha probado cumplidamente TESAU en su recurso como hemos indicado anteriormente en la presente Resolución.

Respecto a una presunta *discriminación* en las medidas técnicas adoptadas por la Resolución recurrida, esta cuestión ha sido abordada y desestimada en el **apartado c) del punto 1.2**, tanto respecto a las obligaciones impuestas y recurridas por TESAU como en relación al resto de medidas o soluciones impugnadas por el resto de operadores recurrentes.

⁶⁵ RJ 2003\7286.

⁶⁶ RJCA 2006\26.

⁶⁷ SSTS de 17 de diciembre de 2008 (RJ 2009\226 y RJ 2009\232) y de 18 de noviembre de 2008 (RJ 2008\7905).

⁶⁸ SAN de 23 de diciembre de 2004 (RJCA 2006\141).



Quedaría analizar, por tanto, en este apartado, la *proporcionalidad* de las obligaciones impuestas a TESAU. Los tribunales, con relación al principio de proporcionalidad en las resoluciones de esta Comisión, vienen exigiendo que los operadores impugnantes ofrezcan una alternativa técnica más “proporcionada” que la presentada por el organismo regulador, debiendo acreditarse dicha alternativa debidamente. Así, en el Fundamento sexto de la SAN de 25 de febrero de 2003⁶⁹ ya se decía que:

“Finalmente, no cabe considerar que concurra la falta de proporcionalidad que asimismo se denuncia y para cuya apreciación habría sido necesario oponer a la resolución que se combate un canon o patrón de proporcionalidad, es decir, un término de comparación que fuera revelador de que habría sido posible alcanzar los mismos fines pretendidos por la C.M.T. empleando medios menos invasivos (...)”.

Y en la propia Sentencia citada se señala también que el “grado de exigibilidad” de las obligaciones que pueden exigirse a un operador designado como dominante con arreglo a la normativa sectorial, es mayor que respecto al resto de operadores del mercado:

“Por lo demás, tampoco se juzga desproporcionada la solicitud de información pretendida - por cierto, plenamente desatendida por la recurrente- si se atiende al peso específico de la empresa recurrente y a su posición en el mercado de las telecomunicaciones, tanto en lo que respecta al campo de los servicios telefónicos, en el que ostenta la condición de operadora dominante, como en el los demás servicios de telecomunicación, donde su presencia en el mercado es difícilmente discutible (...)”.

En su recurso, TESAU alega la existencia de soluciones alternativas a algunas de las soluciones acordadas por esta Comisión en la Resolución impugnada, soluciones que, alcanzando los mismos objetivos regulatorios, resultan a juicio del operador impugnante menos gravosas u onerosas para él. Teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales citados, en el Fundamento jurídico-material segundo se analizan detalladamente las soluciones alternativas propuestas por la recurrente al objeto de determinar si pueden ser adoptadas por resultar más proporcionadas en relación a la finalidad regulatoria perseguida por esta Comisión.

Segundo.- Análisis y contestación a las alegaciones de antijuridicidad basadas en aspectos puramente regulatorios.

Una vez analizada la existencia o no de infracciones del ordenamiento jurídico invalidantes del acto administrativo en sus diferentes grados, nulidad o anulabilidad, procede analizar y contestar en el presente apartado a las alegaciones de antijuridicidad aducidas por las entidades recurrentes fundamentadas en aspectos estrictamente técnicos o regulatorios del contenido de la Resolución. Para su exposición se seguirá el orden y estructura de materias presentado en el antecedente de hecho tercero.

Como cuestión preliminar se entiende necesario abordar las manifestaciones vertidas por TESAU en su recurso en relación con el modelo de intervención administrativa adoptado por esta Comisión para la supervisión de este nuevo servicio mayorista y en particular la oferta de referencia del mismo. Afirma esta entidad que el intervencionismo de esta Comisión es excesivo e innecesario puesto que la Oferta está funcionando a la perfección en la actualidad, y los acuerdos privados entre operadores son mucho mejores que una parametrización cerrada tipo OBA.

⁶⁹ JUR 2006\218544.



Pues bien, esta Comisión ha de señalar, contrariamente a lo manifestado por TESAU, que la revisión y modificación efectuada de la oferta de referencia en el expediente MTZ 2009/1223, que culminó con la Resolución de 19 de noviembre de 2009, ha sido en realidad poco intrusiva: no se han introducido cambios sustanciales en lo relativo a procedimientos y normas de ocupación, habiéndose focalizado la mayor parte de los esfuerzos en delimitar con mayor precisión el ámbito de aplicación, en asegurar la orientación a costes de los precios de provisión y en garantizar la no discriminación en plazos. En definitiva, no parecen justificadas las repetidas menciones que realiza TESAU a lo largo de su recurso y alegaciones complementarias acerca de una supuestamente excesiva parametrización y regulación.

En este sentido, debe añadirse que esta Comisión ha rechazado establecer una regulación de este tipo en relación con determinados aspectos de la Oferta, como los acuerdos de nivel de servicio (plazos máximos de provisión) o el servicio de alquiler de fibra oscura, para los cuales los operadores alternativos han reclamado una mayor intervención administrativa que prevea con más detalle la casuística concreta que les afecta. Esta Comisión entiende que el momento actual (etapa inicial de la puesta en marcha del servicio MARCo y de su oferta de referencia) no es el adecuado para establecer regulaciones exhaustivas y excesivamente parametrizadas, sino más bien para sentar unas bases o marco básico sobre el que se seguirá trabajando en el futuro, pudiéndose concretar de momento las soluciones caso por caso si es preciso por la vía de la resolución de conflictos.

En cualquier caso, las citadas alegaciones que vienen, en definitiva, a solicitar una regulación más detallada evidencian que el servicio no está funcionando de forma tan idónea como sugiere el incumbente, de forma que si bien esta Comisión no pone en duda la buena fe de TESAU y la calidad de los contratos que puedan alcanzarse a nivel privado, parece claro que una mínima parametrización resulta necesaria para establecer un marco adecuado.

Las alegaciones realizadas por las entidades recurrentes en sus recursos de reposición versan sobre las siguientes cuestiones:

I. Ámbito de aplicación de la oferta.

I.1. Operadores y redes cubiertos (punto 3.1.1.1 de la Resolución impugnada).

La Resolución recurrida tiene por objeto exclusivamente analizar la oferta de referencia presentada por TESAU y ordenar su adecuación a los criterios señalados por la Comisión en la Resolución de los Mercados 4 y 5, donde se impone a esta entidad la obligación de proporcionar acceso a su infraestructura de obra civil y, en relación con ella, una obligación de transparencia que incluye la publicación de una oferta de referencia para la prestación de los servicios mayoristas de acceso a las infraestructuras de obra civil suficientemente desglosada para que no se exija pagar por recursos que no sean necesarios.

En relación con el tipo de tecnología de despliegue que queda incluida en el ámbito de aplicación de la Oferta, la Resolución recurrida deja claro que la razón de la introducción de la obligación de atender solicitudes razonables de acceso a las infraestructuras de obra civil de TESAU se encuentra en eliminar el cuello de botella existente para fomentar que los operadores se encuentren en igualdad de condiciones para acometer sus despliegues de redes de acceso de nueva generación (NGAN por sus siglas en inglés⁷⁰), que actualmente se identifican con redes

⁷⁰ Next Generation Access Networks. Se entiende por redes de nueva generación la arquitectura de red que permite emplear una única plataforma basada en IP para sustituir a las redes tradicionales de telefonía de conmutación de



cableadas basadas total o principalmente en fibra óptica, persiguiéndose por tanto precisamente una inversión en estos tipos de redes.

La Resolución recurrida establece en cuanto a los despliegues de cable de pares de cobre que “*Si bien el término NGA puede hacer referencia a distintas tecnologías, su denominador común es la utilización principal de la fibra óptica y la capacidad de transmisión de datos a gran velocidad, criterio que obviamente no puede atribuirse al par de cobre. Dicha tecnología, por tanto, no puede considerarse incluida en el ámbito de aplicación de la Oferta, no pudiendo admitirse como obligación exigible a Telefónica la solicitud de acceso a las infraestructuras de obra civil para la instalación de cables de pares, debiendo acudir si se quiere hacer uso de la red de pares de cobre de Telefónica a los instrumentos de desagregación de la OBA o desplegando directamente los operadores, en función de sus recursos.*”

Por lo que se refiere al cable coaxial, establece la Resolución que debe eliminarse de la Oferta MARCo cualquier mención que restrinja el derecho de uso exclusivamente a los operadores que desplieguen redes ópticas hasta el hogar, incluyéndose explícitamente que el ámbito de cobertura del servicio mayorista abarca también el despliegue de cable coaxial para redes de acceso de nueva generación.

En relación con la ubicación de la infraestructura, la Resolución recurrida establece lo siguiente:

“En relación con lo anteriormente señalado de que el ámbito propio de la oferta de referencia debe ser el de la red de acceso, en la Oferta de referencia se especificará que se autoriza el uso de las infraestructuras para el despliegue de la red de acceso del operador solicitante siempre y cuando éste se produzca en tramos urbanos, entendiendo por “tramo urbano” aquel que discurre en su totalidad por suelo clasificado por la Ley del Suelo, cuyo texto refundido ha sido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 junio (en adelante, Ley del Suelo), como urbanizado así como aquel para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbano (lo que tradicionalmente se conocía por suelo urbanizable)⁷¹.”

I.1.1. Alegaciones relativas a la delimitación del ámbito de aplicación de la Oferta en función de la tecnología de despliegue: cable de pares de cobre y cable coaxial.

A) Alegaciones de las entidades recurrentes.

Tanto ONO como ASTEL manifiestan en sus recursos su disconformidad con la exclusión del ámbito de aplicación de la Oferta del acceso a infraestructuras para efectuar por los operadores solicitantes despliegues de cable de pares de cobre.

Según ambos operadores, la Comisión ha limitado de forma injustificada las posibilidades de uso de las infraestructuras de TESAU en función de la tecnología de acceso que haya decidido utilizar el operador alternativo, sobre todo teniendo en cuenta que el informe de los servicios sometido a

circuitos. Esta arquitectura separa la parte de provisión de servicios de la parte de transporte, que es común a todos los servicios, permitiendo así la creación de servicios convergentes, ya que todos los servicios usan la misma red.

⁷¹ A este respecto cabe aclarar que la nueva Ley del Suelo, ya no clasifica el suelo como venían haciendo las leyes precedentes (suelo urbano, urbanizable y no urbanizable) sino que ahora tan sólo distingue las dos situaciones en las que puede encontrarse el suelo: situación de suelo rural (que engloba el que tradicionalmente se ha clasificado por no urbanizable y urbanizable) y situación de suelo urbanizado (que engloba el que tradicionalmente se ha clasificado por urbano).



audiencia establecía que TESAU no debía limitar el acceso a sus infraestructuras en función de la tecnología de despliegue.

ONO en particular fundamenta su disconformidad en las siguientes apreciaciones:

- a) La arquitectura de red de los operadores de cable está diseñada para utilizar cable coaxial conjuntamente con cable de pares de cobre desde el nodo terminal hasta el domicilio del cliente a efectos de la prestación del servicio telefónico.

La propia Comisión ha considerado que la red de cable coaxial constituye sin lugar a dudas una red NGAN. Sin embargo al excluir del ámbito de aplicación el despliegue de cobre no ha tenido en cuenta que la tecnología HFC (híbrido fibra-coaxial), que es la que utiliza ONO, requiere el despliegue de cables de pares desde el nodo terminal como parte inseparable del cable coaxial para ofrecer el servicio telefónico. Si bien también podría prestarse el servicio telefónico mediante voz sobre IP (prescindiendo en ese caso del cobre), ello le obligaría a modificar toda su arquitectura de red cuando ha desplegado ya prácticamente la totalidad de su red objetiva (casi el 80% del total).

- b) Los operadores de cable han realizado casi el 80% del despliegue de red objetivo, por lo que el uso que se realice de la infraestructura de TESAU para desplegar el 20% restante tendrá un impacto muy limitado en términos de saturación de las canalizaciones.
- c) El despliegue de par de cobre asociado a la red HFC está limitado al tramo final de acceso a los clientes, tramo que se extiende desde el nodo terminal hasta el domicilio, por lo que por cada canalización discurrirá generalmente un solo cable multipar, de los 4 o 5 que hacen falta para dar servicio a los 400-500 clientes que dependen de dicho nodo. Dadas las secciones del cable coaxial y multipar de 100 pares, 15.49 y 19.99mm respectivamente, el impacto sería poco importante.
- d) La exclusión del cable de cobre vulnera el principio de igualdad competitiva en el uso que TESAU y el resto de operadores pueden hacer de las canalizaciones, y propone la introducción en la Oferta de medidas como autorizar el despliegue de cables de pares siempre que no se supere el 50% de la capacidad vacante disponible, si bien sin limitación alguna en salidas laterales, puesto que el cable de pares será de capacidad mucho menor que el que transcurre por la canalización de distribución.

TESAU por su parte muestra un claro desacuerdo con la inclusión en el ámbito de aplicación de la Oferta del derecho de acceso a su infraestructura para efectuar despliegues de cable coaxial. En este sentido, hace hincapié en que la Resolución de los Mercados 4-5 limitaba el acceso a las infraestructuras para el despliegue de redes NGAN y la Resolución recurrida no ha respetado dicho criterio. Indica que el cable coaxial ocupa un espacio mucho mayor que la fibra óptica, lo que puede dar lugar a saturaciones de los conductos, especialmente en los ubicados en las salidas laterales, perjudicando tanto a TESAU como al resto de operadores con una cuota de mercado menor.

Según TESAU concurren también problemas de prevención de riesgos laborales derivados de la inclusión de cables telealimentados.

Finalmente, pone de manifiesto algunas comparativas con otras ofertas europeas:



- Indica que las obligaciones impuestas por ARCEP a France Telecom se limitan a proveer acceso a los operadores que desplieguen su red de acceso con FO. La oferta recoge asimismo que va destinada a despliegue FTTH residencial.
- La oferta portuguesa no permite usar las canalizaciones de acceso a centrales, ni las cámaras multioperador.
- La oferta de Telecom Italia va dirigida a redes NGAN basadas en FO, y excluye la infraestructura de acceso a centrales y la cámara 0.

TESAU solicita que, al igual que en otros países, la Oferta MARCo se limite exclusivamente al despliegue de redes de acceso de fibra. Asimismo indica que las obligaciones simétricas, que complementan el despliegue horizontal regulado a través del servicio MARCo, se limitan exclusivamente al despliegue de FO, por lo que es contradictorio que el servicio MARCo incluya el despliegue de redes coaxiales.

B) Valoración.

Tanto la Resolución de los Mercados 4 y 5 como la Resolución recurrida inciden en la importancia del principio de neutralidad tecnológica, en el sentido de que no pueden limitarse las obligaciones de acceso a infraestructuras en función de la tecnología de despliegue NGAN que utilice el operador solicitante de acceso, siempre y cuando el despliegue redunde en la prestación de servicios minoristas de banda ancha.

La aceptación del hecho de que la infraestructura de obra civil es un recurso limitado y, en ocasiones, escaso, que los operadores no pueden replicar fácilmente, lleva a la necesidad de priorizar ciertos criterios de eficiencia en el uso compartido de la misma que se está regulando que eviten que dicho recurso se agote y que efectivamente se cumpla el objetivo de la regulación del mercado 4: que se creen las condiciones que permitan la maximización del despliegue de redes por parte de los operadores (el incumbente y los alternativos) con los límites que el propio mercado imponga.

En definitiva, y en el caso que nos ocupa, el principio de neutralidad tecnológica establecido en el artículo 3 de la LGTel ha de conjugarse con el criterio de eficiencia en el uso de un recurso, como las canalizaciones y demás elementos de la infraestructura pasiva, que es limitado, lo que nos lleva a entender que resulta justificado limitar el derecho de acceso a las infraestructuras a los despliegues de fibra óptica o tecnologías distintas a ésta pero sustitutivas en términos de eficiencia.

En respuesta al planteamiento de ONO, en primer lugar debe reiterarse el criterio ya sentado en la Resolución recurrida de que el tendido de par de cobre no puede ser considerado en ningún caso una tecnología de acceso de nueva generación, y por tanto en ningún caso puede tener cabida su despliegue en las canalizaciones atendiendo a los criterios de eficiencia ya expuestos. Siendo esto así, todavía está menos justificado autorizar el despliegue de una línea de cobre que se utiliza exclusivamente para dar un servicio de voz, como ocurre en el caso de ONO. Por otro lado, siguiendo un razonamiento de optimización de recursos, tampoco puede admitirse en el ámbito de aplicación de la Oferta el despliegue del conjunto coaxial-multipar.

