



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión número 10/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 18 de marzo de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN PRESENTADO POR LA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL) CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2007 POR LA QUE SE ADOPTA UNA MEDIDA CAUTELAR PARA INCORPORAR DOS NUEVAS MODALIDADES A LA OFERTA DE SERVICIOS MAYORISTAS DE BANDA ANCHA DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU (AJ 2007/1493)

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (en adelante, ASTEL), contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 8 de noviembre de 2007 por la que se adopta una medida cautelar para incorporar dos nuevas modalidades a la oferta de servicios mayoristas de banda ancha de Telefónica de España S.A.U (en adelante, TESAU), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión número 10/08 del día de la fecha, la siguiente Resolución:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de 1 de junio de 2006.

Con fecha 1 de junio de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una Resolución por la que acuerda aprobar la definición y análisis del mercado de acceso mayorista de banda ancha, la designación de operadores con poder significativo en dicho mercado y la imposición de obligaciones. Dichas actuaciones fueron tramitadas en el Expediente AEM 2005/1454.

La citada Resolución acordaba en su Parte Dispositiva lo siguiente:

“Primero.- Aprobar la definición y análisis del mercado de acceso mayorista de banda ancha, la designación de operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones, que se adjunta a la presente Resolución.

Segundo.- Comunicar a la Comisión Europea la definición y análisis del mercado mayorista de banda ancha, la designación de operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones.

Tercero.- 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.

Cuarto.- La presente Resolución entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.”

Esta Resolución fue publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 9 de junio de 2006¹, estando por tanto en vigor desde el 10 de junio de 2006. En el Anexo de la misma se analiza el mercado de acceso mayorista de banda ancha, se determina la inexistencia de competencia efectiva en el mismo, designándose a TESAU y a las empresas de su grupo como operador dominante o con poder significativo en dicho mercado e imponiéndosele determinadas obligaciones. Una de ellas (véase la página 60 de la Resolución) consiste en que TESAU

¹ BOE núm. 137, págs. 22.276 a 22.277.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

estará obligada a prestar un servicio mayorista de acceso indirecto al bucle que replique, técnicamente, todas las ofertas minoristas que comercialice este operador o cualquier empresa de su grupo.

SEGUNDO.- Medida cautelar adoptada en la Resolución de 8 de noviembre de 2007.

En cumplimiento de una de las obligaciones establecidas en la Resolución de 1 de junio de 2006 referida en el hecho anterior, TESAU remitió a esta Comisión su propuesta de oferta de referencia de los servicios mayoristas de banda ancha, iniciándose el correspondiente procedimiento administrativo de revisión de la oferta de referencia presentada por TESAU a través del expediente MTZ 2006/1019.

Mediante Resolución de fecha 8 de noviembre de 2007 se acordó adoptar una medida cautelar en el marco del expediente MTZ 2006/1019 consistente en incorporar dos nuevas modalidades a la oferta de servicios mayoristas de banda ancha de TESAU. Concretamente, el Resuelve es del siguiente tenor:

*“**Primero.-** Adoptar una medida cautelar por la que en el plazo máximo de una semana desde la notificación de la presente resolución Telefónica de España, S.A.U., deberá ofrecer dentro del servicio mayorista ADSL-IP de nivel nacional, las modalidades que se detallan a continuación con las cuotas mensuales por conexión indicadas:*

MODALIDAD	Downstream / Upstream (Kbit/s)	Cuota mensual
TOP (E)	10000 / 320	27,06 €
PREMIUM+ (F)	20000 / 800	100,26 €

Dichas modalidades deberán estar disponibles al menos en todas las centrales en las que Telefónica de España, S.A.U., ofrece los servicios minoristas relacionados. En el plazo de dos días desde la notificación de la presente resolución Telefónica de España, S.A.U., deberá remitir a los operadores la lista de centrales y arcos de numeración en las que estará disponible el servicio. Asimismo, deberá alertar a los operadores de las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

variaciones en dicha lista con una semana de antelación a que se produzcan.”

TERCERO.- Recurso de reposición interpuesto por ASTEL contra la Resolución de 8 de noviembre de 2007.