En cuanto a las alegaciones de TESAU en relación al cable coaxial, si bien es cierto que el espacio que ocupa en las canalizaciones es mayor que la fibra óptica, sí puede considerarse una



NGAN, tal como se justificó en el documento de la consulta pública sobre redes de nueva generación realizada por esta Comisión, de 10 de mayo de 2007, donde se llega a la conclusión de que las redes de cable o HFC (red híbrida de fibra óptica y cable coaxial) *“pueden ofrecer velocidades comparables a las de los escenarios descritos para las nuevas redes de acceso, tanto FTTN/VDSL como FTTH”*.

No obstante, en línea con la filosofía expuesta sobre la necesidad de primar criterios de eficiencia en el uso de las infraestructuras, la instalación de cable coaxial en las canalizaciones de TESAU queda sujeta a la disponibilidad de espacio suficiente para satisfacer la propia solicitud para despliegue de cable y las de otros operadores que desplieguen fibra óptica.

I.1.2. Alegaciones relativas a la restricción del ámbito territorial de aplicación de la Oferta al despliegue de red de acceso en tramos urbanos.

A) Alegaciones de las entidades recurrentes.

France Telecom indica que los núcleos de población que se encuentren fuera de un ámbito urbano concreto (urbanizaciones, parques empresariales, polígonos industriales) no pueden alcanzarse a través de los conductos de TESAU. Añade que lo mismo ocurre con las estaciones base.

En definitiva indica que la limitación impuesta no es coherente con el fin perseguido, puesto que la red de acceso no se limita exclusivamente al ámbito urbano. En consecuencia solicita que se amplíe el ámbito de aplicación de la oferta a todas las canalizaciones que emplea TESAU.

Vodafone mantiene a su vez que la red de acceso puede estar fuera de tramos urbanos, y alega que la Resolución de los Mercados 4-5 no impone restricción alguna al acceso, por lo que solicita que se pueda acceder a todas las canalizaciones.

ONO mantiene que lo que discurre por zona rústica no tiene porque clasificarse como red troncal. Se muestra de acuerdo con que el servicio objeto de regulación forma parte del mercado de acceso, pero no con la limitación genérica a tramos urbanos.

Según ONO, existen casos que, aun discurriendo la canalización por terreno rural, debieran ser incluidos dentro de la oferta de referencia por el valor añadido que aportan para el despliegue de una red de acceso: polígonos industriales, barrios aislados y zonas residenciales pertenecientes a un núcleo urbano o que estén dentro del mismo término municipal, núcleos urbanos con volumen de población reducido.

ONO remarca que no es lo mismo una canalización interprovincial para unir capitales de provincia que otra utilizada para alcanzar zonas de baja población cercanas a núcleos principales.

En definitiva solicita que se añadan a la Oferta, además de las infraestructuras que discurran por suelo urbano, las que discurriendo por suelo rural cumplan los criterios siguientes:

- Tramos de acceso a zonas residenciales o polígonos industriales pertenecientes al núcleo urbano donde el operador tiene presencia.
- Tramos de canalización provinciales con un radio de hasta 40km desde un punto de presencia del operador alternativo.



ASTEL también se muestra de acuerdo con que la limitación a ámbitos urbanos contradice la Resolución de los Mercados 4 y 5, y resulta discriminatoria. Señala que hay infraestructuras de TESAU que discurren en ámbitos interurbanos (postes, canalizaciones que conectan centrales con nodos que cubren determinadas urbanizaciones).

B) Valoración.

Los recurrentes vienen a impugnar la modificación de la Oferta MARCo de TESAU en lo que se refiere al ámbito propio de aplicación de la misma, en concreto, manifiestan su desacuerdo con la Resolución impugnada en la medida en la que ésta determina que la Oferta será de aplicación (se autoriza dice) para el uso de las infraestructuras para el despliegue de la red de acceso del operador solicitante siempre y cuando éste se produzca en tramos urbanos⁷².

Varios son los motivos de impugnación que invocan las recurrentes, pudiendo ser agrupados en los siguientes tipos:

a) Motivos basados en la supuesta nulidad por falta de motivación e indefensión.

Dentro de este tipo de motivos podemos calificar aquellos en los que se manifiesta que la inclusión de forma novedosa de esta modificación en la Resolución impugnada está carente de cualquier motivación, no solo en cuanto a las razones por las que la Comisión ha optado por esta solución, sino también en cuanto a las razones por las que se aparta del criterio establecido por la propia Comisión en la Resolución MTZ 2008/626 (Resolución de los Mercados 4 y 5) en cuanto al alcance de las obligaciones de acceso impuestas en aquella a TESAU y del criterio de los servicios contenido en el informe de audiencia, lo que a juicio de las recurrentes conlleva necesariamente la nulidad de pleno derecho de la decisión (alega indefensión).

b) Motivos basados en la ilegalidad del acto impugnado.

Dentro de este tipo se encuentra el resto de los motivos alegados, que pueden resumirse en que la modificación vulnera los intereses legítimos de los operadores alternativos y es contraria a lo establecido en la Resolución de los Mercados 4 y 5. En concreto, los recurrentes vienen a fundamentar su impugnación en que la Resolución recurrida modifica las medidas correctoras establecidas en la Resolución de los Mercados 4 y 5, en la medida en que aquella les reconocía su derecho al acceso a todos los recursos asociados de infraestructuras de obra civil de TESAU a precios regulados sin limitación alguna en cuanto al ámbito territorial de aplicación y la nueva Resolución limita tales derechos a un ámbito territorial más reducido. A juicio de las recurrentes esta limitación del ámbito de aplicación de la obligación impuesta a TESAU en la Resolución de los Mercados 4 y 5 resultaría ilegal en la medida en que supone, de facto, una modificación unilateral de la Administración de una resolución anterior vetada por el Ordenamiento Jurídico ya que la Administración no puede revisar de oficio sus actos declarativos de derechos si no lo hace por medio de los procedimientos legalmente establecidos. Por otra parte, insisten en que la medida impugnada es contraria a lo establecido en la LGTel y la Directiva de Acceso en lo que se refiere al establecimiento de obligaciones relativas al acceso a recursos específicos de las redes y a su utilización.

⁷² Entendiendo por tramo urbano aquel que discurre en su totalidad por suelo clasificado por la Ley del Suelo, cuyo texto refundido ha sido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, como urbanizado así como aquel para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbano (lo que tradicionalmente se conocía por suelo urbanizable).



En aras a no repetir innecesariamente argumentos ya expuestos en la presente Resolución y habida cuenta de que estas alegaciones se fundamentan, en definitiva, en supuestos de nulidad de pleno derecho producida porque, a juicio de los impugnantes, la Resolución se aparta inmotivadamente del informe de los servicios e introduce criterios nuevos contrarios a los previamente establecidos en la Resolución de los Mercados 4 y 5, nos remitimos a lo contestado al respecto el apartado 1.1 del Fundamento jurídico-material primero de la presente Resolución.

No obstante lo anterior, tenemos que insistir en que, fuera del ámbito territorial de aplicación de la Oferta MARCo, cualquier solicitud razonable de acceso a sus infraestructuras de obra civil que TESAU reciba de un tercer operador, al amparo de lo establecido en la Resolución de 22 de enero de 2009, debe ser negociada por aquella de buena fe y de forma no discriminatoria, esto es, que TESAU deberá ofrecer el acceso solicitado de forma tal que no discrimine al operador solicitante con respecto a lo que se presta a sí misma en relación con la ocupación de la capacidad disponible, plazos y demás condiciones relevantes relativas al acceso a las infraestructuras de obra civil.

Quiere ello decir que, en aquellas zonas residenciales o polígonos industriales que queden separados de las zonas cubiertas por la Oferta MARCo, TESAU debe ofrecer a los operadores alternativos soluciones no discriminatorias con respecto a las que ella misma se presta, lo que conlleva necesariamente que si TESAU utiliza para sí soluciones similares a las contempladas en la Oferta MARCo para los tramos urbanos, estas condiciones deberán ser ofrecidas a los operadores alternativos.

I.1.3. Alegaciones relativas a los supuestos usos indebidos del derecho de acceso y la posibilidad de denegar solicitudes de acceso sobre la base de ello.

A) Alegaciones de las entidades recurrentes.

TESAU, basándose en el análisis de las solicitudes cursadas hasta la fecha, denuncia que los operadores están uniendo su propia red a las canalizaciones más próximas a las centrales de TESAU con el objeto de implementar el servicio de entrega de señal de la OBA. Según TESAU, puesto que se están regulando NGAN, no puede permitirse que los operadores hagan uso del servicio MARCo para acceder, al margen de la OBA, a una nueva modalidad de entrega de señal OBA: se estaría usando el servicio MARCo para el despliegue de la red troncal asociada a la red de pares de cobre. Asimismo denuncia que con el mismo objetivo los operadores pretenden acceder mediante el servicio MARCo a la cámara multioperador (CRMO).

La Resolución tampoco prohíbe, según TESAU, otros usos indebidos, como sería la creación de anillos de FO para unir centrales OBA. Indica TESAU al respecto que las solicitudes de ocupación de mayor longitud que han cursado los operadores (mayor número de registros) se corresponden con anillos que unen centrales OBA.

Otros usos que actualmente se están produciendo, como es la constitución de redes de uso privado de empresas, organismos públicos, etc., deberían ser explícitamente prohibidos, según TESAU.

Asimismo afirma que los operadores únicamente están desplegando en la proximidad de usuarios finales cuando éstos se corresponden con clientes empresariales, o bien cuando pretenden alcanzar estaciones base. En este sentido, destaca que la Oferta MARCo no debe incluir el



despliegue de fibra para estaciones base de operadores móviles, puesto que en dicho mercado ya existe una competencia efectiva.

En definitiva, TESAU manifiesta que se está usando el servicio MARCo para construir redes de transporte para entrega de señal OBA u ORLA, acceso a estaciones base, y acceso a clientes empresariales. Señala que el uso de las canalizaciones para cualquier red que quiera desplegar un operador satura un recurso escaso y perjudica a todos, por lo que no sería aceptable, especialmente cuando para esos usos generalizados ya existen alternativas reguladas.

Por todo lo señalado, según TESAU, ya se están produciendo saturaciones (18% de las solicitudes / 2% de los tramos), especialmente en canalizaciones de alimentación próximas a la central y de distribución de acceso a clientes empresariales.

Vodafone, por su parte, al hilo también de los supuestos usos indebidos que pueden producirse en el uso de las infraestructuras, manifiesta que el reconocimiento a TESAU de la posibilidad de denegar solicitudes de tendido de cable que no tengan por objeto el despliegue de redes NGAN⁷³ supone en la práctica el establecimiento de una limitación en el acceso a dichos recursos, ya que se deja exclusivamente en manos del incumbente la imposición de estas restricciones, que puede ejercer de forma arbitraria. Solicita por tanto que se elimine este aspecto de la Oferta.

Asimismo, solicita que se obligue a TESAU a facilitar el tendido de fibra desde la cámara posterior a la cámara 0 hasta la cámara multioperador (CRMO), al objeto de posibilitar el paso por los conductos de TESAU hasta la red del operador sin tener que entrar y salir de la central, minimizando así el impacto que pudiese tener el futuro cierre de la central.

B) Valoración.

En la Resolución recurrida ya se señalaba, en relación con el ámbito de aplicación de la Oferta, que *“debe incluir los recursos asociados a la red de acceso. (...) A este respecto, la Nota Explicativa de la Recomendación sobre mercados relevantes, al referirse al concepto de facilidades asociadas, indica que debe considerarse incluida en el mercado toda infraestructura relevante necesaria para alcanzar al consumidor final”*. Asimismo, esta Comisión remarcó en la Resolución de los mercados 4 y 5 la dificultad que entraña la discriminación entre tramos de acceso y troncales.

Como consecuencia, debe entenderse incluida en el ámbito de aplicación de la Oferta toda infraestructura de TESAU situada en ámbito urbano⁷⁴ y, en cuanto al tipo de despliegue que puede beneficiarse del acceso, debe quedar incluida toda solicitud de acceso que vaya dirigida al despliegue de redes de acceso. No puede aceptarse que TESAU deniegue el acceso con motivo de la supuesta naturaleza troncal o de acceso de la red. Lo señalado implica que TESAU debe dar acceso tanto a recursos ubicados entre centrales-cabecera y usuarios finales como a los empleados para llegar a equipos que dan servicio directo a usuarios finales, siempre que el objeto sea el despliegue de NGAN.

⁷³ Dicha mención se recoge en el punto 1.1 del Anexo 3 de la Resolución recurrida, en el que la Comisión contesta a las alegaciones de los recurrentes en relación con el acceso a los recursos asociados, y señala que *“(.....) con carácter general debe concluirse que Telefónica deberá atender las solicitudes de tendido de cable en las proximidades de la central en sus diferentes tipologías (antes referidas), siempre y cuando se correspondan con solicitudes cuyo objetivo es el despliegue de NGA, y podrá denegar solicitudes que tengan por objeto implementar otras alternativas, como sería el servicio de entrega de señal para la provisión de servicios de bucle desagregado, para lo cual la OBA ya ofrece soluciones eficaces.”*

⁷⁴ Con la matización recogida en la Resolución recurrida en relación con lo que debe entenderse por “tramo urbano”.



En definitiva, la Resolución recurrida ya delimitaba el ámbito de aplicación de la Oferta, así como los elementos de infraestructura incluidos y las condiciones en que debe prestarse acceso a los mismos, por lo que no es necesario reincidir en los mismos aspectos. Debe tenerse en cuenta que se está instruyendo un procedimiento de modificación de la Oferta MARCo, y en este sentido las alegaciones aportadas no evidencian la necesidad de modificar el ámbito ya establecido en la Resolución recurrida.

Otra cosa es esclarecer si se está haciendo un uso indebido de la Oferta, es decir, con un objeto distinto al previsto en el ámbito de aplicación establecido. En este sentido, debe señalarse que, si TESAU considera que se está haciendo un mal uso de las canalizaciones (por ejemplo para redes privadas), debe aportar documentación que debidamente lo acredite e interponer conflicto de acceso ante esta Comisión, al objeto de que ésta constate debidamente (vía inspección si es preciso) lo denunciado por TESAU.

Lo mismo cabe precisar respecto de las solicitudes de uso compartido de infraestructuras. Cuando TESAU pueda acreditar que la solicitud de uso compartido de una determinada infraestructura no es para realizar despliegues de los previstos en el ámbito de la aplicación de la Oferta y, en general, de la obligación de acceso, esta Comisión resolverá el conflicto que pueda plantearse en su caso. En todo caso, y salvo que la CMT adopte una medida cautelar en sentido contrario en el seno del conflicto, TESAU habrá de conceder el acceso solicitado.

Por último, es preciso señalar también que no se puede obligar a TESAU a aceptar el acceso a sus infraestructuras para actuaciones que no respeten la normativa de seguridad vigente o las normas de Prevención Riesgos Laborales cuando a ella misma en autoprestación se le exige ese cumplimiento. Por ello, es claro que cualquier despliegue efectuado en las canalizaciones de TESAU intentará garantizar la máxima eficiencia en la ocupación del espacio y cumplirá en todo caso la normativa de Prevención de Riesgos Laborales (PRL), sin que con ello se afecte el principio de no discriminación.

Para evitar los problemas señalados se introducirá en el apartado “Modificación de la oferta” del punto 3.1.1.1 de la Resolución impugnada (página 8) el siguiente párrafo:

“Cuando Telefónica entienda que la solicitud de uso compartido de una determinada infraestructura no es para realizar despliegues de los previstos en el ámbito de la aplicación de la Oferta y en general de la obligación de acceso, habrá de plantear conflicto ante esta Comisión, quien determinará si procede atender o no a la solicitud de acceso.”

I.1.4. Alegaciones relativas a la exclusión del ámbito de aplicación de la Oferta del acceso a tramos de infraestructura de TESAU que discurren sobre las fachadas de los edificios.

A) Alegaciones de las recurrentes.

Tanto France Telecom como ASTEL solicitan que se incluya en el ámbito de aplicación de la Oferta del servicio MARCo el acceso orientado a costes a la infraestructura de TESAU que se encuentra ubicada en las fachadas: fiadores, anclajes, soportes, etc.

Según France Telecom, debe tenerse en cuenta que si MARCo sólo aplica hasta la llegada al edificio, el tramo de red entre este punto y las distintas cajas terminales ópticas (CTOs) queda fuera de toda normativa. Considera esta entidad que de no incluirse en el servicio MARCo el uso



de las infraestructuras por fachada que conectan las distintas CTOs se producirá un importante cuello de botella entre las salidas laterales de la última arqueta (servicio MARCo) y la conexión de las CTOs (a partir de las cuales aplica la normativa simétrica de verticales).

En la misma línea, ASTEL solicita que pueda accederse a los tramos de red que discurren por los edificios cuando estos no disponen de salidas laterales. En este sentido solicita, tanto acceso a las infraestructuras, como a información acerca de las mismas, esto último al menos bajo demanda y caso a caso.

B) Valoración.

La Resolución de esta Comisión, de fecha 12 de febrero de 2009, por la que se aprueba la imposición de obligaciones simétricas de acceso a los operadores que despliegan en el interior de los edificios (expediente MTZ 2008/965, en adelante “medidas simétricas”), indicaba que la obligación de compartición de las infraestructuras de TESAU “engloba todas sus infraestructuras hasta el punto de compartición o la base de los edificios, lo que incluye las salidas laterales hacia los mismos”, así como que “Telefónica contraería la obligación de facilitar espacio en las salidas laterales de acometida a edificios, hasta el punto en el interior de los mismos donde se instalen las cajas terminales”, y señalaba que “a las citadas obligaciones asimétricas se suman las definidas en la presente medida, de carácter simétrico, por las que el primer operador deberá compartir los recursos de red emplazados a partir del punto de compartición (.....).”

Ya se motivó en dicha Resolución sobre medidas simétricas que, si bien la situación de partida de los operadores que llevan a cabo el despliegue óptico en edificios es similar, el primer operador disfruta de ciertas ventajas, como la disponibilidad de permisos de los propietarios de las que carecen los operadores que intervengan con posterioridad, tratándose también en este ámbito la infraestructura que discurre sobre la fachada de los edificios. Así, por ejemplo, en la página 9 de la citada Resolución se dice que:

“La actuación unilateral y no sujeta a obligaciones por parte del operador que tomase la iniciativa en el despliegue de fibra en el interior de los edificios puede causar una saturación de los espacios disponibles para la ubicación de acometidas y demás elementos pasivos, lo que imposibilitaría el despliegue de redes de otros operadores y, por tanto, su entrada en el mercado.

Se trata de un parámetro especialmente sensible en las instalaciones por fachada o en el interior de edificios que no disponen de ICT, y presenta problemas potenciales de disponibilidad de espacio y de estética a dos niveles del despliegue:

- Problemas en la ubicación de cajas terminales de otros operadores por inexistencia o saturación de espacios aptos para tal fin.
- Problemas en el despliegue de cables de fibra hasta el domicilio del usuario final por inexistencia de conductos, canalizaciones, patinillos, o saturación de los mismos.”

En la página 18 de la Resolución se añade, en relación con lo anterior, que:

“Por tanto, el servicio mayorista de TESAU debe especificar convenientemente, además de las canalizaciones principales, secundarias y laterales, las salidas laterales que dan acceso a la fachada o interior de los edificios, de forma que los operadores puedan identificarlas adecuadamente y hacer referencia a las mismas en sus solicitudes de acceso.”



Finalmente, dentro de la obligación de transparencia prevista en la página 22 de la Resolución (apartado III.3.3) se prevé, entre la información que deberán intercambiar los operadores que hayan suscrito acuerdos recíprocos de compartición, la tipología de despliegue en fachada.

A la vista de todo lo expuesto, cabe concluir que esta Comisión ha adoptado en el expediente MTZ 2008/965 determinadas medidas de carácter simétrico que son de aplicación, no solo a los deslignes por interior, sino también por fachada. En este sentido se indicaba que:

“debe tenerse en cuenta que la infraestructura canalizada por donde transcurren las salidas laterales desde las arquetas más próximas a los edificios no siempre ofrece capilaridad suficiente para que los operadores que desplieguen con posterioridad al primero puedan alcanzar de forma directa la totalidad de las cajas terminales emplazadas en los edificios. En consecuencia, los procedimientos y obligaciones que en la presente medida se establecen deben asimismo entenderse aplicables a los recursos de red que facilitan la conexión de cajas terminales colindantes.”

Es decir, los tramos que, tal como mantiene France Telecom, discurren por edificios entre las salidas laterales y las distintas cajas terminales ópticas, deben entenderse incluidos en el ámbito de aplicación de las medidas simétricas, estando por tanto sujetos a las condiciones en ellas recogidas. En consecuencia, no forman parte del ámbito de aplicación de la Oferta del servicio MARCo, dirigida a facilitar el acceso a recursos cuya replicabilidad por parte de los operadores se ha juzgado en la práctica inviable, como es la infraestructura canalizada y los postes.

I.2. Instrumentación del acceso a las infraestructuras: extensión por parte de TESAU de certificados acreditativos del derecho de acceso (punto 3.1.1.3 de la Resolución impugnada).

A) Resolución impugnada⁷⁵.

La Resolución impugnada establece en el punto 3.1.1.3 que *“Telefónica debe instrumentar los medios necesarios para que la ocupación de las infraestructuras sea efectiva”*.

En este sentido, se establece que *“Telefónica no podrá negarse a facilitar, si así se lo solicita el operador, un certificado que acredite su derecho a acceder a la infraestructura en cuestión, o, en su caso, facilitar la tramitación de los permisos necesarios (en el caso de que tenga que ser el titular del derecho de uso el que los deba tramitar)”*.

B) Alegaciones de las entidades recurrentes.

ASTEL indica que en muchas ocasiones los Ayuntamientos o los titulares de la propiedad privada en la que se encuentran las infraestructuras solicitan a los operadores que van a ejercer el derecho de acceso a las mismas la correspondiente autorización de TESAU para ello. Para que este derecho de acceso sea efectivo, ASTEL requiere una mayor concreción de la obligación de expedición de los certificados, solicitando que se obligue a TESAU a extenderlos en el mismo momento del replanteo.

⁷⁵ En este apartado se expondrá la regulación de la oferta de referencia del servicio MARCo efectuada por la Resolución de 19 de noviembre de 2009 sobre el análisis de la oferta de acceso a conductos y registros presentada por Telefónica de España, S.A.U. y su adecuación a los requisitos establecidos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.



C) Valoración.

Esta Comisión desea destacar al respecto que la Resolución recurrida ya establece claramente la obligación de TESAU de facilitar a los operadores solicitantes un certificado que acredite su derecho a acceder a la infraestructura de que se trate, aunque es cierto que no se precisa a partir de qué momento esta obligación sería efectiva y exigible.

No obstante, en todo caso esa falta de concreción resulta más favorable a los operadores solicitantes, ya que les permite efectuar dicho requerimiento sobre la base de las condiciones de la Oferta MARCO en el momento que consideren oportuno sin que TESAU pueda negarse a ello, salvo que existan razones de orden práctico que lo justifiquen. Resulta poco práctico a los efectos pretendidos, extender un certificado que acredite el derecho de acceso en el momento de iniciarse el replanteo, ya que en ese momento no se conocen los detalles del acceso ni su viabilidad, aspectos que no quedarán concretados hasta que la solicitud se encuentre en estado "Replanteo realizado viable", esto es una vez finalizada la fase del replanteo con resultado positivo.

I.3. Acceso a recursos asociados: sobre la obligación de TESAU de facilitar la coubicación en todas sus centrales OBA (punto 3.1.1.5 de la Resolución impugnada).

A) Resolución impugnada.

La Resolución recurrida establece en el apartado "Modificación de la Oferta" del punto 3.1.1.5 (Acceso a recursos asociados) lo siguiente:

"Telefónica deberá prestar a los operadores que lo requieran los servicios de acceso a recursos asociados, en particular los servicios de coubicación y de tendido de cable óptico hasta cámaras de registro ubicadas en el exterior, en todas las centrales OBA, entendiéndose que se asume la posible discontinuidad en la prestación de dichos servicios en las centrales distintas a las cabeceras FTTH. Esto es, las inversiones de los operadores solicitantes en las centrales OBA que no sean cabecera FTTH no podrán condicionar los planes de modernización de la red de acceso de Telefónica previstos en la Resolución de los mercados 4 y 5."

B) Alegaciones de las recurrentes.

TESAU indica que en el mercado de bucles desagregados tiene sentido la coubicación y la entrega de señal porque se parte de una situación de infraestructura ya establecida (los cables de pares de Telefónica terminan en un repartidor de la central), pero sin embargo en el despliegue FTTH los servicios de coubicación de equipos y de entrega de señal son innecesarios puesto que el operador puede tender su red desde su propia central a través de los conductos de TESAU.

Por otro lado, reclama que se precise o se señale de forma más explícita que asumir "la posible discontinuidad en la prestación de dichos servicios en las centrales distintas a las cabeceras FTTH" supone para el operador alternativo coubicado en una central OBA que deberá asumir también los costes derivados de la reubicación en una nueva central.



C) Valoración.

En la Resolución de los Mercados 4 y 5 y en la Resolución recurrida por la que se revisa y adecua la oferta de referencia presentada por TESAU ya se dirimió el asunto. Concretamente, en el Anexo III de la Resolución impugnada⁷⁶ se manifiesta que:

“En primer lugar, las inversiones que señala Telefónica van a ser sufragadas por los operadores que pretendan disponer de los servicios asociados en centrales distintas de los nodos FTTH. Queda patente por tanto que son los operadores quienes asumen el riesgo inversor derivado del acceso a las centrales referidas.

Por otra parte, resultaría discriminatorio no facilitar a terceros operadores recursos de los que Telefónica puede disponer libremente para la prestación de sus servicios, tales como las canalizaciones y registros que discurren en las proximidades de las centrales, y en particular la cámara 0.

En consecuencia, debe mantenerse el enfoque inicialmente previsto en el Informe de los Servicios, y concluirse que se facilitará el acceso a los recursos asociados en todas las centrales de la lista OBA.”

No obstante lo anterior, se entiende que puede ser conveniente precisar con mayor claridad que los costes de la reubicación deberán ser sufragados por los operadores alternativos a fin de evitar problemas de interpretación del texto en el futuro. Por ello, procede añadir como final del único párrafo que aparece en el apartado “Modificación de la Oferta” del punto 3.1.1.5 (Acceso a recursos asociados) de la Resolución impugnada (página 13) el siguiente texto:

“(…), lo que significa en definitiva que los costes asociados tanto a la provisión del servicio de coubicación, como del desmontaje de los equipos e infraestructuras si se produjese la citada discontinuidad, serán sufragados por los operadores que pretendan disponer de los servicios asociados en centrales OBA que no sean cabecera FTTH.”

II. Procedimientos previos a la ocupación, en lo relativo a la obligación de proveer soluciones alternativas (punto 3.1.2.2 de la Resolución impugnada).

A) Resolución impugnada.

La Resolución recurrida establece en el punto 3.1.2.2 que ante la presencia de obstáculos para la compartición de infraestructuras (inviabilidad técnica o insuficiencia de espacio), TESAU debe ofrecer al operador, de forma subsidiaria, alternativas que permitan el enlace entre los puntos solicitados, debiéndose contemplar en la oferta de referencia en particular las siguientes tres soluciones:

a) Provisión de ruta alternativa que no requiere de nuevas inversiones:

En cuanto a los costes, *“Si se ofrece una ruta alternativa, se hará mención explícita al hecho de que Telefónica podrá repercutir al operador, por la provisión de una ruta alternativa, los costes (tanto recurrentes por el uso de las infraestructuras como derivados de replanteos sucesivos)*

⁷⁶ Véase página 76.



correspondientes a dicha ruta alternativa hasta un límite que corresponde al doble de los costes que hubieran correspondido con la ruta inicialmente solicitada.”

En cuanto al plazo, *“debe recogerse explícitamente que el plazo para la identificación de una ruta alternativa está incluido dentro del plazo máximo establecido para la tramitación de una solicitud de ocupación, no existiendo por tanto un plazo adicional destinado a tal fin. Se encuentra incluido, por tanto, dentro del plazo de 30 días comprendido entre la solicitud del operador hasta el momento en que dicha solicitud pasa a estado “Replanteo Realizado Viable”.*

b) Provisión de ruta alternativa que requiere la ampliación de las infraestructuras existentes y por tanto realizar nuevas inversiones:

La Resolución recurrida establece que *“se puede producir la situación de que para la provisión de una ruta alternativa, Telefónica ha de proceder a ampliar las infraestructuras existentes, es decir, que ante la saturación de las infraestructuras de Telefónica y la ausencia de alternativas viables y razonables, se decida su ampliación para satisfacer la demanda de espacio de los operadores.”*

En cuanto a los costes, *“En este supuesto, se producirá una inversión de la que se benefician los operadores, y en la que Telefónica no hubiese incurrido en ausencia de las solicitudes de ocupación de aquéllos. Sin embargo, dado que las nuevas infraestructuras podrán también ser usadas por Telefónica y que la transparencia de la regulación requiere el establecimiento de costes prefijados, los costes de dichas ampliaciones formarán parte de los costes de Telefónica y se repercutirán en las sucesivas actualizaciones de los precios de la oferta Marco.”*

En cuanto al plazo, no se establecía ningún plazo en particular para la provisión de esta alternativa.

c) Provisión de fibra oscura:

Subsidiariamente, en ausencia de alternativas razonables, TESAU deberá ofrecer al los operadores solicitantes el alquiler de fibra oscura, es decir que tal como establece la Resolución recurrida, *“la disponibilidad de fibra oscura se condiciona a la imposibilidad de compartir infraestructuras ni siquiera mediante trayectos alternativos razonables.”*, es decir que deberá ofrecerse *“en caso de ausencia de alternativas (trazados alternativos) razonables.”*

En cuanto a las condiciones de prestación de este servicio, la Resolución recurrida establece lo siguiente:

“No se estima adecuada por el momento la incorporación de procedimientos y plazos para la provisión de fibra oscura.

Cuando concurren las circunstancias señaladas en la Resolución de los mercados 4-5, Telefónica, caso por caso, deberá ofrecer la provisión de fibra oscura al operador entrante en los términos, precios y condiciones que ambos acuerden. En caso de conflicto resolverá esta Comisión.”



II.1. Alegaciones relativas al régimen establecido para la provisión de ruta alternativa (en sus dos modalidades).

A) Alegaciones de las entidades recurrentes.

Según TESAU, el porcentaje de tramos saturados va en aumento (actualmente se sitúa aproximadamente en el 2%), de forma que las probabilidades de encontrar rutas alternativas también decrecen, puesto que las saturaciones se trasladan a otras canalizaciones.

Ante este escenario, TESAU considera inaceptable que únicamente pueda repercutir el doble de los costes de la ruta inicial (indica que cuando un tramo está saturado, la alternativa suele ser una vuelta completa a la manzana, lo que supera el doble de la longitud inicial). Según TESAU, por el principio de orientación a costes, los operadores deberían pagar por la ruta alternativa completa, especialmente cuando los operadores diseñan sus solicitudes sin usar el servicio de consulta de capacidad vacante, de forma que la posibilidad de saturación es elevada.

En relación con esta cuestión, TESAU alega en el Motivo octavo, letra H, de su escrito de recurso (sobre los precios) que en el caso de que efectivamente exista una ruta alternativa razonable que ofrecer al operador, es posible que ésta suponga un coste superior al doble de la ruta original. En estos casos, se estaría obligando a TESAU a asumir parte de los costes del servicio (costes de infraestructura ocupada por terceros), lo que choca con el principio general de la Resolución de los Mercados 4 y 5 de ofrecer los servicios a precios orientados en función de los costes de producción. Entiende que los costes recurrentes derivados de esta obligación deberían asumírselos los operadores solicitantes del acceso, que son los beneficiarios de la ruta.

En cuanto al supuesto de ampliación de infraestructuras, según TESAU es inaceptable que le corresponda costear la ampliación de canalizaciones. TESAU indica que en los propios acuerdos alcanzados con los operadores, estos aceptan hacerse cargo del coste de ampliación de infraestructuras, por lo que debería trasladarse la práctica habitual a la que se ha llegado por consenso de las partes implicadas a la Oferta. TESAU no se opone a diseñar el proyecto y realizar las obras, pero repercutiendo la totalidad de los costes a los operadores.

TESAU señala que el método propuesto por la Comisión consistente en que TESAU asuma los costes, los incluya en la contabilidad de ese año y los repercuta en el precio por subconducto, resulta inaceptable porque la contabilidad se aprueba dos años más tarde, y TESAU deberá esperar 30 años para recuperar la inversión, siempre que los operadores mantengan el alquiler durante ese período.

En cuanto al plazo, TESAU solicita que se amplíe el plazo aplicable para la elaboración del proyecto técnico correspondiente a la ampliación de infraestructuras, pasando de 30 días desde el estado "Solicitud pendiente no confirmada" a 30 días desde que se realice el replanteo.

France Telecom se muestra en desacuerdo con que TESAU pueda facturar hasta el doble del coste inicial por la provisión de una ruta alternativa. Entiende que es una medida discriminatoria, ya que en régimen de autoprestación TESAU no soportará ese aumento de los costes mientras que en la prestación a terceros puede verse tentada a buscar las soluciones más costosas, sobre todo en ausencia de otra salvaguarda como la provisión de fibra oscura. Por tanto, según esta entidad lo facturado por ruta alternativa debería ser lo mismo que se hubiera facturado por la ruta inicial, de forma que se incentive a TESAU a ofrecer las soluciones más eficientes.



Por otro lado, propone, como alternativa, que se instrumente la obligación de liberación de espacio en las canalizaciones mediante la retirada de cables en desuso, opción que en la actualidad TESAU puede llevar a cabo para despliegues propios, pero para la que no tiene ningún incentivo en el caso de la provisión mayorista, por lo que preferirá ofrecer soluciones que le resulten más costosas al operador.