Con fecha 27 de diciembre de 2007, se ha recibido en el Registro de esta Comisión un escrito remitido por correo administrativo de fecha 21 de diciembre de 2007, en nombre y representación de ASTEL, por el que se interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución de esta Comisión de fecha 8 de noviembre de 2007.

Los argumentos empleados por la entidad impugnante en su recurso pueden resumirse, básicamente, en los siguientes:

1º.- Concurrencia de determinadas causas de nulidad del artículo 62 de la Ley 32/1992.

ASTEL empieza identificando como presuntas causas de nulidad del acto impugnado las previstas en las letras a), e) y f) del apartado 1 del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, esto es las relativas a los actos:

- a) que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional;
- e) 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) expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

2º.- Vulneración de la Resolución de 1 de junio de 2006 (AEM 2005/1454).

De acuerdo con la Resolución de 1 de junio de 2006 dictada por esta Comisión, TESAU tenía la obligación de replicar técnicamente todas las modalidades en GigADSL/servicio regional así como todas las modalidades en servicio nacional. La Resolución de 8 de noviembre de 2007 supondría una indebida modificación del contenido de la anterior Resolución de 1 de junio de 2006, sin



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

llevar a cabo análisis alguno de mercado ni suprimir o modificar formalmente obligaciones.

3º.- Falta de motivación suficiente de la exclusión de los servicios mayoristas de 10 y 20 Mbps en GigADSL.

A juicio de la recurrente, esta Comisión no ha motivado o explicado el “impacto de red” que impediría el cumplimiento de la Resolución de 1 de junio de 2006. Por otro lado, el hecho de que TESAU deba acometer inversiones adicionales en una tecnología (ATM) que desea abandonar no puede perjudicar al resto de operadores, debiendo efectuarse los necesarios cambios en la red previendo tecnologías sustitutas.

4º.- Razonabilidad y Proporcionalidad de la solicitud del servicio mayorista propuesto por ASTEL.

La recurrente considera que resulta razonable que mientras TESAU no disponga de un nuevo servicio mayorista sobre Ethernet, se le obligue a seguir prestando todas las modalidades sobre ATM. En otras palabras, las ganancias de eficiencia que pueda conseguir TESAU al cambiar la tecnología sobre la que presta el servicio no puede privar a los operadores de disponer de los servicios mayoristas actuales mientras no se les ofrezcan servicios equivalentes a los mismos.

5º.- Necesidad de establecer plazos concretos para la presentación de una oferta sustitutiva sobre el servicio ATM que permita las mismas funcionalidades que esta tecnología.

ASTEL estima que, en caso de desestimarse la solicitud de incluir las modalidades 10 y 20 Mbps en ATM en el ámbito de la medida cautelar, sí ha de preverse un plazo o término máximo y determinado en el que Telefónica debe tener disponible una Oferta con similares facilidades y calidades, con el correspondiente plan de migración.

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

Mediante los correspondientes escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechados el día 6 de noviembre de 2007, se informó a la recurrente y a todos los interesados, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición interpuesto por ASTEL.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la LRJPAC, se dio traslado a los demás interesados del recurso de reposición interpuesto por ASTEL y se les informaba de que disponían de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento si así lo estimaban conveniente a sus intereses.

QUINTO.- Alegaciones de TESAU.

TESAU efectuó alegaciones mediante un escrito fechado el día 1 de febrero de 2008 cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 6 de febrero. En dicho escrito la operadora alegante impugna la fundamentación del recurso de reposición con base a los siguientes argumentos:

1º.- No concurrencia ni alegación por parte de la recurrente de causa alguna de nulidad o anulabilidad para fundar su recurso.

La entidad impugnante no ha alegado motivo alguno de nulidad o anulabilidad en fundamentación de su recurso, tal y como exige el artículo 107 LRJPAC.

2º.- Alegación de cuestiones o peticiones que no pueden ser objeto de recurso.

La recurrente solicita por la vía del recurso una medida cautelar que incluya el servicio de GigADSL. Esta petición no puede ser objeto del recurso de reposición por recaer sobre un objeto distinto del acto administrativo recurrido.

3º.- Infracción de los principios de eficiencia económica y proporcionalidad.