B) Valoración.

En respuesta a las alegaciones contrarias a que TESAU repercuta por la provisión de ruta alternativa sin realización de nuevas inversiones un máximo del doble del coste que hubiera supuesto la provisión de la ruta inicialmente solicitada, cabe indicar que la introducción de una salvaguarda económica en la provisión de rutas alternativas se estima necesaria para incentivar a Telefónica a identificar alternativas razonables.

Si dicha salvaguarda fuese excesiva (por ejemplo, provisión de alternativa sin coste adicional con respecto a la inicialmente prevista), podría resultar inapropiada por los costes en que incurriría y no recuperaría TESAU. Por el contrario, estableciéndose un límite razonable al margen adicional que TESAU puede repercutir a los operadores, se incentiva a TESAU a actuar diligentemente en la identificación de alternativas óptimas, evitando así tener que incurrir en costes superiores a la contraprestación que recibirá por su provisión.

Por estos motivos, no pueden tener favorable acogida las alegaciones efectuadas por los operadores en contra del criterio de repercutir un máximo del doble de los costes de la ruta inicial.

No obstante, en la línea de promover una gestión eficiente de los recursos y en particular de la provisión de rutas alternativas y minimizar el número de ocasiones en que deba recurrirse a ellas, se considera razonable prever en la Oferta la obligación de TESAU de retirada de cables muertos o en desuso si así lo solicita el operador afectado por la saturación, es decir, como medida previa a la consideración de las soluciones alternativas, tal como solicita France Telecom en su recurso. A estos efectos, y con la finalidad de evitar en la medida de lo posible tener que acudir a una solución alternativa, se incorporará en la Oferta la posibilidad de que el operador solicite a TESAU la retirada de dichos cables.

Asimismo, prevé la Resolución recurrida que *“ante la saturación de las infraestructuras de Telefónica y la ausencia de alternativas viables y razonables, se decida su ampliación para satisfacer la demanda de espacio de los operadores”*. Se desprende de esta frase y de lo expuesto hasta ahora en relación con este punto que una alternativa viable y razonable es aquella ruta alternativa a la ruta solicitada inicialmente que no requiere para su provisión unos costes excesivos o una utilización poco efectiva de los recursos disponibles. Puesto que la obligación de construcción de nuevas canalizaciones viene marcada por la ausencia de una *“ruta alternativa viable y razonable”*, parece conveniente contar con unos criterios objetivos que determinen y ayuden a precisar cuando es exigible esta obligación por resultar viable y razonable. Por este motivo, entendemos conveniente incorporar en el apartado *“Modificación de la Oferta”* del punto 3.1.2.2, letra A) Provisión de ruta alternativa, de la Resolución recurrida los criterios objetivos que se señalan a continuación para evaluar si existe o no en cada caso concreto una ruta alternativa razonable.

Por lo que se refiere a la asunción del coste de construcción de nuevas infraestructuras, en atención a todas las circunstancias concurrentes y tenidos en cuenta los argumentos esgrimidos por TESAU en el sentido de que la regulación prevista le supone un grave perjuicio económico (al verse obligada a recuperar la inversión de forma progresiva a lo largo de los años y asumiendo el



riesgo de que los conductos no se ocupen o se ocupen solo parcialmente), lo que podría hacer a la medida incurrir en un vicio de desproporcionalidad en función del fin perseguido, se estima procedente estimar sus alegaciones en este punto. A tales efectos se establece el sistema de reparto de costes que se detalla a continuación.

Por todo cuanto antecede, se añade en el apartado “Modificación de la Oferta” del punto 3.1.2.2, letra A) Provisión de ruta alternativa, de la Resolución recurrida (página 18) el siguiente texto:

“Cuando la causa de la saturación venga determinada porque hay cables muertos o en desuso en los conductos, el operador alternativo podrá solicitar la retirada de los mismos a cargo de Telefónica.”

“Se establecen los siguientes criterios objetivos a la hora de considerar que existe una ruta alternativa razonable:

- *Que exista capacidad vacante en dicha ruta alternativa con el criterio de la reserva de espacio establecido en la Resolución.*
- *Que el número de registros que implique la solicitud con la ruta alternativa no supere al triple del número de registros de la solicitud inicial.*
- *Que el número de tramos que se saturarán al ocupar la canalización con el cable del operador, no sea mayor que el número de tramos saturados de la ruta original.*

En caso de que no sea factible encontrar una ruta alternativa razonable y se haga imprescindible la ampliación de la correspondiente canalización, se actuará conforme a las siguientes reglas:

- *Si Telefónica no tiene la necesidad de ampliar la canalización, los operadores podrán construir ellos mismos un ramal o bypass para evitar el tramo de canalización saturado. Telefónica también podrá, a petición de los operadores interesados, realizar la ampliación del prisma, si esto es posible, o construir el ramal, repercutiéndose el coste a los operadores que solicitaron dicha ampliación. Se deja su concreción al acuerdo de las partes y, en caso de conflicto, resolverá esta Comisión.*
- *Para facilitar el tendido del cable al operador, si existiera en la canalización saturada un conducto o subconducto vacante dedicado a reserva operacional común (ROC), el operador solicitante podrá ocuparlo mientras se realizan las obras, teniéndose en cuenta que como resultado de dichas obras deberá seguir existiendo un conducto o subconducto vacante como reserva operacional común para mantenimiento.”*

II.2. Alegaciones relativas al régimen establecido para la provisión de fibra oscura.

A) Alegaciones de las entidades recurrentes.

Tanto ASTEL como France Telecom solicitan que los procedimientos para la provisión de fibra oscura estén recogidos en la Oferta MARCo y en el contrato tipo, ya que solo de esa forma será una medida verdaderamente efectiva y operativa.



Según France Telecom deberían detallarse en la oferta de referencia las condiciones para la prestación del servicio de alquiler de fibra oscura, al menos el precio y plazos máximos, y que se establezca que el precio y plazo para su provisión nunca superen a los correspondientes a la solicitud original.

Con respecto a la provisión de fibra oscura, TESAU remarca la imposibilidad de prestar este servicio y por tanto que no debería considerarse en la Oferta como solución alternativa a la saturación de tramos de canalización, solicitando que la obligación de fibra oscura sea eliminada de la Oferta MARCo. Según la entidad, la provisión de fibra oscura es una solución inviable por motivos técnicos y económicos y porque presenta problemas de cobertura de la red de acceso de clientes finales (cortes de servicio a clientes y quebranto de la red de fibra).

B) Valoración.

Ya se motivó en la Resolución recurrida que los argumentos técnicos que, según TESAU, dificultan (que no impiden) la provisión de fibra oscura resultan razonables, y que por tanto no resulta apropiada en estos momentos la introducción en la oferta de precios y plazos asociados al servicio (si bien no debe olvidarse que aun en ausencia de los mismos, la obligación continúa vigente). Concretamente, en la página 18 de la Resolución impugnada, con argumentación que sigue siendo válida, ya se señala que:

“A la vista de las alegaciones remitidas por Telefónica ha podido constatarse que resulta difícil arbitrar un procedimiento general para la provisión de fibra oscura, así como establecer una referencia de precios, por lo que en este momento no se estima oportuno que Telefónica detalle en su oferta de referencia las condiciones de prestación de dicho servicio.

No obstante, dado que lo señalado en absoluto implica que Telefónica quede eximida del cumplimiento de la obligación establecida en la Resolución de los mercados, deberá acordar caso a caso con los operadores afectados las condiciones de prestación del servicio cuando ésta resulte obligada por concurrir los condicionantes establecidos en dicha Resolución.”

III. Normas de ocupación de infraestructuras.

III.1. Metodología de ocupación: sobre la obligación de flexibilización de la metodología de ocupación (separación de redes) mediante el uso de subconductos flexibles textiles (punto 3.1.3.1 de la Resolución impugnada).

A) Resolución impugnada.

La Resolución impugnada establece el subconducto como unidad básica de ocupación de las canalizaciones para que haya una separación física entre las redes de unos y otros⁷⁷ y *“considera muy apropiado identificar mecanismos que resulten en la optimización de los procesos de ocupación de los recursos disponibles (espacio en conductos), no solamente a la vista de lo alegado por diversos operadores, sino también por lo señalado por la propia Telefónica en relación con la notable frecuencia con que podrán darse situaciones de saturación en sus infraestructuras”*.

⁷⁷ Salvo en salidas laterales y red de dispersión que por motivos de escasez de conductos se permite instalar cables directamente (sin entubado).



Esta Comisión, tras valorar que el método de ocupación de Telefónica es muy poco flexible, estimó *“conveniente que la oferta MARCo recoja determinados principios dirigidos a flexibilizar la metodología de separación de redes mediante suconductación propuesta por Telefónica buscándose la optimización de la ocupación de los recursos disponibles:*

- *“Se mantiene el principio de separación de redes: los subconductos no se comparten y constituyen la unidad básica de ocupación, excepto en salidas laterales y red de dispersión, donde prevalece lo señalado por Telefónica con respecto a la ubicación directa de cables.*
- *(.....)*
- *En tramos donde la escasez de espacio sea patente, la subconductación se efectuará mediante alternativas que ofrezcan mejores posibilidades de optimización de espacio. En particular, se recurrirá a soluciones basadas en materiales no rígidos, como son los subconductos flexibles textiles, que permitan niveles de ocupación en conductos similares a la instalación directa de cables. En tales casos, se instalarán como mínimo, cuando la disponibilidad de espacio lo permita, elementos de tres subconductos o celdas.*

Se considerará que en un tramo existen niveles de ocupación que justifican el uso de dichos materiales cuando el número de conductos completamente vacíos, además del conducto reservado con fines de mantenimiento o servicio universal, sea igual o inferior al siguiente:

Número de conductos presentes en la sección de canalización	Número de conductos completamente vacíos
1-5	1
6-10	2
11-20	3
>20	4

- *(.....)”*

B) Alegaciones de las entidades recurrentes.

Según TESAU, la subconductación mediante conductos textiles genera determinados problemas técnicos:

- Cuando un conducto se encuentra ocupado por un cable, es muy difícil pasar una guía ya que ésta se engancha con el cable instalado, haciendo que sea imposible pasarla o, en algunos casos, sea imposible pasarla sin dañar el cable instalado.
- Cuando se instalan muchos cables en un conducto, no se puede efectuar correctamente la obturación de los conductos en la entrada a los registros. Por lo tanto, se produce la entrada en los registros de aguas pluviales, gases, etc., lo que incumple la normativa en materia de seguridad y salud.
- Se produce la sobresaturación de los registros. Los registros están diseñados considerando que por los conductos accede un cable de pares o tres cables de fibra óptica. Si no se limita el número de cables que pueden entrar por un conducto, será imposible ubicar correctamente los cables y los empalmes en el interior de los registros y por lo tanto, cuando sea necesario



acceder para labores de mantenimiento a un cable o empalme, no será posible sin desmontar cables o empalmes de otros operadores.

- Malas características desde el punto de vista mecánico, de aplastamiento, impacto, ataques de roedores, etc.

C) Valoración.

La propia recurrente reconoce el problema que representa la creciente saturación de los conductos (18% de las solicitudes) y la creciente dificultad de obtener rutas alternativas. Ante esto, debe atenderse a la necesidad de introducir en la Oferta alternativas a la metodología de ocupación que permitan un uso más óptimo de los recursos, pudiendo las partes elegir la solución concreta que estimen más conveniente.

Sobre la base de lo anterior, procede modificar el punto 3.1.3.1, apartado “Modificación de la oferta”, párrafo cuarto (tercer guión), de la Resolución recurrida (página 20), que se sustituye por el siguiente texto:

“En tramos donde la escasez de espacio sea patente, la subconductación se efectuará mediante las alternativas que ofrezcan mejores posibilidades de optimización de espacio. En particular, se podrá recurrir, entre otras, a soluciones basadas en materiales no rígidos, como son los subconductos flexibles textiles, o bien a la instalación de minitubos en conductos o subconductos. Dichas soluciones deberán ser acordadas entre los operadores demandantes del acceso y Telefónica, y debidamente homologadas por esta última, pudiendo la CMT intervenir en caso de conflicto.”

III.2. Reserva de espacio: sobre la cuantificación de la reserva de espacio necesaria para garantizar la ampliación del servicio universal y la reserva operacional común (punto 3.1.3.2 de la Resolución impugnada).

A) Resolución impugnada.

En la Resolución impugnada se establece la obligación de reserva de espacio en función del volumen de conductos presentes en cada sección de canalización:

- En secciones de canalización donde se ubiquen al menos 8 conductos (típicamente red de alimentación), debe establecerse la reserva de un solo conducto para actuaciones de mantenimiento (reserva operacional común) y en su caso ampliaciones del servicio universal basado en cobre. No obstante, dado el escaso o nulo crecimiento que de este último cabe esperar, resulta proporcionado establecer para su uso un máximo de la tercera parte de la superficie útil del conducto reservado.
- En secciones de canalización donde el número de conductos sea inferior a 8 (típicamente red de distribución), la reserva de espacio debe establecerse en dos terceras partes de la superficie útil de un conducto (lo que se correspondería con dos subconductos cuando todos los conductos se encontrasen subconductados). Los recursos reservados se destinarán a partes iguales a actuaciones de mantenimiento comunes y ampliación del servicio universal.
- En las secciones de canalización donde se emplacen dos conductos, únicamente se destinará una tercera parte de la superficie útil de un conducto (lo que se correspondería con



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

un subconducto cuando todos los conductos se encontrasen entubados) como reserva operacional común.

- Asimismo, en los conductos presentes en las salidas laterales no podrán aplicarse restricciones a la ocupación por parte de los operadores por motivos de reserva de espacio.

En el siguiente cuadro se presenta el resumen de las reservas que establece la Resolución:

Número de conductos presentes en la sección de canalización	Reserva de espacio
Salidas laterales	No hay reserva
2	$\frac{1}{3}$ de un conducto
3-7	$\frac{2}{3}$ de un conducto
≥ 8	Un conducto

B) Alegaciones de las entidades recurrentes.

TESAU indica que, por regla general, los cables de pares no caben en un tercio de conducto o en un subconducto. Asimismo, mantiene que si no se establece una reserva para el servicio universal, no se puede garantizar la calidad del servicio.

C) Valoración.

Ya se argumentó en la Resolución de revisión de la oferta de referencia que la reserva de espacio prevista por TESAU (dos conductos completos) era en muchos casos desproporcionada, e implicaría en la práctica la denegación sistemática de cualquier solicitud de ocupación. En este sentido, las referencias internacionales consultadas (ofertas de referencia de otros operadores europeos declarados con PSM) confirmaron la apreciación de esta Comisión.

Cabe señalar también que la reserva establecida por esta Comisión en un tercio de conducto (un subconducto) en los tramos de canalización con dos conductos no difiere sustancialmente de una de las situaciones que la propia TESAU preveía en su oferta de referencia: “en una sección de canalización con diversos subconductos vacíos, deben reservarse únicamente dos subconductos (y ningún conducto), para reserva operacional común (resolución de averías) y ampliación del servicio universal respectivamente”. TESAU preveía, por tanto, $\frac{1}{3}$ de conducto para resolución de averías y $\frac{1}{3}$ para ampliaciones del servicio universal.

No obstante, si bien se considera conveniente mantener el criterio establecido en la Resolución de 19 de noviembre de 2009 con respecto a las condiciones de reserva de espacio aplicables a las secciones de canalización con un número de conductos igual o superior a 8, así como las aplicables a las que disponen únicamente de 2 conductos, esta Comisión estima necesario matizar el criterio de reserva para los casos intermedios, esto es, aquellos en que el número de conductos se encuentra entre 3 y 7. Para tales casos se estima conveniente aplicar un criterio que garantice, tal como requería TESAU, la posible reposición de los cables de pares que estando en servicio pudiesen sufrir una avería.

En tal caso se estima preferible un sistema menos rígido que el inicialmente planteado, es decir, la reserva de $\frac{2}{3}$ de conducto o bien dos subconductos. Dicho criterio podría imposibilitar en determinados casos la reposición del cable averiado: ciertamente puede existir un cable de gran tamaño en una sección de únicamente tres o cuatro conductos, donde la previsión de reserva inicialmente establecida ($\frac{2}{3}$ de conducto) no permitiría la instalación de un nuevo cable.



Al objeto de evitar dicha problemática, se ha propuesto la aplicación de un criterio más flexible que contemple el tamaño de los cables cuya reposición pueda resultar necesaria, y no el número de conductos existentes, lo que esta Comisión considera más proporcionado y eficiente de cara a asegurar la continuidad del servicio ante posibles averías.

Sobre la base de lo anterior, se modifica el punto 3.1.3.2, apartado “Modificación de la oferta”, de la Resolución recurrida (página 22), que se sustituye por el siguiente texto:

“En secciones de canalización donde se ubiquen al menos 8 conductos, debe establecerse la reserva de un solo conducto como Reserva Operacional Común (ROC).

Por otra parte, en secciones de canalización donde el número de conductos sea superior a 2, si Telefónica dispone de un cable de pares en servicio cuyo diámetro impide la instalación de subconductos, deberá reservarse un conducto completo como ROC. No obstante, si dado el tamaño del cable de pares su instalación en un subconducto puede considerarse viable, debe establecerse la reserva de un único subconducto (o bien la capacidad equivalente a la tercera parte del conducto) como ROC. Asimismo, si bien las reservas señaladas tienen por objeto el desarrollo de tareas de mantenimiento, podrá disponerse de parte de la capacidad para la ampliación del servicio universal si fuera necesario, y debidamente acreditado por Telefónica.

En las secciones de canalización donde se emplacen dos conductos, únicamente se destinará un subconducto (o bien la capacidad equivalente a la tercera parte del conducto) como ROC.

Asimismo, en los conductos presentes en las salidas laterales no podrán aplicarse restricciones a la ocupación por parte de los operadores por motivos de reserva de espacio.

En el siguiente cuadro se presenta el resumen de las reservas necesarias:

Número de conductos presentes en la sección de canalización	Reserva de espacio
Salidas laterales	No hay reserva
2	1 subconducto
3-7	1 conducto/1 subconducto
≥ 8	1 conducto

IV. Precios asociados a la provisión del servicio mayorista.

IV.1. Precios del servicio de información sobre capacidad vacante (SIV), análisis de solicitudes previo a la visita-replanteo y alta en sistemas por solicitud de uso compartido (puntos 3.2.2, 3.2.3 y 3.2.6 de la Resolución impugnada respectivamente).

A) Resolución impugnada.

El apartado “Modificación de la oferta” del punto 3.2.2 (SIV) de la Resolución recurrida establece lo siguiente:

“Telefónica podrá facturar al operador la cuantía establecida para el servicio SIV (31,57€), si bien cuando prosiga el proceso de provisión a través de la fase de análisis de solicitudes previo a la visita-replanteo deberá descontar dicha cantidad del precio establecido a tal fin.



Asimismo, cuando el operador prescinda del servicio SIV y por tanto tramite de forma directa solicitudes de ocupación, deberá sufragar por la fase de análisis de solicitudes la cuantía total establecida para ello en el apartado siguiente.”

El apartado “Modificación de la oferta” del punto 3.2.3 (SIV) de la Resolución recurrida establece lo siguiente:

“Debe modificarse el precio correspondiente al análisis de solicitudes previo a la visita-replanteo, estableciéndose un cobro único por valor de 52,5€.”

Por su parte, el apartado “Modificación de la oferta” del punto 3.2.6 (Alta en sistemas por solicitud de uso compartido) de la Resolución recurrida establece lo siguiente:

“Debe establecerse un precio de alta en sistemas de 31,5€.”

B) Alegaciones de las entidades recurrentes.

En relación con los puntos anteriores, TESAU insiste por un lado en la argumentación ya realizada a lo largo del procedimiento MTZ 2009/1223 de que el precio a facturar por estos servicios los calculó en función de los recursos dedicados en base a una estimación teórica de demanda y que posteriormente ha tenido que aumentar la asignación de personal dedicado a esta actividad inicialmente prevista.

Por ello, TESAU argumenta en diferentes apartados del Motivo octavo de su recurso (apartados A, B y D) que, debido al citado incremento de personal, sería necesario incrementar los precios previstos en la Oferta. Más aún si se tiene en cuenta que la propia Resolución recurrida establece que TESAU debe ofrecer el acceso a las infraestructuras de obra civil a precios orientados en función de sus costes de producción. De este modo, solicita que se incremente el precio del SIV de 31,57 € a 49,35 €, el precio por el análisis de solicitudes previo a la visita-replanteo de 52,5 € a 123,38 € por solicitud y el precio por alta en sistemas de 31,5 € a 76,16 € por solicitud de uso compartido.

Por otro lado, y en relación a la actividad de análisis de solicitudes previo a visita-replanteo, Telefónica considera que los plazos considerados por esta Comisión para el análisis de las solicitudes mediante el sistema NEON (CARPE) no responden a la realidad ya que no se tiene en cuenta que el personal que presta el servicio trabaja a dedicación completa en base a la estimación de demanda realizada.

Finalmente, TESAU reincide en argumentos ya expuestos en su escrito de alegaciones a la Resolución recurrida al señalar que la carga de trabajo aumenta debido a que los operadores cometen múltiples errores al formular sus solicitudes.

C) Valoración.

Ya se motivó en las páginas 27 a 28 de la Resolución impugnada lo poco adecuado que resulta el método de estimación de precios empleado por TESAU en el sentido de que no se presentaba justificación o desglose que permitieran determinar la razonabilidad de la cuantía y el período señalados, sino que se limitaba a mantener que responden a una planificación de recursos (básicamente humanos) dedicados a la provisión del servicio MARCO, sobre la base de una estimación de demanda teórica, y por ello se revisaron los precios propuestos en base los cálculos



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

realizados por la Comisión. Concretamente, en la página 28 de la Resolución impugnada se concluye que:

“En definitiva, el plazo y precio imputables a una solicitud de tipo medio (20 registros) serían los recogidos en la tabla siguiente:

Análisis de solicitud previo al replanteo	Plazo/Coste
<i>Plazo total dedicado a tramitar la solicitud (sin reiteraciones)</i>	<i>25 minutos</i>
<i>Plazo dedicado al tratamiento de reiteraciones (+20%)</i>	<i>5 minutos</i>
<i>Plazo dedicado a gestionar la fecha de replanteo</i>	<i>10 minutos</i>
<i>Plazo dedicado al estudio para determinar los registros a visitar</i>	<i>60 minutos</i>
Plazo total	1,66 horas
Coste asociado	52,5 €

Es necesario destacar no obstante que la Resolución recurrida no modifica el precio del servicio SIV, sino que únicamente establece que cuando prosiga el proceso de provisión a través de la fase de análisis de solicitudes previo a la visita-replanteo deberá descontarse dicha cantidad (debido a que también son facturadas en la siguiente fase de análisis de solicitudes). Por tanto, no puede darse favorable acogida a la consideración de TESAU sobre que el precio por dicho servicio no se corresponde con la realidad cuando es ella misma la que lo ha establecido.

Asimismo resulta contradictorio lo que indica TESAU acerca del aumento en la asignación de personal dedicado a esta tarea, cuando en el mismo escrito afirma que los operadores apenas emplean el servicio SIV (página 36 de su escrito de recurso).

En definitiva, no cabe sino reiterar el análisis sobre precios efectuado en la Resolución recurrida y la validez de los precios que en ella se establecían.

Por lo que se refiere a las alegaciones formuladas por TESAU en relación con el análisis de solicitudes previo a visita-replanteo, debe ponerse de manifiesto que TESAU no aporta ningún dato cuantitativo ni razón alguna que justifiquen que los plazos no responden a la realidad.

En el mismo sentido, cabe mencionar que la actividad de análisis de capacidad vacante previo a la visita-replanteo ya fue considerada por la Comisión en la Resolución recurrida y estimada en 60 minutos para un despliegue de tipo medio de 20 registros. También se tuvieron en cuenta en la citada Resolución los costes asociados a los periodos de vacaciones, bajas, estructura, etc. (el coste horario utilizado para analizar el precio de los diferentes servicios estuvo basado en la información aportada por TESAU, que según indicaba incluía los costes de personal y ya estaba incrementada en un 7% para tener en cuenta los costes de estructura).

En cuanto a la alegación relativa a la carga de trabajo que genera el elevado número de solicitudes incorrectas que se producen, sobre dicho aspecto ya se concluyó la necesidad de considerar un incremento en carga de trabajo del 20%, lo que no implica, como mantiene TESAU, que sólo se considere la primera incorrección y que ésta se produzca en un 20% de los casos, sino que el incremento total en la carga de trabajo debido a todas las reiteraciones supone un 20% adicional, lo cual es coherente con el hecho de que el tiempo para analizar las solicitudes reiteradas es inferior al de una solicitud original.



A este respecto debe hacerse notar que el origen en el elevado número de errores cometidos por todos los operadores no puede encontrarse en un excepcional grado de ineptitud común a todos ellos, sino que debe buscarse en la aparentemente escasa calidad de la herramienta dispuesta a tal fin y que, tal como ha indicado TESAU, es ya bastante antigua. En consecuencia sería deseable que los operadores pudiesen disfrutar de una herramienta más avanzada, especialmente si TESAU se encontrase en proceso de actualización para uso propio.

IV.2. Precios de la realización del replanteo (punto 3.2.4 de la Resolución impugnada).

A) Resolución impugnada.

El apartado “Modificación de la oferta” del punto 3.2.4 (Realización del replanteo) de la Resolución recurrida establece lo siguiente:

“Tras el análisis realizado mediante la estimación de plazos en que razonablemente pueden completarse las tareas de referencia, así como la comparativa con referencias externas (operadores) e internacionales (ofertas mayoristas), puede concluirse la modificación de precios siguiente para las actividades relacionadas con la visita-replanteo:

		<i>Precio MARCo inicialmente propuesto</i>	<i>Precio MARCo revisado</i>
<i>Análisis de solicitudes previo a la visita-replanteo</i>		<i>78,92 €</i>	<i>52,5 €</i>
<i>Actividad de visita-replanteo</i>	<i>Coste Fijo</i>	<i>363,00 €</i>	<i>154,00 €</i>
	<i>Visita a cámara</i>	<i>81,40 €</i>	<i>44,00 €</i>
	<i>Visita a arqueta</i>	<i>15,41 €</i>	<i>15,41 €</i>
	<i>Visita a poste</i>	<i>5,49 €</i>	<i>5,49 €</i>
<i>Costes horarios adicionales</i>	<i>Horas nocturnas</i>	<i>+20%</i>	<i>+20%</i>
	<i>Horas en fin de semana</i>	<i>+40%</i>	<i>+40%</i>
<i>Otras intervenciones (pocería, retirada de vehículos, desasfaltado, etc.)</i>		<i>Repercusión del coste en el que se incurre caso a caso</i>	<i>Repercusión del coste en el que se incurre caso a caso”</i>

B) Alegaciones de las entidades recurrentes.

TESAU mantiene que los costes fijos y variables asociados a la realización de la visita-replanteo establecidos en la Resolución recurrida no cubren los costes operativos y por tanto no los puede asumir. Para solventar esta situación propone que el replanteo se siga realizando de forma conjunta con el operador, pero que sea éste quien lleve a cabo el trabajo propio de esta fase y aporte el material y medios necesarios para ello, mientras que TESAU acudiría con un técnico a efectos de vigilar que se cumplen las medidas de seguridad y para tomar nota del replanteo.

Por otra parte, compara la cuantía que se permite facturar a los operadores en el marco de la OBA en caso de desplazamiento infructuoso (111,46 €), con el coste fijo de los replanteos en la Oferta MARCo (154 €), sosteniendo que la diferencia entre esas dos cantidades es la que debería cubrir los costes asociados a la visita-replanteo.



Por último manifiesta que en la realización del replanteo pueden surgir una serie de necesidades de tipo extraordinario (como la realización de trabajos de pocería, asfaltado, desasfaltado, etc. para los que tiene que contratar empresas especializadas al no prestar ella misma este tipo de servicios) que le suponen costes adicionales que deberían quedar previstos e incluidos en el precio fijado para este servicio.

C) Valoración.

En cuanto que los costes fijos y variables fijados no cubren los costes operativos, hay que señalar que TESAU no aporta datos adicionales respecto a los ya comunicados y analizados en el procedimiento de revisión de la oferta MARCO que justifiquen dicha alegación, por lo que no se considera procedente estimar en este punto el recurso planteado.

En relación con la modalidad alternativa propuesta por TESAU para la fase de visita-replanteo (el operador alternativo realiza el trabajo y aporta el material, mientras que TESAU acude con un técnico a efectos de vigilar que se cumplen las medidas de seguridad y para tomar nota del replanteo), cabe destacar que la Resolución recurrida ya se pronunció sobre ello, concluyéndose que en tal caso TESAU debería normalizar dicho procedimiento para su posterior revisión y análisis por esta Comisión al objeto de verificar la adecuación de sus características operativas y económicas. En cualquier caso, TESAU puede acordar libremente con otros operadores procedimientos alternativos como el señalado.

En cuanto a la comparativa efectuada entre los precios OBA y precios MARCO, el argumento de TESAU parte de una base errónea dado que los costes se corresponden con tareas diferentes, que requieren equipos y desplazamientos de personal de diferente categoría profesional. En consecuencia, no parece que ambas cantidades sean directamente comparables, máxime cuando TESAU está obviando los costes variables del replanteo derivados de las visitas a cámaras, arquetas y postes.

Finalmente, en relación con los trabajos extraordinarios se considera apropiado, tal como recoge la Resolución recurrida, que precisamente debido a su excepcionalidad se facturen aparte y no se incluyan dentro de los costes fijos o variables asociados a la visita replanteo, es decir que contrariamente a lo pretendido por la recurrente deben facturarse por separado según el caso.

IV.3. Precios de la ocupación de infraestructuras.

IV.3.1. Ocupación de conductos o subconductos (punto 3.2.7.1 de la Resolución impugnada).

A) Resolución impugnada.

El apartado "Modificación de la oferta" del punto 3.2.7.1 (Ocupación de conductos o subconductos) de la Resolución recurrida establece lo siguiente:

"En definitiva, los precios recurrentes mensuales correspondientes a la ocupación de conductos y subconductos, obtenidos a partir de los datos procedentes de la Contabilidad de Costes de Telefónica para el ejercicio 2007, y tras la aplicación de los citados criterios, serán los incluidos en la tabla siguiente (en €/metro lineal):



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

<i>Elemento de infraestructura cedido</i>		<i>Precio MARCo propuesto</i>	<i>Precio MARCo revisado</i>
<i>Subconducto de 40mm (por unidad)</i>		<i>0,08</i>	<i>0,07</i>
<i>Conducto completo de 63mm (por unidad)</i>		<i>0,19</i>	<i>0,19</i>
<i>Instalación de fibra en conductos⁷⁸ (por cm² de superficie útil)</i>	<i>Conductos de 110mm o similar</i>	<i>0,08</i>	<i>0,0055 / cm²</i>
	<i>Conductos de 63mm o similar</i>		<i>0,017 / cm²</i>

B) Alegaciones de las entidades recurrentes.

TESAU indica en las páginas 65 y 66 de su recurso que según la contabilidad de costes de 2007 (CC 2007) el coste mensual de amortización y mantenimiento es de 0.0744 €/metro mientras que el precio propuesto por la Comisión de 0.07 €/metro, por lo que de mantenerse dicho precio no se recuperará la totalidad de la amortización ni el mantenimiento, además de que dicho precio no incluye la totalidad de la inversión en sistemas.

Asimismo se muestra en desacuerdo con el precio establecido por sección de los cables emplazados señalando en el Motivo octavo, letra E, de su recurso que *“De este modo, Telefónica de España no puede aceptar los precios de uso de conductos en función de la sección de los cables; si se tiene en cuenta la sección de un cable de 64 fibras ópticas y que la superficie útil ocupada del conducto es del 40%, la capacidad teórica del conducto sería de quince cables, capacidad que se incrementaría considerablemente en los tramos de dispersión y laterales de la red donde los cables son de menor número de fibras y en consecuencia de sección mucho menor. En estos tramos de red, aún no instalando Telefónica de España subconductos, sólo se instalan tres cables, y excepcionalmente si hay saturación, un cuarto si la sección de aquellos no es muy grande y lo permite. Bajo el criterio de ocupación en función de la sección del cable, cuando éste es de 64 fibras ópticas, los precios que resultan son del orden de cinco veces menos a los que resultan de la contabilidad de costes, y en consecuencia en los que incurre mi representada.”*

Finalmente, TESAÚ presenta los resultados de un estudio comparativo realizado por ARCEP (consulta pública de fecha 18 de diciembre 2009) mostrando que los precios que figuraban en su propuesta no eran excesivos.

Por otra parte, la entidad France Telecom alude en la Alegación quinta de su escrito de recurso (página 13) a la supuesta existencia de un error material en el cálculo del coste recurrente por ocupación de subconductos. Según esta entidad, el redondeo efectuado por esta Comisión es erróneo, debiendo resultar un precio de 0,06 € puesto que el resultado del cálculo es 0,06474 €.

C) Valoración.