Desde el punto de vista tecnológico actual, y dada la evolución general hacia una red IP, tanto para servicios mayoristas como minoristas, y la próxima obsolescencia de la infraestructura ATM, no resultaría ni económicamente eficiente ni proporcionado que se exija a Telefónica una obligación de invertir y desplegar red en una determinada tecnología considerada como obsoleta.

4º.- Postura de esta Comisión contraria a obligar a TESAU al uso de la tecnología ATM.

En la Resolución recaída en el expediente MTZ 2006/1019, esta Comisión desaconseja la imposición a TESAU de inversiones adicionales en una tecnología (ATM) que no es la elegida para la extensión de su red.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

5º.- No resulta factible la construcción de una red paralela en tecnología ATM.

Por último, TESAU indica que en el tramo de red de acceso objeto del recurso, la inversión global de TESAU se está destinando a crecer en equipamiento y conectividad en otra tecnología distinta de la ATM, no siendo factible construir una red “paralela” para transportar los mismos servicios.

6º.- Ineficiente transporte en tecnología ATM para determinados servicios.

El desarrollo tecnológico no está evolucionando para permitir de forma eficiente el transporte de los servicios de 10 Mbps y 20 Mbps en ATM.

7º.- Disponibilidad de las modalidades solicitadas en ADSL IP.

En contra de lo alegado por ASTEL, según TESAU, las modalidades solicitadas de 10 y 20 Mbps ya se encuentran disponibles en ADSL IP, habiendo recibido los operadores el manual para poder realizar las solicitudes de conexión a través del SGO.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación.

El artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) establece que contra las resoluciones, entre otros actos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

ASTEL califica expresamente su escrito como recurso de reposición; por todo ello, y teniendo en cuenta que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa según dispone el apartado 17 del artículo 48 de la Ley 32/2003, resulta procedente calificar su escrito, presentado por correo administrativo el día 21 de diciembre de 2007 y cuya entrada en el Registro General de esta Comisión fue registrada el día 27 de diciembre del mismo año, como recurso potestativo de reposición



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interpuesto contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 8 de noviembre de 2007 y notificada a la recurrente el día 21 de noviembre de 2007, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en reposición ante el mismo órgano que lo hubiera dictado.

SEGUNDO.- Legitimación.

La entidad recurrente es una asociación de ámbito estatal inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones del Ministerio del Interior con el número nacional 586387. De los datos de dicho Registro Público se desprende que ASTEL fue constituida en fecha 16 de marzo de 2005 e inscrita el 22 de diciembre de 2005.

De acuerdo con el artículo 107.1 de la Ley 30/1992 están legitimados para la interposición del recurso de reposición las personas que tengan la condición de interesado. El artículo 31.2 de la Ley 30/1992 reconoce la condición de interesado a las asociaciones titulares de intereses legítimos colectivos, habiendo comparecido como interesada la recurrente en el procedimiento administrativo origen del presente recurso. De otro lado, ASTEL ya ha sido admitida como parte interesada por el Tribunal Supremo en distintos procedimientos judiciales en materia de telecomunicaciones, y entre otros, en las SSTs de 3 de noviembre de 2005 (RJ 2005\7526) y de 20 de diciembre de 2004 (RJ 2005\538).

TERCERO.- Competencia y plazo para resolver.

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

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO.- Admisión a trámite.

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

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- FALTA DE ALEGACIÓN O CONCURRENCIA DE CAUSAS DE NULIDAD RELATIVAS A LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA.

En el Fundamento Jurídico Material Primero de su recurso, que lleva por título *“Concurrencia de la causa de anulabilidad prevista en el artículo 62 de la Ley 62/92”*, ASTEL manifiesta textualmente lo siguiente:

“El presente recurso se fundamenta, entre otros, en las causas de nulidad establecidas en el artículo 62.1.a), e) y f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”

La impugnante efectúa una enumeración de causas, si bien no lleva a cabo razonamiento o motivación algunos con relación a las mismas.

Las causas de nulidad contenidas en las letras indicadas son las siguientes:

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

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

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. Entre otras, cabe destacar la STS de 18 de diciembre de 1991 (RJ 1991\9455, Fundamento 2º) así como la S AN de 21 de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

abril de 1999 (RJCA 1999\2624, Fundamento 4º). En el Fundamento de Derecho Segundo de la STS de 18 de diciembre de 1991 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 aparential (...)”*

En cuanto a las vulneraciones de derechos susceptibles de amparo constitucional, los Tribunales, además de exigir que se indique el derecho o derechos vulnerados y se razone el por qué de esta vulneración, exigen que haya sido infringido su contenido material esencial.