En respuesta a lo aducido por TESAÚ, en la Resolución ahora recurrida ya se justificó suficientemente la improcedencia de repercutir al operador, a través de las cuotas recurrentes de ocupación, la parte correspondiente a los costes de amortización y capital de los subconductos,

⁷⁸Aplica a instalación en conducto de forma directa (sin subconducto) o por técnicas de subconductación flexible. Se calcula mediante la división del coste del conducto (0,19€) entre su sección útil (40% de la sección interna, que a su vez se obtiene a partir del diámetro interior del conducto – pe. 105mm, 60mm).



por lo que no procede reincidir nuevamente en este punto. Efectivamente, en la página 38 de la Resolución impugnada se dice que:

“Telefónica pretende repercutir a los operadores los costes unitarios de amortización y capital anuales (CAPEX) derivados de la instalación del subducto, lo cual equivaldría a imputar al operador los costes de instalación del tritubo. Es decir, Telefónica asume que el operador hará uso de un subducto sufragado por Telefónica en todos los casos y, consecuentemente, le repercute el coste de su instalación a través de la cuota mensual, sin tener en cuenta que será el operador quien acometa dicha instalación en muchos casos y que, además, la cifra de conductos con subconductos instalados constituye un porcentaje muy limitado con respecto al total de conductos cuya titularidad ostenta Telefónica actualmente. Por consiguiente, y atendiendo a los motivos ya expuestos en el apartado referente a la titularidad de los subconductos, no procede imputar dicho coste en el precio recurrente mensual (...).”

Asimismo, carece de base alguna la argumentación de TESAU relativa a la imposibilidad de recuperar la totalidad de los costes de mantenimiento e inversión en sistemas con el precio aprobado. En este sentido, la única diferencia entre el precio aprobado para el metro lineal de subducto respecto del que proponía TESAU estriba en la ya mencionada supresión de la componente de costes de amortización y capital del subducto, resultando una cuantía de 0,065 € que se ha redondeado al alza a 0,07 €. Por lo demás, se han mantenido las cantidades propuestas por TESAU para el resto de elementos de coste, incluyendo la inversión en sistemas de información. Lo anterior puede verificarse mediante la justificación del cálculo del precio a partir de los datos de la Contabilidad de Costes de TESAU para el año 2007, contenida en la página 39 de la Resolución recurrida y que se reproduce a continuación:

“Por consiguiente, y atendiendo a los motivos ya expuestos en el apartado referente a la titularidad de los subconductos, no procede imputar dicho coste en el precio recurrente mensual, siendo la fórmula aplicable para el cálculo de los costes derivados de la utilización de subconductos la siguiente:

$$\text{Coste anual/km} = \frac{\text{CAPEX} + \text{OPEX}}{\text{Vida útil}}$$

La tabla incluida seguidamente recoge los resultados detallados del cálculo de costes por ocupación de subducto, según las fórmulas anteriores e incluyendo la inversión en sistemas facilitada por Telefónica, cuya razonabilidad ya se ha confirmado. Son, por tanto, valores calculados:

- según la metodología de Telefónica: se repercuten los costes de instalación y mantenimiento del tritubo (CAPEX) y los costes de mantenimiento (OPEX).
- según la modificación establecida por la CMT: contemplando únicamente los costes de mantenimiento del tritubo.



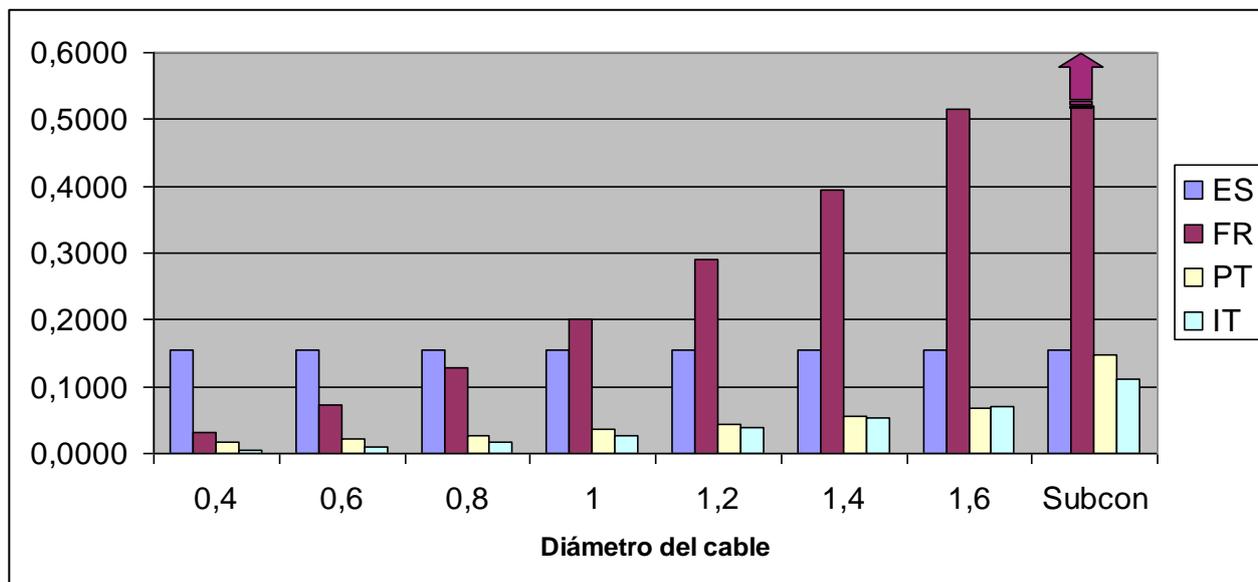
COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

<i>Metodología</i>	<i>Inversión anual (amortización y capital)</i>	<i>Mantenimiento anual</i>	<i>Imputación inversión en sistemas</i>	<i>Total coste anual</i>	<i>Coste recurrente mensual (incluye 7% costes estructura)</i>
<i>Subconducto/ se considera CAPEX y OPEX (metodología Telefónica)</i>	0,814	0,033	0,0001072	0,848	0,076
<i>Subconducto/ solamente se considera OPEX (metodología CMT)</i>	0,693	0,033	0,0001072	0,727	0,065"

En otro orden de cosas, TESAU no aporta criterio técnico alguno que justifique la supuesta limitación física para instalar como máximo 3 ó 4 cables en los conductos pertenecientes a la red de dispersión y salidas laterales. En la normativa técnica se exponen con detalle las normas de ocupación y superficie útil de cada tipología de conducto, de lo cual se desprende que el potencial número de cables por conducto que es factible instalar supera con creces al límite señalado por TESAU. Conviene recalcar nuevamente que los precios por cm² de superficie útil ocupada se han calculado de forma que el operador asuma los costes proporcionales correspondientes al espacio ocupado por el cableado instalado en los conductos.

Por lo que respecta a la consulta pública de ARCEP, de fecha 18 de diciembre 2009, debe puntualizarse que la gráfica comparativa incorporada por TESAU en sus alegaciones adolece de una imprecisión relevante: no se ha tenido en consideración que el precio por metro lineal de subconducto de la Oferta de TESAU no incluye las cámaras de registro y arquetas, mientras que en el caso de France Telecom sí. Por lo tanto, la comparativa no resulta válida, pues en el caso de España (y de Portugal) deberían incorporarse los costes promedio de cámaras y arquetas por metro de conducto, de forma análoga al análisis comparativo acometido en el expediente MTZ 2009/1223, cuyos resultados se incorporan en las páginas 42 a 44 de la citada resolución.

La comparativa real, tras corregir los citados errores, muestra un escenario muy diferente al que pretende Telefónica. Los precios propuestos por ésta (sin revisión de la Comisión) son los recogidos en la figura siguiente:



Por tanto, con la salvedad de los precios de France Telecom (precios que deben observarse con cautela puesto que por su enorme magnitud se encuentran actualmente sometidos a un proceso de revisión por parte de ARCEP), puede observarse que los propuestos por TESAU se sitúan muy por encima de la media.

En contestación a la alegación de France Telecom sobre la existencia de un supuesto error material de cálculo en la Resolución recurrida al redondear la cantidad de 0,065 €/m/mes (0,064797 si se consideran 6 decimales) en 0,07 €/m/mes, conviene aclarar que no se trata de una acumulación de sucesivos errores de redondeo por simplificación a lo largo del cálculo, como apunta la recurrente. Como ya se ha comentado, se ha redondeado deliberadamente al alza la cantidad resultante del cálculo, pues se están manejando cifras del orden de céntimos, altamente sensibles a las aproximaciones que se adopten. Además, debe tenerse en consideración que se trata de un precio unitario a multiplicar por la longitud de los tramos de canalización (que podrían ser del orden de decenas, centenas o miles de metros), con lo cual el efecto de cualquier aproximación, ya sea al alza o a la baja, quedaría también multiplicado.

En este caso, el redondeo ajustado al decimal inferior solicitado por France Telecom resultaría en una reducción del 14% con respecto al precio aprobado, lo cual no está justificado y podría implicar que Telefónica no recuperase completamente los costes asumidos. Por consiguiente, en este caso concreto se ha redondeado al alza, criterio que resulta perfectamente válido y garantiza la adecuación del precio al principio de orientación a costes y a la proporcionalidad de la medida.

IV.3.2. Ocupación de cámaras de registro y arquetas (punto 3.2.7.2 de la Resolución impugnada).

A) Resolución impugnada.

La Resolución recurrida establece en el punto 3.2.7.2.3 determinación de los precios lo siguiente:

“Puede concluirse que los precios propuestos por Telefónica resultan en principio razonables, a excepción de los correspondientes a las cámaras de registro de la serie “P”, los cuales deben ser modificados según se detalla a continuación. El resto de los precios se revisan de acuerdo al



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cálculo elaborado a partir de los datos correspondientes a la Contabilidad de Costes de 2007 que Telefónica ha remitido.

Modificación de la oferta

	Precio Oferta MARCo propuesto por Telefónica, según Contabilidad 2007 (€/mes)	Nuevo precio a incorporar en la Oferta (€/mes)
<i>Cámara rectangular grande Tipo gABP</i>	3,09	2,02
<i>Cámara rectangular pequeña Tipo gBR</i>	6,38	6,38
<i>Cámara rectangular pequeña Tipo gBRF</i>	5,43	5,43
<i>Cámara curva grande Tipo gLP</i>	4,55	2,97
<i>Cámara curva grande Tipo gTP</i>	5,04	3,29
<i>Cámara curva grande Tipo gJP</i>	5,65	3,13
<i>Cámara curva pequeña Tipo gJR</i>	8,36	8,36
<i>Cámara curva pequeña Tipo gLR</i>	8,36	8,36
<i>Cámara curva pequeña Tipo gTR</i>	8,38	8,38
<i>Arqueta grande Tipo D</i>	1,34	1,34
<i>Arqueta grande Tipo DFO</i>	1,22	1,22
<i>Arqueta grande Tipo DFOC</i>	1,63	1,63
<i>Arqueta grande Tipo H</i>	0,84	0,84
<i>Arqueta pequeña Tipo M</i>	0,26	0,26
<i>Cámara de registro IPC</i>	6,38	6,38
<i>Cámara de registro NN</i>	1,53	1,53
<i>Otros registros</i>	1,53	1,53
<i>Arqueta IPC</i>	6,38	6,38
<i>Arqueta NN</i>	1,53	1,53
<i>Arqueta F</i>	0,84	0,84
<i>Arqueta S</i>	1,34	1,34"

B) Alegaciones de las entidades recurrentes.

Por una parte, TESAU presenta sus alegaciones en relación con los precios fijados para la ocupación de cámaras de registro y arquetas en el Motivo octavo, letra F, de su recurso (página 67), donde manifiesta su desacuerdo con la reducción de precios efectuada por la Comisión para las cámaras de la serie "P" y con el motivo tenido en cuenta para ello por la Comisión: que el número de cables que hacen uso de esas cámaras puede ser considerablemente mayor debido al uso de subconductos flexibles.

Frente a ello aduce TESAU que no instala nunca más de tres cables por conducto, y que no puede hacer una excepción en la red de alimentación, que es donde se encuentran este tipo de cámaras, puesto que allí los cables son de mayor capacidad.

Según TESAU, la Comisión ha prescindido de las características técnicas recogidas en la oferta de referencia y ha tomado un máximo a conveniencia sin tener en cuenta el concepto de inversión en sistemas. Si no se modifican los precios fijados TESAU estará soportando parte de la inversión en sistemas realizada, que debería ser trasladada íntegramente a los operadores solicitantes.



Por otra parte, entre los operadores alternativos, han presentado alegaciones a este punto France Telecom y ASTEL. France Telecom cuestiona la parametrización de los cálculos utilizados para la validación de los precios de compartición de cámaras de registro y arquetas ya que ello tiene un gran efecto en los precios, y considera imperativa la realización de una auditoria del estado de las infraestructuras de TESAU. France Telecom no está de acuerdo con la estimación que se ha realizado del número medio de conductos que llegan a cámaras de la serie "P" (cámaras de gran capacidad) y a cámaras de la serie "R" y otras de menor tamaño, ya que detecta grandes desviaciones respecto de la realidad constatable. Señala que el dato de 10-12 conductos para cámaras serie "P" no ha sido contrastado y que se ha tomado además el valor más favorable a TESAU (10 en lugar de 12), citando como ejemplo una central en la que el valor promedio de conductos que llegan a las cámaras de registro es de 16,4.

Por último, solicita que no se repercutan en el precio por uso compartido de registros los costes asociados a la reserva para servicio universal ya que se trata de una obligación impuesta a TESAU que debería asumir en su totalidad además de que ya se le retribuye por ello por otros cauces (fondo de servicio universal). El planteamiento de la Comisión es inadmisibile, según la recurrente, dado que lo señalado puede añadir una imprecisión del orden del 5%.

ASTEL plantea en la Alegación tercera de su recurso (página 7) su disconformidad con la forma de cuantificar el número de conductos que discurren por los distintos tipos de registros de la red de TESAU según el tramo de red de que se trate. Entiende que siendo éste un elemento esencial para la fijación de los precios el criterio adoptado para la cuantificación no se ha justificado suficientemente y se basa directamente en la información facilitada por TESAU. Viene a reclamar finalmente que la fijación de este parámetro exige la realización de un análisis o auditoria que sea realmente representativa y que la Comisión no explica las razones por las que considera improcedente hacer ese estudio.

C) Valoración.

Las alegaciones de TESAU mostrando su disconformidad con el cálculo del factor de ponderación o número de solicitudes teóricamente viables⁷⁹ para las cámaras tipo "P" carecen de fundamentación suficiente, pues la metodología utilizada por esta Comisión para la obtención del citado factor nada tiene que ver con la instalación de subconductos flexibles o rígidos por el operador, siendo el precio idéntico en ambos casos. Ante la argumentación de TESAU, debe reiterarse que, a la hora de calcular los factores de ponderación se han contemplado tres solicitudes de ocupación por conducto excluyéndose los conductos y subconductos correspondientes a la reserva establecida. Lo anterior, en el caso de las cámaras tipo "P" (ubicadas habitualmente en la red de alimentación, se traduce en un factor igual a 27, factor que ya fue justificado en la Resolución de referencia (página 46) en la forma que se reproduce a continuación:

"Se ha estimado la relación siguiente como representativa del dimensionamiento típico de la red de infraestructuras de Telefónica:

- *Red de alimentación: 10-12 conductos.*
- *Red de distribución (canalizaciones laterales): 2-4 conductos.*
- *Salidas laterales: 2 conductos.*

⁷⁹ Factor que determina la parte proporcional del coste total del registro a repercutir a cada solicitud de ocupación.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, cada solicitud de ocupación, dado que generalmente puede resultar equivalente a la ocupación de un subconducto, puede traducirse en un porcentaje de utilización de los registros atravesados en los términos siguientes:

<i>Tramo de red</i>	<i>Número de conductos habitualmente presentes en el prisma de canalización de la arqueta</i>	<i>Número de solicitudes de ocupación teóricamente viables⁸⁰</i>	<i>Porcentaje de registro que corresponde a cada solicitud de ocupación</i>
<i>Red de alimentación</i>	10	27	3,7 %
<i>Red de distribución (canalizaciones laterales)</i>	3	7	14,3 %
<i>Salidas laterales</i>	2	6	16,6 %”

Si se hubiesen adoptado criterios estrictamente ceñidos a la capacidad máxima de los diferentes registros indicada en la Normativa Técnica de TESAÚ (NOTECO), los factores de ponderación resultantes serían mucho mayores. Por ejemplo, atendiendo a los criterios de la Normativa Técnica, las cámaras “P” tienen una capacidad máxima de hasta 36 conductos⁸¹, lo cual se traduciría en un número de solicitudes teóricamente viables superior a 100, cifra claramente fuera de toda lógica. Sin embargo, se ha optado por considerar el número promedio de canalizaciones de la red de alimentación (10 conductos). A la vista de lo anterior, se pone de manifiesto lo absolutamente infundado de su aseveración relativa a que “*se suprimen las características técnicas de cada elemento, que se recogen en NOTECO, para redefinir la capacidad máxima teórica (de algunos elementos según interese)*”.

El resto de componentes del precio, incluyendo la cuantía asociada a inversión en sistemas, han permanecido inalterados con respecto a la propuesta formulada por TESAÚ, según puede comprobarse a partir de los datos contenidos en la tabla de la página 47 de la Resolución recurrida.