En este sentido, debe citarse el importante Auto del Tribunal Constitucional (ATC, Sala 2ª) núm. 695/1986, de 10 de septiembre de 1986 en cuyo Fundamento Único se declara que:

La simple cita como infringidos de unos preceptos constitucionales -en este caso la recurrente ha elegido los arts. 14, 24 y 29-, sin razonar su infracción ni hacer petición alguna sobre el derecho que ha de ser restablecido, impide al Tribunal ejercer su jurisdicción y se está, por tanto, en el caso de aplicar el art. 4.2 de la LOTC; conforme al cual, el Tribunal Constitucional apreciará de oficio su falta de jurisdicción.

Y respecto a la necesidad de acreditar la vulneración del contenido esencial del derecho cuya vulneración se alega, debemos citar el Fundamento Cuarto de la STSJ Comunidad de Madrid núm. 1253/2006 (JUR 2007\186037) donde se recuerda que

*“(...) La vulneración en que consiste el acto administrativo **ha de dirigirse precisamente contra ese contenido esencial**, por lo que cualquier referencia al desarrollo legal de los derechos fundamentales -a salvo los de configuración expresamente legal, como los contenidos en los artículos 23.1, 27.9 o 27.10 de la Constitución- no fundará la nulidad radical, sino la anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico,*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*siempre que no afecte a dicho contenido esencial (concepto jurídico que, como precisa la jurisprudencia constitucional, ha de valorarse en relación con cada caso concreto); fundamentalmente, quiere decirse que la infracción de una norma legal o reglamentaria relacionada con un derecho fundamental no funda por sí misma la lesión del contenido esencial del derecho fundamental, sino que **es exigible -en este orden de efectos- que autónomamente implique un atentado contra el derecho o libertad materialmente considerados.***”

Y en este caso la entidad recurrente ha omitido, no sólo en su primer Fundamento sino a lo largo de todo su recurso, cualquier referencia al derecho fundamental presuntamente infringido por la Resolución recurrida, a los motivos de esta infracción así como a la forma en que esta última podía afectar a su contenido esencial.

SEGUNDO.- NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA RESOLUCIÓN SOBRE MEDIDAS CAUTELARES ADOPTADA POR ESTA COMISIÓN EN FECHA 8 DE NOVIEMBRE DE 2007.

La Resolución impugnada no resuelve el fondo del asunto objeto del expediente MTZ 2006/1019 sino que adopta una medida cautelar una vez iniciado dicho procedimiento, al amparo de la doble habilitación legal proporcionada a esta Comisión tanto por las disposiciones de Derecho Administrativo general como por las normas de Derecho sectorial de Telecomunicaciones.

Así, de un lado, el artículo 72.1 LRJPAC declara que:

“Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello.”

Y, de otro lado, el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, señala que:

“En el ejercicio de sus funciones, y en los términos que reglamentariamente se determinen, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una vez iniciado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

eficacia del laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello.”

La finalidad de la medida adoptada, como consta en el Fundamento de Derecho Quinto (página 5) de la Resolución de 8 de noviembre de 2007, es incorporar determinadas modalidades a la oferta de servicios mayoristas de banda ancha, sin tener que esperar a la resolución final del expediente principal de revisión de la oferta de referencia, a fin de que los operadores estén en condiciones de poder competir con TESAU replicando todas sus ofertas de servicios minoristas.

Esta misma finalidad es reconocida en otras Resoluciones de esta Comisión sobre medidas cautelares y ofertas de referencia, como en la de 26 de julio de 2001 (AJ 2001\5050), recaída en el recurso de reposición sobre medidas cautelares adoptadas en el seno del expediente MTZ 2001\4935. Efectivamente, en el Fundamento Quinto de la resolución citada se dice que:

“Ante esa situación la medida cautelar pretende, provisionalmente, establecer una serie de medidas para que los operadores puedan competir (...) desde el inicio de la comercialización de la oferta minorista de esta operadora.”

Sin embargo, la resolución de las medidas cautelares no debe implicar en ningún caso prejuzgar el fondo del asunto o cuestión objeto del procedimiento principal. Así lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, tanto la del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo.

La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 148/1993 (Sala Segunda) de 29 de abril de 1993 señala en su Fundamento Cuarto que el contenido de las medidas cautelares vulnera el artículo 24.1 de la Constitución si las mismas “*prejuzgan irreparablemente la decisión final*” que va a recaer en el procedimiento principal.

En el Fundamento Cuarto de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5) de 27 de junio de 2007 (RJ 2007\4879) se dice que la adopción de la medida debe efectuarse “*sin prejuzgar el fondo del litigio*”, puesto que en el momento de adoptarse dicha medida “*se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento*”. En caso de que se “prejuzgara” el fondo del procedimiento, se estaría vulnerando el derecho fundamental recogido en el artículo 24 de la Constitución, que sería el derecho a un procedimiento con las debidas garantías de *contradicción y prueba*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el ámbito del procedimiento administrativo el principio de contradicción se garantiza en los artículos 79 (alegaciones), 84 (audiencia) y 86 (información pública) de la Ley 30/1992, mientras que el derecho a la prueba se desarrolla en los artículos 80 (medios y período de prueba) y 81 (práctica de la prueba) del mismo texto legal. Todos estos preceptos se refieren al procedimiento administrativo principal general, puesto que las medidas cautelares son objeto de regulación específica, como se ha dicho antes, en el artículo 72 de la Ley 30/1992.

Por su parte, el Fundamento Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4) de 22 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9859) recuerda que deben ser “*ajenas al procedimiento cautelar*” las cuestiones que “*correspondan al procedimiento principal*”.

Pues bien, la cuestión planteada por la entidad recurrente sobre el contenido concreto que deben tener las obligaciones impuestas finalmente a TESAU por esta Comisión tiene que ser resuelta en el procedimiento principal del expediente MTZ 2006/1019, teniendo que ser objeto de los necesarios trámites de “prueba” y “contradicción” antes analizados.

En efecto, cuando los artículos 7.3 RD 2296/2004 y 9.2 de la Directiva 2002/19/CE, se refieren a la potestad de esta Comisión como Autoridad Nacional de Reglamentación para introducir modificaciones o cambios en las ofertas de referencia, lo están haciendo en el marco de un procedimiento administrativo pleno y con todas las garantías legalmente previstas para todos los interesados en el mismo.

Ya en casos anteriores, como en el citado expediente AJ 2001/5050, esta Comisión ha indicado que determinadas cuestiones, por su objeto y alcance, únicamente pueden ser objeto de análisis y resolución en el procedimiento principal y no en el procedimiento sumario de medidas cautelares. Así se expresa en el Fundamento Quinto la Resolución de esta Comisión de 26 de julio de 2001:

*“Asimismo, todos los interesados presentan alegaciones sobre los parámetros utilizados en el modelo incluido en el expediente, refiriéndose principalmente a los valores allí utilizados para la concurrencia. Al respecto, tal y como se explica en el Fundamento de Derecho primero, es claro que **no es en el marco de unas medidas cautelares donde se ha de proceder a esta discusión**; dicho modelo (y otros que se puedan construir) no deja de ser un elemento más, no el único, para orientarse en una decisión cautelar sobre los niveles de precios mayoristas de (...) . Es evidente que las medidas cautelares aprobadas establecen dichos precios de forma provisional por carecerse*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*de todos los elementos de juicio necesarios para fijarlos; **la discusión sobre el precio definitivo, del modelo o modelos a utilizar y de los parámetros a emplear en el mismo será objeto de la resolución definitiva que sobre este asunto recaiga.***

Finalmente, y por todo lo anterior, no puede decirse que a través de las medidas cautelares adoptadas se esté acometiendo una presunta “indebida” modificación o vulneración del fondo de la Resolución de 1 de junio de 2006, puesto que las cuestiones o materias de fondo relativas a dicha Resolución y a la propuesta de oferta de referencia presentada por TELEFONICA DE ESPAÑA SAU mediante escrito recibido en fecha 28 de julio de 2006 son objeto del procedimiento principal del expediente MTZ 2006/1019 y en ningún caso del procedimiento de medidas cautelares objeto de impugnación.