En relación con las alegaciones de los operadores alternativos, cabe exponer que la estimación del número promedio de conductos presentes en la red de alimentación se ha basado en los datos de detalle sobre el inventario de infraestructuras de TESAÚ, suministrados por ésta en respuesta a los diferentes requerimientos de información remitidos en el seno del expediente MTZ 2009/1223. Entre otra información, TESAÚ aportó el número de metros de canalización existentes en su planta de obra civil, agrupadas en función de su capacidad en número de conductos. Dicha información procede de las aplicaciones corporativas de TESAÚ y se encuentra imbricada en el conjunto de datos de base del Sistema de Contabilidad de Costes, revisado por auditores independientes y sometido anualmente a la aprobación de esta Comisión. Por

⁸⁰ Se contemplan tres solicitudes de ocupación por conducto excluyéndose, en el caso de las redes de alimentación y en las canalizaciones secundarias, los conductos y subconductos correspondientes a la reserva, determinada según las normas de ocupación. En las salidas laterales no se contabiliza dicho aspecto por no contemplarse criterios de reserva de espacio.

⁸¹ En la página 17 del Anexo 1 de la Oferta *NORMATIVA TÉCNICA DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PARA MARCO* se establece lo siguiente: “*Las cámaras de la serie P. Son para canalizaciones de 8 a 36 conductos*”.



consiguiente, los datos manejados en el proceso de verificación de los precios de ocupación proceden de una fuente lo suficientemente fiable y, por ende, ni se justifica a priori, ni resulta proporcionado en el momento actual acometer la auditoria exhaustiva de las infraestructuras de obra civil de TESAU solicitada por ASTEL y France Telecom.

A partir de los datos referidos, fue posible calcular la media ponderada de conductos de las canalizaciones de capacidad entre 8 y 36 conductos⁸², que arrojó un resultado de 10,45 conductos. Adicionalmente, se pudo también constatar que el 86% de los metros de conducto pertenecientes a canalizaciones comprendidas en el rango de capacidad considerado (8-36 conductos) corresponden a canalizaciones de entre 8 y 12 conductos. Por consiguiente, la estimación de 10 conductos adoptada en la resolución recurrida refleja adecuadamente la topología “promedio” del conjunto de las infraestructuras de obra civil de TESAU de forma mucho más fiable que la estimación de France Telecom, basada en dos ejemplos aislados de centrales.

Por otro lado, France Telecom solicita la supresión de la reserva destinada al servicio universal a los efectos del cálculo del precio de ocupación de las cámaras de registro tipo “P”, basándose en que TESAU ya es resarcida por dicho concepto mediante las aportaciones de los operadores al Fondo de contribución del servicio universal. Pues bien, en la Resolución recurrida ya fue contestada esta misma alegación de France Telecom y ASTEL (véase página 98):

“En cuanto a la reserva asociada al servicio universal, (.....) no parece apropiado proceder a revisar al alza dicho factor con tal grado de precisión, por cuanto que se basa en cifras promedio de conductos y además los nuevos precios propuestos para las cámaras de la serie P ya se encuentran muy alineados con el resto de referencias manejadas”.

Efectivamente, el cálculo acometido constituye una estimación conservadora y, como tal, no procede aceptar la revisión solicitada por France Telecom, máxime teniendo en cuenta que el precio aprobado ya está muy ajustado a las referencias externas disponibles. En todo caso, la reducción supondría únicamente un 3% del precio, no el 5% estimado por este operador.

Por otra parte, esta Comisión ya ha señalado que debe partirse de la independencia entre el procedimiento de cálculo de los precios mayoristas y los mecanismos de contribución al Fondo del servicio universal, de manera que ambos conceptos no deben ser vinculados⁸³. Asimismo, conviene tener presente que las cámaras de registro y arquetas no siempre serán solicitadas por los operadores en ubicaciones correspondientes a zonas no rentables para la prestación del servicio universal.

⁸² Capacidades mínima y máxima respectivamente de las cámaras tipo “P”, según la Normativa Técnica de Telefónica.

⁸³ Resolución DT 2008/877, de fecha 28 de noviembre de 2008, sobre la revisión de determinados precios de las ofertas de referencia (páginas 7-8): “Los pagos del coste neto no intervienen en el cálculo del precio de prestación de los servicios mayoristas, el cual no debe verse influido por elementos externos como este mecanismo establecido para determinar las aportaciones al Fondo del servicio universal, de naturaleza básicamente social. Resulta claro que se trata de conceptos completamente independientes, careciendo de sentido vincularlos como si formaran parte de un mismo cálculo.”



IV.4. Precio del servicio de tendido de cable desde recinto de coubicación de equipos (punto 3.2.8 de la Resolución impugnada).

A) Resolución impugnada.

La Resolución recurrida establece en el apartado “Modificación de la oferta” del punto 3.2.8 lo siguiente:

“Los precios relativos al tendido de cable entre la sala OBA y la primera cámara o arqueta consecutiva a la cámara cero han sido analizados y comparados con los costes aportados por operadores terceros y con las referencias existentes en la OBA.

Al respecto se considera en primer lugar que el precio fijo propuesto por Telefónica no resulta justificable, y por otra parte que el precio por metro lineal señalado es aceptable y se encuentra en línea con referencias de despliegue de redes ópticas.

La tabla siguiente recoge las modificaciones que debe recoger la oferta de Telefónica:

	<i>Precios propuestos por Telefónica</i>	<i>Precios revisados</i>
<i>Cable de 256 fibras</i>	<i>371,4 € + 8,56 €/m</i>	<i>170 € + 8,56 €/m</i>
<i>Cable de 128 fibras</i>	<i>371,4 € + 8,02 €/m</i>	<i>170 € + 8,02 €/m</i>
<i>Cable de 64 fibras</i>	<i>371,4 € + 7,49 €/m</i>	<i>170 € + 7,49 €/m”</i>

B) Alegaciones de las entidades recurrentes.

TESAU considera (Motivo octavo, letra G, de su recurso) que la valoración realizada por esta Comisión no incluye la ejecución de algunas tareas, como el taponado y etiquetado de cables o las que estarían relacionadas con la toma de medidas de seguridad para la instalación del cable.

C) Valoración.

Contrariamente a lo señalado por la recurrente, puede constatarse que los conceptos a los que hace referencia en su recurso sí han sido considerados y justificados en la evaluación realizada en el marco de la Resolución recurrida (apartado 3.2.8.2 Análisis de los precios propuestos), donde se concluye que:

“Asimismo resulta justificable, tal como señala Telefónica, tener en cuenta los costes adicionales que se desprenden de las distintas medidas de seguridad y limpieza relacionadas con la instalación del cable.”

En este sentido puede considerarse que tales costes se desprenden principalmente de las actuaciones necesarias para acceder a la cámara CR1, costes que ya han sido evaluados en el apartado relativo al replanteo y estimados en 44,00 € por cámara.

En definitiva, se considera proporcionado un recargo de 50 € sobre el coste del proyecto técnico, en concepto de acceso (seguridad, limpieza y equipamiento necesarios para la instalación), así como taponamiento y etiquetado de cables. En consecuencia, la componente fija correspondiente al tendido de cable entre sala OBA y CR1 puede establecerse en 170 €.”



V. Acuerdos de nivel de servicio (SLA).

La Resolución recurrida pone de manifiesto la necesidad de establecer por un lado unos niveles de calidad del servicio, entendida como la fijación de unos plazos máximos de provisión del servicio mayorista a los operadores solicitantes a partir de los cuales entraría en funcionamiento el sistema de penalizaciones, y por otro lado unos indicadores de calidad que permitan realizar una comparación objetiva de los tiempos medios de provisión de la prestación del servicio en términos mayoristas y en autoprestación, así como de los indicadores cuantitativos.

V.1. Niveles de calidad (punto 3.3.1 de la Resolución impugnada).

V.1.1. Plazos para la resolución de incidencias, tanto en la fase de provisión del servicio como en la de mantenimiento.

A) Resolución impugnada.

Esta Comisión valora la necesidad de establecer un control de plazos para la resolución de incidencias en cualquiera de las fases del servicio MARCo (provisión o mantenimiento), pero entiende que, dado el desconocimiento existente por parte de TESAU acerca del tipo y magnitud de las averías que pueden presentarse, *“en el momento actual, no ha lugar a introducir modificaciones para incluir plazos máximos en la resolución de averías (sea en la provisión o en el mantenimiento) en la Oferta de Referencia. Estos plazos pueden ser incluidos en acuerdos privados entre las partes”*, pudiendo intervenir esta Comisión en caso de conflicto.

No obstante, ante la presencia de incidencias en cualquiera de las fases, el operador podrá solicitar a TESAU la provisión de una solución alternativa viable en plazo máximo de 15 días laborables desde el momento en que detecte la incidencia.

B) Alegaciones de las entidades recurrentes.

Según TESAU, la Resolución recurrida presenta una contradicción al señalarse por una parte que no se considera adecuado establecer plazos para la resolución de incidencias, y por otra establecerse en 30 días el plazo para la resolución de incidencias de ocupación (provisión) por obstrucción de conductos en el apartado de penalizaciones.

Por otra parte mantiene que es inviable proporcionar soluciones a una avería de provisión, dado que la única opción pasa por que el operador emplee otro subconducto vacante para efectuar el tendido, y añade que no pueden establecerse plazos para la resolución de incidencias ni en provisión ni en mantenimiento por desconocerse qué tipo de incidencias pueden ir surgiendo y si su solución se podrá ajustar a esos plazos prefijados, y especialmente teniendo en cuenta los casos en los que hay terceros agentes implicados (por ejemplo, retrasos causados por permisos de Ayuntamientos).

Por otro lado, considera que no resulta necesario el establecimiento de unos plazos máximos de respuesta puesto que, siendo ella misma la primera afectada por las posibles averías, será la primera interesada en que se solventen. Por este motivo, no está de acuerdo con el plazo de 15 días establecido por la Comisión para proveer una solución alternativa viable en el caso de incidencias.



En cuanto a los operadores alternativos, tanto Vodafone como ONO y ASTEL manifiestan la necesidad de establecer plazos concretos para la resolución de las incidencias que puedan producirse tanto en provisión como en mantenimiento, pero inciden especialmente en la solución de averías urgentes de mantenimiento (como por ejemplo obstrucción, aplastamiento, corte de prismas, etc.), con las consiguientes penalizaciones para el caso de incumplimiento. Lo contrario, entienden, causará situaciones discriminatorias para los operadores alternativos.

ONO añade al respecto que la falta de plazos para la resolución de incidencias de mantenimiento supone que los operadores que hacen uso del servicio de ninguna manera pueden trasladar a sus clientes unas garantías o condiciones de servicio adecuadas y concretas, convirtiendo la Oferta en inútil y poco operativa. Por tanto, la opción de dejar que estos aspectos se diriman a nivel de acuerdos privados entre las partes no es conveniente y favorece a TESAU.

Finalmente, Vodafone entiende que el plazo de 15 días para la provisión de una ruta alternativa es demasiado alto, especialmente para incidencias que afecten a líneas en servicio, además de poco efectivo si no va acompañado de medidas de control y seguimiento y de penalizaciones.

C) Valoración.

En primer lugar, vistas las distintas alegaciones de las partes en relación con el establecimiento de plazos máximos para la provisión del servicio mayorista, y la supuesta contradicción existente en las páginas 58 y 66 de la Resolución recurrida en cuanto a la existencia o no de un plazo para la resolución de incidencias en la fase de provisión, procede señalar que efectivamente existe la contradicción alegada y al respecto indicar que esta Comisión entiende que:

- a) En cuanto al plazo de resolución de incidencias que se produzcan en la fase de mantenimiento del servicio, por el momento no procede prever un plazo máximo en la Oferta de Referencia, dejando esta cuestión al libre acuerdo entre las partes.
- b) En cuanto al plazo de resolución de incidencias que se produzcan en la fase de provisión del servicio, rige lo establecido al respecto en el apartado 3.5 de la Resolución sobre el sistema de penalizaciones, en el que se señala un plazo de 30 días laborables.

En relación con lo indicado por TESAU respecto de la inviabilidad de proporcionar soluciones a una avería de provisión, debe aclararse que la resolución de estas incidencias de provisión (por ejemplo, presencia de conductos obstruidos) no pasa únicamente por la cesión de otro subconducto al operador, sino también por la ejecución de trabajos de desobstrucción (que deben completarse en un máximo de 30 días laborables), muy especialmente cuando no existan otros tubos vacantes. Tampoco se sustenta su argumentación acerca de las demoras que puedan causar terceras partes: TESAU ya conoce y emplea los mecanismos de parada de reloj que esta Comisión autoriza para el cómputo de SLA.

Ante lo señalado por Vodafone, ONO y ASTEL, deben recordarse las actuaciones previstas en la oferta de referencia para la resolución de averías de mantenimiento. En primer lugar, ante incidencias de carácter urgente que requieran un reestablecimiento improrrogable del servicio, el operador dispone de la posibilidad de hacer uso de la reserva operacional común. Tal mecanismo se considera garantía suficiente para la rápida restauración de las líneas afectadas, incluso cuando se encuentren en servicio.



Por otra parte, cuando se produzcan averías de gran magnitud cuyos efectos se extiendan a la totalidad o un elevado porcentaje de los conductos de un prisma de canalización (por ejemplo, corte o hundimiento del mismo), se estima garantía suficiente en estos momentos el propio interés de TESAU en solventar una situación en la que ella misma resulta perjudicada. Asimismo, los operadores demandantes del acceso disponen de mecanismos para requerir, si lo desean, la provisión de una ruta alternativa (que TESAU debe facilitar en un plazo máximo 15 días).

En términos generales, esta Comisión entiende que en esta primera etapa es imposible conocer con total certeza cual es el nivel de regulación adecuado que permita un buen funcionamiento de del servicio y de la Oferta, por lo que por el momento no se estima adecuado modificar los términos de la resolución en este punto, dejando esta posible modificación para una evaluación futura del servicio MARCo.

En cualquier caso, los operadores afectados por la Oferta que consideren que los Acuerdos de nivel de servicio previstos en la misma y, en particular los plazos de provisión del servicio establecidos, no son suficientes o adecuados a sus necesidades pueden ponerlo de manifiesto a esta Comisión solicitando el inicio de un procedimiento de resolución de conflicto ante ésta, a través del cual se daría respuesta al caso particular.

Asimismo, si esta Comisión identifica situaciones de abuso y discriminación, ya sea ante conflictos presentados por los demandantes del servicio o bien a través del seguimiento que la Comisión efectuará de los plazos de resolución de averías (indicadores de calidad), podrá inclinarse por especificar plazos específicos para la resolución de averías de mantenimiento, con sus correspondientes penalizaciones.

A fin de solventar la contradicción existente en el texto de la Resolución impugnada, el primer párrafo del apartado “Modificación de la oferta” del punto 3.3.1.3 (SAL para resolución de incidencias) de dicha Resolución (página 58) deberá sustituirse por la siguiente redacción:

“Telefónica deberá modificar su oferta para incluir un plazo máximo de 30 días laborables para la resolución de las incidencias o averías que se produzcan en la fase de provisión del servicio. En el momento actual, no ha lugar a introducir modificaciones para incluir un plazo máximo para la resolución de incidencias de mantenimiento, dejando esta cuestión al libre acuerdo entre las partes.”

V.1.2. Plazo para la elaboración de proyectos técnicos para la instalación de cables en postes.

A) Resolución impugnada.

La Resolución recurrida establece en relación con este aspecto lo siguiente:

“Modificación de la oferta

La oferta especificará un plazo máximo de 30 días para la elaboración y provisión del proyecto técnico correspondiente a instalación de cables en postes de Telefónica.”

B) Alegaciones de las entidades recurrentes.

TESAU señala en su recurso que es inviable prever un plazo concreto para la elaboración y provisión del proyecto técnico necesario para la instalación de cables en postes ya que las



circunstancias pueden variar enormemente según el caso y, a priori, resulta imposible conocer el número de postes necesarios y el grado de complejidad del estudio. Por otro lado, el hecho de que los operadores utilicen cables de diferentes características de los que utiliza TESAU hace que el cálculo deba realizarse manualmente.

La recurrente solicita finalmente que, en caso de establecerse un plazo, éste sea de 60 días.

C) Valoración.

Conviene traer a colación lo ya señalado en relación con este punto en la Resolución recurrida, en la que la Comisión valora que el plazo de 60 días propuesto por TESAU parece excesivo comparado con otras referencias como los plazos establecidos en la OBA para la elaboración de proyectos técnicos de entrega de señal (15 días), coubicación en sala OBA (15 días), coubicación en SdT (10 días), y teniendo en cuenta que el proceso completo MARCo se desarrolla en el plazo máximo de 30 días entre la solicitud del operador y la fase de “replanteo realizado viable”.

En atención a lo anterior, se estima desproporcionado establecer un plazo máximo superior para la elaboración de una actuación puntal dentro del servicio MARCo (elaboración de proyecto técnico para la instalación de cableado en postes) que el previsto para completar todo el ciclo de prestación del servicio.

V.2. Indicadores de calidad para el control del cumplimiento del principio de no discriminación (punto 3.3.2 de la Resolución impugnada).

V.2.1. Plazos medios de provisión del servicio mayorista y en autoprestación.

A) Resolución impugnada.

La Resolución recurrida obliga a TESAU a incorporar a los anexos de su Oferta relativos a SLA e indicadores de calidad la obligación de mantener un registro de los plazos medios de provisión recogidos en la tabla facilitada (página 60 de la Resolución recurrida).

Asimismo se establece que en el cómputo de plazos medios de provisión no se admitirán paradas de reloj.

B) Alegaciones de las entidades recurrentes.

TESAU manifiesta en primer lugar su disconformidad con la exclusión de paradas de reloj del cálculo de los plazos medios de provisión, ya que entiende es una medida desproporcionada y que no es coherente aceptar la realización de paradas de reloj en el cómputo de los plazos de provisión del servicio y no en los de plazos medios de provisión.

Según TESAU, en la provisión intervienen otros agentes que pueden provocar retrasos por causas ajenas a Telefónica: permisos administraciones públicas, permisos para trabajos con medidas de seguridad, retrasos por parte del operador, etc. Las actividades mayoristas incluyen interacciones con el operador, al contrario de lo que ocurre en autoprestación, de forma que no son comparables.

Solicita también TESAU que a efectos de la información que debe facilitar relativa a plazos medios e indicadores de calidad no se trate de forma separada la provisión de ruta alternativa de la



provisión de ruta inicial, ya que TESAU las tramita de forma unificada bajo un mismo número de registro de SUC. Esto es, que la tabla que aparece en la página 59 de la Resolución que recoge los plazos medios de provisión no contemple como indicador separado las actuaciones de provisión de ruta alternativa.

ONO destaca la necesidad de que, además de establecer unos controles sobre los plazos medios de provisión del servicio para comparar la prestación mayorista y la autoprestación, se establezcan también controles para garantizar en general el uso no discriminatorio de las infraestructuras por parte de TESAU, y en particular solicita que se verifique una vez al año mediante auditorías realizadas de oficio la información suministrada por el incumbente y la gestión de solicitudes de uso compartido.

Vodafone señala la falta de control sobre los indicadores, es decir, la falta de penalizaciones directas, no incentivará a TESAU a dar un buen servicio.

C) Valoración.

En el marco del expediente DT 2006/1586 (y del posterior recurso de reposición) sobre el análisis de los procedimientos internos relativos a las actividades en autoprestación análogas a los servicios OBA, ya se argumenta sobre los aspectos alegados por TESAU.

En particular ya se apunta la diferente naturaleza y función de los plazos máximos y tiempos medios de provisión. En primer lugar, el tiempo de provisión de cada servicio está sujeto de forma individualizada a unos plazos máximos establecidos en la oferta, 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.

Es decir, el tiempo de provisión 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.

En efecto, la aparición de incidencias que conducen a la aplicación de las llamadas paradas de reloj se produce tanto en la provisión de servicios mayoristas 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 cálculos las singularidades que constituyen cada una de las paradas de reloj que puedan aparecer.

En definitiva, el cómputo de plazos medios de provisión tiene por objeto comparar los plazos reales en que se incurre en la prestación de las actividades en autoprestación y servicios mayoristas respectivamente. 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 excepcionalidades que constituyen las situaciones en las que los servicios mayoristas 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.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que esta Comisión ha desglosado y aislado determinadas tareas, tanto en autoprestación como en MARCo, precisamente con el objeto de confrontar tareas que resulten comparables y excluir otras que, tal como indica TESAU, resultarían difícilmente comparables por el hecho de incluir determinadas interacciones con los operadores. En definitiva, los argumentos esgrimidos por TESAU no pueden considerarse debidamente justificados.

En cuanto al tratamiento de las solicitudes de ocupación iniciales y las que conllevan ruta alternativa en la Oferta, es cierto que en sede de Acuerdos de nivel de servicio ambas reciben un tratamiento unificado en el sentido de que el SLA contemplado para la realización de un replanteo viable resulta también de aplicación a las solicitudes en que se facilita una solución alternativa (30 días) mientras que en el caso de los indicadores de calidad (plazos medios de provisión) se tratan por separado. Así, efectivamente es razonable que ambas incidencias se tramiten de forma conjunta, por lo que el indicador "Provisión de ruta alternativa" de la tabla que aparece en la página 59-60 de la Resolución (punto 3.3.2.2 Plazos medios de provisión) deberá eliminarse.

Por lo que se refiere al requerimiento de ONO de que se establezcan auditorías para controlar y verificar el funcionamiento general de este nuevo servicio mayorista y la información facilitada por TESAU, cabe indicar que esta Comisión ya ha puesto los medios de control necesarios para evaluar en qué condiciones se está prestando el servicio MARCo y delimitar en su caso la problemática asociada (indicadores de calidad, obligación de informes mensuales de despliegue FTTH).

En atención a todo lo anterior, el indicador "Provisión de ruta alternativa" de la tabla que aparece en la página 59-60 de la Resolución (punto 3.3.2.2 Plazos medios de provisión) deberá eliminarse.

V.2.2. Indicadores cuantitativos.

A) Resolución impugnada.

La Resolución recurrida obliga a TESAU a incorporar a los anexos de su Oferta relativos a SLA e indicadores de calidad la obligación de mantener un registro de los indicadores cuantitativos recogidos en la tabla facilitada (página 61 de la Resolución recurrida).

B) Alegaciones de las entidades recurrentes.

Señala TESAU que en autoprestación el replanteo es una actividad más dentro de la fase de ejecución de obras, sin solución de continuidad y sin hitos discernibles. No existe una fase de replanteo tal y como se define en la Oferta MARCo, donde se contempla como una asignación de recursos. En autoprestación el replanteo es un proceso que se identifica más con la parte de ejecución de obras del operador que prevé la Oferta MARCo. Por ello, estima que los servicios que se comparan a través de los indicadores cuantitativos facilitados, en realidad no son servicios comparables.



C) Valoración.

TESAU ha comunicado repetidamente que no dispone de información fiable sobre el espacio disponible en las canalizaciones, motivo por el cual no la ofrece a su vez al resto de operadores. En consecuencia, el replanteo tal como se ha definido en MARCo responde a la necesidad de comprobar in-situ si existe capacidad vacante, y de buscar rutas alternativas ante situaciones de saturación.

Si TESAU no requiere de una visita previa a determinadas infraestructuras para determinar la existencia de espacio, al menos en tramos dudosos, y como resultado elaborar un proyecto definitivo de instalación, debe concluirse que no existe una tarea comparable al replanteo MARCo.

En consecuencia, TESAU no deberá cumplimentar el plazo necesario para su ejecución, que se estima nulo (por estar "integrado" en la propia fase de instalación de cables), y esta Comisión estudiará si el servicio MARCo precisa a su vez de dicha tarea, o bien puede procederse a su eliminación.

No obstante, como consideración general aplicable a todas las cuestiones relativas a la regulación de los Acuerdos de nivel de servicio, conviene recordar lo señalado en el punto V.1.1 en relación con la revisión de la Oferta en el futuro una vez haya sido utilizada por los operadores, y con la posibilidad de los operadores de plantear ante la Comisión la solicitud de resolución del conflicto.

VI. Penalizaciones (punto 3.5 de la Resolución impugnada).

A) Resolución impugnada.

La oferta MARCo, al igual que el resto de ofertas de referencia vigentes (OIR, OBA, ORLA y AMLT), resulta de las obligaciones de transparencia y no discriminación impuestas a TESAU en cuanto que operador dominante en los diferentes mercados. A estos efectos contiene tanto acuerdos de nivel de servicio como un sistema de penalizaciones asociadas a los posibles incumplimientos.

Tomando como base los indicadores de provisión de servicios y de resolución de incidencias propuestos por TESAU, la Resolución de 19 de noviembre obliga a ésta a modificar el texto de su Oferta MARCo en los siguientes términos:

- Retirar de la lista de compromisos de cumplimiento que dan lugar a penalizaciones el denominado "SUC: DESDE REPLANTEO REALIZADO VIABLE HASTA AR Y MD FACILITADAS".
- Eliminar los límites propuestos como cuantía máxima a abonar al operador demandante del acceso por incumplimiento de los distintos compromisos establecidos.
- Eliminar todas las previsiones relativas al número mínimo de unidades medidas por semestre como condición necesaria para procederse al pago de penalizaciones.
- Matizar que la cuota de alta a la que se referencia la cuantía de la penalización es la correspondiente al coste no recurrente asociado a la provisión del servicio MARCo, tal como se detalla en el Anexo 4.
- Incluir en su Oferta criterios claros y específicos para llevar a cabo la liquidación de penalizaciones devengadas.



- Eliminar los requisitos establecidos para proceder al pago de penalizaciones a los operadores (estar al corriente de los pagos del servicio MARCo y cumplir las cláusulas y condiciones que recoge el Contrato y Anexos del servicio MARCo).

B) Alegaciones de las entidades recurrentes.

En relación con este punto, TESAU cuestiona en primer lugar el cambio realizado por la Comisión en relación con el porcentaje de cumplimiento necesario establecido para que opere el sistema de penalizaciones en relación de determinados indicadores, para los cuales se ha incrementado del 85% al 95% con respecto a la propuesta realizada por el incumbente.

La recurrente sostiene que, en general, el porcentaje del 95% debería aplicarse exclusivamente a tareas que son íntegramente responsabilidad suya, mientras que el del 85% debería ser de aplicación para tareas en las que intervienen tanto TESAU como el operador solicitante. En particular, manifiesta su desacuerdo con el sistema establecido para los indicadores de provisión de servicios “SUC: desde solicitud de ocupación hasta replanteo realizado viable” y “Tendido de cable de fibra óptica desde sala OBA a la primera CR a la salida de la central”, para los que entiende debería rebajarse el porcentaje del 95% al 85% dado que estas actividades incluyen la gestión y ejecución de un gran número de actividades. Tampoco está de acuerdo con la eliminación del sistema de penalizaciones de la Oferta del indicador “SUC: desde replanteo realizado viable hasta AR y MD facilitadas”, cuyo cumplimiento se contemplaba responsabilidad del operador solicitante.

El desacuerdo de TESAU en relación con el sistema de penalizaciones se centra en segundo lugar en la eliminación de la Oferta de las cuantías máximas a abonar al operador solicitante del acceso, que operaban como límites máximos, ya que entiende que esto beneficia a los operadores que sin tener una verdadera intención de realizar despliegues de red utilizan la Oferta como forma de obtención de ingresos. TESAU considera que la falta de límites máximos puede dar lugar a penalizaciones injustas y desproporcionadas, así como a la existencia de un incentivo para actuar persiguiendo sistemáticamente situaciones de incumplimiento por parte de TESAU.

C) Valoración.

En relación con el establecimiento por parte de esta Comisión de un porcentaje de cumplimiento del 95% necesario para dar lugar al sistema de penalizaciones común para todos los indicadores previstos, debe señalarse que el criterio planteado por TESAU (reducción de dicho porcentaje al 85%) no puede tener acogida ya que los indicadores utilizados para evaluar el cumplimiento se refieren a actividades realizadas principalmente por ésta, y además consideran solo el tiempo de resolución efectivo, es decir descontadas las paradas de reloj necesarias.

En definitiva, dado que los retrasos debidos a un operador no implicarían nunca la imputación de un tiempo mayor en el indicador (al operar en este caso las paradas de reloj), no se estima justificado disponer de un nivel de cumplimiento diferente para el caso del incumplimiento de TESAU. Precisamente, en la página 64 de la Resolución recurrida, dentro del apartado 3.5 relativo a penalizaciones, se dice claramente que:

“Siempre se considera el tiempo de resolución efectivo, es decir, descontadas las paradas de reloj.”



En cuanto a lo señalado en relación con los indicadores “SUC: desde solicitud de ocupación hasta replanteo realizado viable” y “Tendido de cable de fibra óptica desde sala OBA a la primera CR a la salida de la central”, la complicación alegada por TESAU ya es tenida en cuenta dentro del tiempo máximo de provisión efectivo, por lo que considerarla de nuevo podría dar lugar a un sistema de penalizaciones ineficaz.

Por lo que se refiere a la eliminación de la Oferta del pago de penalizaciones por parte del operador alternativo por incumplimiento del indicador “SUC: desde replanteo realizado viable hasta AR y MD facilitadas”, procede reiterar lo ya analizado a este respecto en la Resolución recurrida. Concretamente, en la página 103 de la Resolución de 19 de noviembre de 2009 (Anexo 4. Valoración de la propuesta de penalizaciones de Telefónica) se señala que:

“No puede por otra parte aceptarse al inclusión de penalizaciones por el concepto “SUC: Desde replanteo realizado viable hasta AR y MD facilitadas”, dado que el operador demandante, como responsable de su ejecución, es el principal perjudicado por su incumplimiento, siendo evidente que un retraso en la transmisión del acta de replanteo y la memoria descriptiva repercute automáticamente en una demora de su despliegue.”

En relación con la supresión de los límites propuestos como cuantía máxima a abonar al operador demandante del acceso por incumplimiento de los distintos compromisos, tal como ya se justificó en la Resolución recurrida, esta Comisión considera que teniendo en cuenta que el sistema propuesto ya prevé cierto grado de incumplimiento (5%) para tener en cuenta las situaciones de excepcionalidad, no está justificado el establecimiento de tales límites.

Asimismo, se considera que con el establecimiento de dichos límites TESAU no tendría ningún incentivo para completar la prestación del servicio una vez que el retraso superase el umbral establecido. En este sentido, el ejemplo señalado por TESAU (retrasos en la resolución de una incidencia en el marco de la ORLA) no puede considerarse la regla, sino la excepción, ya que tales límites no están previstos en los sistemas de penalización recogidos en las demás ofertas reguladas (OBA, OIR y AMLT). Debe recordarse además que en el marco de la OBA cualquier incumplimiento de un indicador da lugar automáticamente al devengo de penalizaciones, no siendo de aplicación el margen del 85% que TESAU indica en su escrito de recurso.

Del mismo modo, se estima que la comparativa que TESAU propone entre la cuantía diaria de las penalizaciones y la cuota recurrente no es ajustada, al ser ésta última muy reducida debido al escaso mantenimiento que requiere un cable de fibra. Asimismo, aceptar el límite al importe de las indemnizaciones propuesto por TESAU (2 mensualidades) supondría restringir la penalización máxima al 3% de la cuota de alta, lo que resulta a todas luces insuficiente.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE:

Primero.- Estimar en parte el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución, de fecha 19 de noviembre de 2009, sobre el análisis de la oferta de acceso a conductos y registros presentada por dicha entidad y su adecuación a los requisitos establecidos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y, en consecuencia, modificar la citada



Resolución en los términos señalados al final de los apartados “Valoración” de los siguientes puntos del Fundamento jurídico-material segundo de la presente Resolución:

- I.1.3. Alegaciones relativas a los supuestos usos indebidos del derecho de acceso y la posibilidad de denegar solicitudes de acceso sobre la base de ello.
- I.3. Acceso a recursos asociados: sobre la obligación de TESAU de facilitar la ubicación en todas sus centrales OBA.
- II.1. Alegaciones relativas al régimen establecido para la provisión de ruta alternativa (en sus dos modalidades).
- III.1. Metodología de ocupación: sobre la obligación de flexibilización de la metodología de ocupación (separación de redes) mediante el uso de subconductos flexibles textiles.
- III.2. Reserva de espacio: sobre la cuantificación de la reserva de espacio necesaria para garantizar la ampliación del servicio universal y la reserva operacional común (ROC).
- V.1.1. Plazos para la resolución de incidencias, tanto en la fase de provisión del servicio como en la de mantenimiento.
- V.2.1. Plazos medios de provisión del servicio mayorista y en autoprestación a efectos del control del cumplimiento del principio de no discriminación.

Segundo.- Estimar en parte el recurso interpuesto por France Telecom España, S.A. en el sentido de imponer a TESAU la obligación de retirar los cables muertos o en desuso existentes en los conductos cuando la saturación venga determinada por esta circunstancia, y desestimar el resto de las alegaciones contenidas en su recurso.

Tercero.- Desestimar íntegramente los recursos de reposición interpuestos por las entidades Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones, Cableuropa S.A.U. y Tenaria, S.A. (ONO) y Vodafone España, S.A.U. contra la Resolución citada en el Resuelve primero.

Cuarto.- Los servicios de esta Comisión procederán a incorporar directamente a la Oferta modificada remitida por TESAU a esta Comisión en cumplimiento del Resuelve primero de la Resolución impugnada, a los efectos de incorporar a la misma los cambios establecidos por la presente Resolución.

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, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-



Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

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