TERCERO.- MOTIVACIÓN SUFICIENTE DE LA EXCLUSIÓN DE LOS SERVICIOS MAYORISTAS DE 10 Y 20 Mbps EN GigADSL.

En el Fundamento Tercero de su recurso, la entidad impugnante alega que la medida cautelar adoptada no está “suficientemente” motivada y, en especial, con relación a las modalidades de servicio GigaADSL que deben ser objeto de cobertura.

Es conveniente recordar, antes de contestar esta alegación, el contenido del artículo 54.1 LRJPAC y la doctrina sentada por el Tribunal Supremo sobre la motivación de los actos y resoluciones administrativas.

De un lado, el artículo 54.1 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. Entre otras podemos citar, y respecto a resoluciones emanadas de esta propia Comisión, las SSTS de 9 de marzo de 2006 (RJ 2006\1004) y de de 20 de enero de 2005 (RJ 2005\4).

En el Fundamento Tercero de la STS de 9 de marzo de 2006 se dice textualmente que:

“(…) puede señalarse que el acto de requerimiento, tal cual señala la sentencia de instancia, tiene la motivación suficiente, con referencia a hechos -publicación de la noticia del concurso en la prensa-, y fundamentos de derecho -relación de potestades que determinan el requerimiento-, lo que unido a desarrollarse el trámite dentro de un



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

determinado procedimiento informativo con un objeto concreto, hay que considerar cumplido el requisito del artículo 54 mencionado, que solo exige sucinta «referencia a hechos y fundamentos de derecho»

En el mismo sentido se pronuncia el Fundamento Segundo de la STS de 20 de enero de 2005, también relativa a un Resolución dictada por esta Comisión, añadiendo que la motivación, aun siendo parca o sucinta, debe permitir *“colegir la lógica de la decisión adoptada”*.

Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa y de una lectura del Fundamento Quinto de la Resolución impugnada, se desprende que dicha resolución sí está debida y suficientemente motivada. Y la recurrente, al reproducir dicha motivación en su recurso lo hace de forma extractada, sesgada e incompleta, omitiendo los antecedentes, razones y casuística contenidos en la propia Resolución. Así, frente a las poco más de “seis líneas” sacadas de contexto por la impugnante en su recurso, los dos párrafos originales de la Resolución tienen el siguiente contenido literal:

“TESAU está en condiciones de ofrecer acceso mayorista ADSL IP a 10 Mb/s (TOP) y a 20 Mb/s (PREMIUM+) en toda ubicación en la que dispone de DSLAMs IP de nueva generación equipados con interfaz Gigabit Ethernet. En cambio, la disponibilidad en todas las ubicaciones de la cobertura del servicio GigADSL de estas modalidades, cuya velocidad descendente máxima supera las características de las modalidades existentes, podría tener un impacto en la red que desaconseja introducir este tipo de obligaciones mediante medida cautelar.

En efecto, consideración aparte merecen las ubicaciones en las que TESAU no dispone de DSLAMs IP con interfaz Gigabit Ethernet IP sino únicamente de DSLAMs ATM adaptados a las características de los servicios previamente existentes de hasta 7,3 Mb/s y que no ha previsto equipar para ofrecer los servicios de mayores prestaciones que aquí se analizan. Si se obligara a TESAU a una ampliación de la cobertura de las ofertas de 10 y 20 Mb/s que abarcara esas ubicaciones, se le estarían imponiendo inversiones adicionales en una tecnología que no es la de su elección para la extensión de su red. Se trata por ello de una medida cuya proporcionalidad deberá examinarse en el transcurso del expediente con el fin de dilucidar si está justificado que estos servicios se implanten en toda la cobertura del servicio GigADSL. Por ello la presente medida cautelar debe limitarse a introducir modalidades mayoristas de cobertura no inferior en ningún caso a la de los servicios minoristas relacionados.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como se observa, del contenido de los párrafos anteriores se deduce claramente la “lógica” de la resolución adoptada por esta Comisión, que decide dejar para la resolución principal la decisión sobre la posibilidad de ampliar la obligación al GigaADSL. Otra cosa muy distinta es que la recurrente esté o no de acuerdo con la misma, si bien la motivación existe, como señala el Fundamento Primero de la STS de 30 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8343), referida a otra Resolución dictada por esta Comisión,

(...) podrá compartirse o no la motivación de la resolución impugnada, pero no resulta posible negar la evidencia de su existencia (..)

CUARTO.- NATURALEZA IMPROPIA DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES COMO MARCO PARA ANALIZAR LA PROPUESTA DE LA ENTIDAD RECURRENTE.

En los Fundamentos Cuarto y Quinto de su recurso, la entidad impugnante efectúa una propuesta técnica que califica de “razonable y proporcionada” y que representaría una “alternativa” al contenido de la resolución de medidas cautelares objeto de impugnación.

Al respecto debemos recordar, primeramente, que en la propia Resolución de 8 de noviembre de 2007 ya se advertía que la cuestión relativa a las modalidades de servicio y a la cobertura de las mismas debería ser objeto de estudio y análisis en el procedimiento principal, no pudiendo serlo en el procedimiento de medidas cautelares:

“Se trata por ello de una medida cuya proporcionalidad deberá examinarse en el transcurso del expediente con el fin de dilucidar si está justificado que estos servicios se implanten en toda la cobertura del servicio GigADSL.”

Y ello, porque, como ya se dijo en el Fundamento Segundo, en el momento de adoptarse la medida “se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento” (STS 27 de junio de 2007 –RJ 2007\4879). Y, en caso de que se incluyera este aspecto en la misma, se estaría prejuzgando el fondo del procedimiento principal, vulnerándose el artículo 24 de la Constitución con relación a las debidas garantías de *contradicción* y *prueba* que asiste al resto de interesados en dicho procedimiento. A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que, al final del Fundamento Quinto, la entidad impugnante solicita de esta Comisión la imposición a TESAU de un determinado plazo de cumplimiento de determinadas obligaciones, presumiblemente al margen del expediente principal y en los siguientes términos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“(..) si finalmente la CMT decide no incluir las modalidades 10 y 20 Mbps en ATM en el ámbito de la medida cautelar –tal y como se solicita en el presente recurso de reposición-, sí ha de preverse al menos un plazo máximo y determinado en el que TESAU ha de tener disponible una Oferta con similares facilidades y calidades, con el correspondiente plan de migración, transcurrido el cual sin presentarse dicha Oferta, se mantendría la obligatoriedad de prestar las modalidades de 10 y 20 Mbps en ATM.”

De la mera lectura y análisis de los términos referidos por la recurrente en su escrito (Oferta disponible, plan de migración, plazo máximo de disponibilidad) se desprende que dichas cuestiones exceden o superan ampliamente el marco de una medida cautelar. Es en el expediente principal donde deberá dilucidarse si la visión o propuesta de ASTEL es más acorde con el marco regulatorio vigente y deben imponerse a TESAU determinadas adaptaciones e inversiones en su red.

Prueba de que la cuestión planteada por la recurrente en su “propuesta alternativa” de los Fundamentos Cuarto y Quinto del recurso es y debe ser objeto del procedimiento principal y no de la medida cautelar, es que la propia ASTEL se refiere expresamente a ella en sus escritos de alegaciones de 20 de noviembre de 2007 y de 15 de enero de 2008, ambos presentados en el marco del expediente principal MTZ 2006/1019.

Efectivamente, en la página 3 del primer escrito de 20 de noviembre de 2007, ASTEL declara que:

*“No coincidimos no obstante con el informe de los servicios en lo relativo a las modalidades de 10 y 20 Mbps. En relación a este aspecto creemos imprescindible, a fin de salvaguardar la competencia por un lado, y de dar fiel cumplimiento a las medidas aprobadas en el mercado 12, que se garantice la replicabilidad tanto técnica como económica, de todos los servicios minoristas ofrecidos por TESAU, **incluidos los de 10 y 20 Mbps** igualmente en el servicio regional y por tanto en la red ATM (servicio GigaADSL), ligándolo a la modificación de la oferta regional y plan de migración.”*

Y en las páginas 2 y 3 del escrito de 15 de enero de 2008 se dice que:

“Consideramos que la aplicación del principio de replicabilidad, en virtud del cual debe garantizarse que los operadores alternativos que decidan utilizar los servicios mayoristas de banda ancha estén en condiciones de emular todas las ofertas minoristas de TESAU o de cualquier empresa de su grupo, exige, como se ha hecho en el presente informe, la inclusión de nuevas modalidades mayoristas anteriormente no



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contempladas en la medida cautelar (10 y 20 Mbps GigADSL) sin perjuicio de los matices que más adelante se comentan respecto a lo adecuado de los precios que para estas modalidades se fijan y su proporcionalidad con otras modalidades de conexión y el efecto que ello pueda tener en las políticas de protección de las inversiones de los operadores.”

Al referirse explícitamente a estas cuestiones en sus alegaciones del procedimiento principal está reconociendo que el análisis de las mismas debe producirse en este marco. Y más cuando la entidad impugnante no hace en sus escritos ninguna reserva, reparo o comentario previos o expresos señalando lo contrario o bien la conveniencia de que esta cuestión se ventile con carácter preferente en la vía cautelar. En este sentido, le resulta de aplicación a la recurrente la llamada “doctrina de los actos propios”, incluida en diversas Sentencias del Tribunal Supremo, como en las SSTS de 28 de marzo de 2006 (RJ 2006\2124) y de 14 de julio de 2005 (RJ 2005\9618). En el Fundamento Quinto de la STS de 28 de marzo de 2006 (RJ 2006\2124) se dice que dicha doctrina, aunque aplicada habitualmente a la Administración pública, también obliga a los particulares, en este caso, a ASTEL.

Por tanto, habiendo la propia recurrente reconocido implícitamente a través de sus manifestaciones escritas dirigidas a esta Comisión, que las cuestiones cuyo análisis solicita en el procedimiento sumario de medidas cautelares corresponde realmente al procedimiento principal, no cabe que ahora vaya contra sus propios actos pretendiendo lo contrario.

QUINTO.- SOBRE LAS ALEGACIONES EFECTUADAS POR TESAU EN SU ESCRITO DE 1 DE FEBRERO DE 2008.

En su escrito de uno de febrero de 2008, y en uso de la facultad prevista en el artículo 112.2 LRJPAC, TESAU efectúa una serie de alegaciones sobre el recurso de reposición interpuesto por ASTEL.

Con relación a la primera de las alegaciones, sobre la no concurrencia de causas de nulidad o anulabilidad en el recurso, ello ya ha sido objeto de análisis en el Fundamento Primero.

Respecto a la alegación de TESAU de que la petición contenida en el recurso de ASTEL resulta improcedente por no referirse propiamente al acto administrativo recurrido, la jurisprudencia ya ha tratado esta cuestión en resoluciones como la STS de 17 de enero de 1986 (RJ 1986\1113), en cuyo Fundamento Segundo se dice que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“(...) siendo inoportuna la inclusión en el recurso de reposición de pretensiones concernientes a las concretas devoluciones y reparaciones a que el actor pudiera tener derecho por tal causa, por cuanto **el recurso debe contraerse a la revisión de la conformidad del contenido del acto que se refuta con el ordenamiento jurídico, sin debatir cuestiones extrañas al contenido de aquél (..)**”*

En este caso, sin embargo, no es que las cuestiones debatidas sean “extrañas” al contenido del acto impugnado como pretende la alegante. Lo que ocurre es que, como se ha dicho y razonado en los Fundamentos Segundo y Cuarto, dichas cuestiones exceden del estricto marco del procedimiento de medida cautelar y pertenecen al ámbito del expediente o procedimiento general. Y precisamente por este motivo esta Comisión no entrará a analizar el resto de alegaciones formuladas por TESAU al recurso de reposición de ASTEL, al formar parte su contenido del expediente o procedimiento general MTZ 2006/1019 y tener que ser decididas en la Resolución que ponga fin a dicho expediente.

Por todo lo anterior,

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso potestativo de reposición interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL) contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 8 de noviembre de 2007 por la que se adopta una medida cautelar en el marco del expediente MTZ 2006/1019 para incorporar dos nuevas modalidades a la oferta de servicios mayoristas de banda ancha de TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU, por estar dicha Resolución plenamente ajustada a Derecho.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº
EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu