



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión número 18/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 10 de junio de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra el acto del Secretario de la Comisión, de fecha 27 de abril de 2010, por el cual se remite a dicha entidad el texto consolidado definitivo de su Oferta de referencia para el servicio de acceso a conductos y registros, una vez incorporadas las modificaciones aprobadas por esta Comisión (AJ 2010/925).

I ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Resolución de 19 de noviembre de 2009.

Con fecha 19 de noviembre de 2009, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, esta Comisión) dictó Resolución sobre el análisis de la oferta de referencia para el servicio mayorista de acceso a conductos y registros de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Oferta MARCo) y su adecuación a los requisitos establecidos por esta Comisión, finalizando el procedimiento MTZ 2009/1223 (en adelante, Resolución de la Oferta MARCo).

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE 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.*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *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.”*

Con fecha 2 de diciembre de 2009 la citada Resolución fue notificada a Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) y con fecha 7 de diciembre de 2009 fue publicado un extracto de la misma en el Boletín Oficial del Estado.

Segundo.- Remisión por parte de Telefónica del texto de la Oferta modificada.

En cumplimiento del Resuelve primero de la Resolución de 19 de noviembre de 2009, Telefónica remitió a esta Comisión, mediante escrito fechado el 28 de diciembre de 2009 y presentado en el Registro Electrónico de esta Comisión en la misma fecha, el texto de su Oferta MARCo modificada según lo establecido en dicha Resolución para su revisión por parte de esta Comisión.



Tercero.- Recurso potestativos de reposición contra la Resolución de 19 de noviembre de 2009 y su acumulación.

Tras su notificación a los interesados, varias entidades interpusieron recursos potestativos de reposición contra la citada Resolución de 19 de noviembre de 2009, acordándose 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) su tramitación acumulada en el expediente con referencia AJ 2009/2131 y acumulados.

Telefónica, en particular, interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución de continua referencia con fecha 31 de diciembre de 2009, en el que alegaba, principalmente, que la misma incurría en vicios de nulidad de pleno derecho por falta de motivación, por haber sido dictada prescindiendo del procedimiento legalmente establecido y por imposición de obligaciones no objetivas, desproporcionadas y discriminatorias.

Cuarto.- Resolución del expediente AJ 2009/2131 y acumulados.

Con fecha 8 de abril de 2010 el Consejo dictó Resolución por la que se resolvían 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 (en adelante, Resolución de los recursos).

El Resuelve primero de la citada Resolución estima parcialmente los recursos interpuestos y, en consecuencia, modifica la Resolución recurrida en varios puntos. El Resuelve Cuarto establece que *“los servicios de esta Comisión procederán a incorporar directamente a la Oferta modificada remitida por Telefónica a esta Comisión en cumplimiento del Resuelve primero de la Resolución impugnada (.....) los cambios establecidos por la presente Resolución.”*

Quinto.- Escrito del Secretario de 27 de abril de 2010.

En ejecución de lo acordado por el Consejo de esta Comisión, tanto en el Resuelve primero de la Resolución de la Oferta MARCo como en el Resuelve cuarto de la Resolución de los recursos, mediante escrito del Secretario, de fecha 27 de abril de 2010, esta Comisión remitió a Telefónica el texto consolidado definitivo de la Oferta MARCo resultante de la introducción, en el texto de la Oferta remitido por Telefónica mediante escrito fechado el 28 de diciembre de 2009, de las modificaciones ordenadas por las dos Resoluciones citadas. Asimismo, se conminó a esta entidad a la publicación de dicho texto en su página web <http://www.telefonica.es> en el plazo de 10 días.

Sexto.- Recurso de reposición de Telefónica y solicitud de suspensión.

Con fecha 12 de mayo de 2010 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de Telefónica en el que solicita que, en el marco del recurso de reposición que tiene intención de interponer en tiempo y forma contra el acto administrativo al que se refiere el antecedente anterior, y al amparo de lo establecido en el artículo 111 de la LRJPAC, se proceda a suspender la ejecución de la obligación de publicar el texto de la Oferta MARCo en su página web, que se le imponía en la Resolución de 19 de noviembre de 2009 para su cumplimiento en el plazo de 10 días contados a partir de la notificación del texto consolidado definitivo revisado por esta Comisión.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La recurrente considera que el texto remitido por esta Comisión no es congruente con lo dispuesto por las Resoluciones de 19 de noviembre de 2009 y 8 de abril de 2010 y alega que la ejecución de la obligación señalada le causaría perjuicios de imposible o difícil reparación.

Posteriormente, con fecha 17 de mayo de 2010 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un segundo escrito presentado en nombre y representación de la misma entidad que el anterior que complementa al presentado con fecha 12 de mayo, en el que se detallan los aspectos del texto consolidado definitivo que considera no son ajustados a Derecho.

Finalmente, mediante escrito fechado el día 18 de mayo de 2010 y presentado en el Registro electrónico de esta Comisión en la misma fecha, Telefónica interpuso recurso potestativo de reposición contra el acto del Secretario de fecha 27 de abril de 2010, por el cual se remite a Telefónica el texto consolidado definitivo de su Oferta de referencia para el servicio de acceso a conductos y registros.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con el citado acto e invoca su nulidad de pleno derecho por imposición de obligaciones no objetivas, desproporcionadas y discriminatorias y por ausencia del procedimiento legalmente establecido al amparo de lo dispuesto en el artículo 62.1, letras a) y e), de la LRJPAC, sobre la base de, fundamentalmente, las siguientes alegaciones:

1.- Acto dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 e) de la LRJPAC).

La recurrente alega que, como acto de mera ejecución, el acto del Secretario se debería haber limitado a hacer efectiva la obligación de publicación de la Oferta de referencia en la página web en un plazo determinado y que, sin embargo, se ha adaptado directamente la propuesta de Oferta de Telefónica a las Resoluciones de la Oferta MARCo y de los recursos.

En segundo lugar entiende que, en el marco de un procedimiento de mera ejecución cuyo objeto era simplemente la adaptación del texto de la Oferta a las Resoluciones dictadas por esta Comisión, no podían imponerse nuevas obligaciones que no estuvieran contempladas en dichas Resoluciones. Al haberse trasladado al texto obligaciones no existentes en las citadas Resoluciones, la recurrente entiende que el texto consolidado incurre en nulidad de pleno derecho por haberse dictado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido.

2.- Imposición de obligaciones no objetivas, desproporcionadas y discriminatorias.

En relación con lo anterior, la recurrente alega que mediante el acto recurrido le han sido impuestas obligaciones no objetivas, desproporcionadas y discriminatorias, infringiendo de esta forma los artículos 3, 10.4 y 11.5 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución Española (nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 a) de la LRJPAC).

La obligación de publicar el texto consolidado definitivo remitido mediante el acto del Secretario de fecha 27 de abril de 2010 incurre en vicio de nulidad de pleno derecho al suponer la imposición de una obligación no objetiva, desproporcionada y discriminatoria, que genera indefensión e inseguridad jurídica.



Séptimo.- Notificación del inicio del procedimiento.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechado el día 21 de mayo de 2010, se informó a la recurrente del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición interpuesto por esta entidad, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero.- Calificación del escrito.

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

Según el artículo 48.17 de la LGTel, las disposiciones que dicte esta Comisión en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa. Puesto que el acto administrativo recurrido es un acto dictado por el Secretario de la Comisión por delegación del Consejo y que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.4 de la LRJPAC, que regula las delegaciones de competencias, las resoluciones administrativas que se adopten por delegación se considerarán dictadas por el órgano delegante, debe entenderse que el acto recurrido pone fin a la vía administrativa.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede calificar dicho escrito como recurso potestativo de reposición que se interpone contra el acto del Secretario de fecha 27 de abril de 2010.

Segundo.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto que ya lo era tanto en el procedimiento MTZ 2009/1223 como en el procedimiento AJ 2010/2131 y acumulados en relación a los cuales se dictó el acto objeto de impugnación.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a Telefónica para la interposición del presente recurso.



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 el recurso de reposición interpuesto por Telefónica cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, que se interpone contra un acto administrativo del Secretario de esta Comisión que resulta susceptible de recurso según lo dispuesto por los artículos 107 y 116 de la misma Ley y que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, procede su admisión a trámite.

Cuarto. Competencia para resolver.

De acuerdo con las competencias atribuidas por la legislación vigente a esta Comisión, el artículo 48.4 de la LGTel y el artículo 4.2 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, atribuyen con carácter general al Consejo todas aquellas funciones del Organismo establecidas en la legislación vigente.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el presente recurso de reposición corresponde al órgano administrativo que dictó el acto impugnado. A su vez, el artículo 13.2 de la LRJPAC establece que no podrán ser objeto de delegación las competencias relativas a (entre otras) la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso.

No obstante lo anterior, puesto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.4 de la LRJPAC las resoluciones administrativas que se adopten por delegación se considerarán dictadas por el órgano delegante, la competencia para resolver el presente recurso de reposición corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

Primero.- Sobre las causas de nulidad invocadas por la recurrente en su recurso 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, la entidad recurrente basa su recurso de reposición en la posible concurrencia de varias de las causas de nulidad de pleno derecho recogidas en el artículo 62.1 de la LRJPAC y, con carácter subsidiario, en la concurrencia de la causa de anulabilidad que prevé el artículo 63.1 de la misma Ley.

En concreto, Telefónica denuncia la nulidad de pleno derecho del acto recurrido con base en el artículo 62.1, letras a) y e), de la LRJPAC, que prevén que 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.

(.....)



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.”

Procede analizar a continuación la existencia o no de las concretas causas de nulidad invocadas por la recurrente en su recurso.

1. Análisis de la alegación relativa a la 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.

1.1. Sobre la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para modificar el texto de las Ofertas de referencia de los operadores con poder significativo de mercado.

De acuerdo con el artículo 48.4 de la 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 Interior¹, el ejercicio de las funciones del organismo regulador previstas por la legislación vigente.

Según lo dispuesto por el artículo 13.1 de la LGTel, “*La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en la forma y en las condiciones que se determinen en desarrollo del apartado 6 del artículo 10, podrá imponer a los operadores que, de conformidad con dicho artículo, hayan sido declarados con poder significativo en el mercado obligaciones en materia de:*

- a. Transparencia, en relación con la interconexión y el acceso, conforme a las cuales los operadores deberán hacer público determinado tipo de información, como la relativa a contabilidad, especificaciones técnicas, características de las redes, condiciones de suministro y utilización, y precios. En particular, cuando se impongan obligaciones de no discriminación a un operador, se le podrá exigir que publique una oferta de referencia.*
- b. No discriminación, que garantizarán, en particular, que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otros operadores que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones.*
- c. (.....).”*

Las condiciones para la imposición, mantenimiento, modificación o supresión de obligaciones a los operadores con poder significativo en cada uno de los mercados de referencia por parte del órgano regulador nacional se establecen en el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 diciembre (en adelante, Reglamento de Mercados).

¹ 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).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las obligaciones que pueden ser aplicadas por la Comisión son las relacionadas en los artículos 7 a 12 de la LGTel. Así, sobre la base del régimen jurídico expuesto, en el presente caso esta Comisión impuso a Telefónica en el marco del expediente MTZ 2008/626 (Resolución de los Mercados 4 y 5)², entre otras, la obligación de transparencia y la obligación de no discriminación en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil, para cuya efectividad se estableció obligar a Telefónica a lo siguiente:

- a) Publicación de una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios mayoristas de acceso a las infraestructuras de obra civil suficientemente desglosada para garantizar que no se exija pagar por recursos que no sean necesarios para el servicio requerido.
- b) Provisión de información relativa a las infraestructuras de obra civil.
- c) No discriminación en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil, lo que supone, según el artículo 10 de la Directiva de acceso detalla el alcance de la aplicación de este principio en los siguientes términos: *"el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones"*.

El artículo 7 del Reglamento de Mercados, refiriéndose a la obligación de transparencia, reconoce a esta Comisión la potestad para *"establecer el contenido y el grado de concreción con la que se deberá hacer pública dicha información"*³, así como la forma y periodicidad de su publicación".

El apartado 2 de ese mismo artículo la Comisión reconoce asimismo que *"la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá determinar la información concreta que deberán contener dichas ofertas [ofertas de referencia], el nivel de detalle exigido y la modalidad de su publicación o puesta a disposición de las partes interesadas, habida cuenta de la naturaleza y propósito de la información en cuestión"*.

Por último, el Reglamento de Mercados prevé también en el artículo 7.3 que:

"La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones a las que se refiere este capítulo y establecerá, para cada tipo de oferta de referencia, el procedimiento para su aplicación y, en su caso, los plazos para la negociación y formalización de los correspondientes acuerdos de acceso; también entenderá de los conflictos que en relación con estos accesos se planteen entre los operadores, tanto durante la negociación de los acuerdos como durante su ejecución, de conformidad con lo establecido en el artículo 23.3.a."

En el presente caso, el expediente MTZ 2009/2131, que culminó con 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

² Resolución por la que se aprueba la definición y el 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 operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la comisión europea.

³ La información en materia de acceso e interconexión que el regulador puede exigir hacer pública a los operadores.



del Mercado de las Telecomunicaciones, supone precisamente el ejercicio por parte de esta Comisión de las potestades previstas para modificar las Ofertas de referencia en el artículo 7, apartados 2 y 3, del Reglamento de Mercados en relación con el servicio mayorista de acceso a la infraestructura civil de Telefónica, y el acto recurrido supone un acto de ejecución de dicha Resolución derivado directamente de lo establecido en su Resolución primero.

1.2. Sobre el procedimiento seguido por esta Comisión para el ejercicio de su competencia para introducir cambios en la Oferta MARCo y el alcance de las modificaciones introducidas en el mismo.

En el Motivo primero de su recurso, Telefónica alega que el acto impugnado se ha dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido por lo siguientes motivos:

1º) Según señala en la página 12 de su escrito de 18 de mayo de 2010, *“no cabe duda que el acto administrativo recurrido es un acto de ejecución de la Resolución de 8 de abril de 2010; y como tal acto de mera ejecución su objeto debiera sencillamente ser ordenar a Telefónica la publicación de la Oferta Marco en un plazo determinado”*, sin embargo, añade, esta Comisión *“ha optado por adaptar directamente la propuesta de oferta de Telefónica a las previsiones de las ya reiteradas resoluciones de 19 de noviembre de 2010 y de 8 de abril de 2010”*.

2ª) En el proceso de llevar a cabo dicha adaptación del texto, esta Comisión ha ido más allá y ha introducido modificaciones que suponen la imposición de nuevas obligaciones que no estaban previstas en las Resoluciones que se trataban de trasponer, no siendo el acto recurrido el marco adecuado para ello.

3º) De todo ello resulta que la obligación de publicación del texto remitido mediante el acto recurrido es nula de pleno derecho.

Respecto a la 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 2000⁴ y de 15 de octubre de 1997⁵. 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, tal y como se reflejará a continuación, se han seguido todos los trámites del procedimiento que proceden para la imposición de obligaciones. Como ya se analizó en la Resolución de los

⁴ RJ 2000\8997.

⁵ RJ 1997\7457.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

recursos de reposición, del análisis de expediente MTZ 2009/2131 mediante el cual se procedió a la revisión del texto de la Oferta remitido por Telefónica, se desprende que en el mismo se siguieron todos los trámites y garantías exigidos por la LRJPAC (entre otros, se notificó a todos los interesados la apertura del expediente dándoles la opción de presentar alegaciones, se inició un trámite de información pública, previsto con carácter potestativo en el artículo 86 de la LRJPAC, se notificó a los interesados el informe previo de audiencia, etc.).

La Resolución que puso fin a este procedimiento se modificó posteriormente como resultado del procedimiento seguido para la resolución de los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución de 19 de noviembre de 2009 (AJ 2009/1223), en el cual se respetó asimismo en todo momento el marco jurídico procedimental vigente.

El Resuelve de la primera Resolución estableció que *“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”*, y es precisamente la ejecución de esta previsión contenida en el Resuelve de la que trae causa el acto recurrido. Es decir, que el objeto del mismo es la correcta implementación o trasposición de lo ordenado por las Resoluciones al texto de la Oferta remitida por Telefónica.

Sobre la base de lo anterior, puede apreciarse perfectamente cómo la afirmación de la recurrente en relación con que el acto recurrido debería haberse limitado a ordenar la publicación no tiene fundamento ni jurídico ni lógico, ya que esta Comisión debía, en ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados y de lo dispuesto en la Resolución de 19 de noviembre de 2009, proceder a su modificación directa y por tanto validarlo antes de que tuviera lugar la publicación del texto.

Tampoco puede tener favorable acogida la argumentación formulada por Telefónica en el sentido de señalar que esta Comisión ha *“optado por adaptar directamente el texto”* contrariamente a lo que le correspondía hacer, porque, como se ha reflejado anteriormente, es eso precisamente lo previsto en la citada Resolución para el caso de que Telefónica no modificara adecuadamente su propuesta de Oferta.

En cuanto al alcance de las modificaciones efectuadas en el texto remitido por Telefónica y si realmente suponen o no la introducción de *“una serie de novedades”* que no tienen justificación legal, como indica la recurrente, debe indicarse que, efectivamente, las obligaciones impuestas a la recurrente en el seno del expediente MTZ 2009/1223 sólo pueden ser modificadas a través de un procedimiento de análisis de mercado con los requisitos y condicionantes específicos previstos para ello en el artículo 4 y 5 del Reglamento de Mercados.

Ahora bien, los cambios introducidos en la Oferta mediante el acto recurrido responden, únicamente y en todos los casos, como se expone de forma detallada en el fundamento jurídico siguiente, a la trasposición de las Resoluciones de 19 de noviembre de 2009 y de 8 de abril de 2010, siendo precisamente el objeto del citado acto garantizar el cumplimiento de ambas en debida forma, incorporando las modificaciones en ellas recogidas y que no habían sido adecuadamente atendidas por TESAU, sin que ninguna de ellas pueda calificarse de desarrollo de obligación nueva alguna.



Por todo ello, y atendiendo a la jurisprudencia existente sobre los requisitos que han de concurrir para que pueda entenderse que ha existido omisión del procedimiento legalmente establecido, no procede acoger el motivo de presunta infracción del procedimiento del artículo 63.1.e) de la LRJPAC.

2. Análisis de la alegación relativa a la nulidad de pleno derecho al amparo del artículo 62.1 a) de la LRJPAC por presunta infracción del artículo 11.5 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones y la imposición de obligaciones no objetivas, desproporcionadas y discriminatorias.

Mantiene la recurrente que lo expuesto en la alegación anterior le ha generado indefensión e inseguridad jurídica, pues esta Comisión le ha remitido una Oferta diferente a la que debía resultar de lo dispuesto por las Resoluciones de 19 de noviembre de 2009 y 8 de abril de 2010 sin dar trámite de audiencia y poder presentar nuevas alegaciones.

A su vez alega que las obligaciones impuestas, en particular la obligación de publicación de dicho texto en su página web, vulneran el artículo 11.5 de la LGTel, que prevé que las obligaciones y condiciones que se impongan al operador declarado con poder significativo de mercado serán objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias.

En respuesta a estas alegaciones, y en atención a lo concluido en el análisis de la causa de nulidad anterior, no cabe sino desestimar la solicitud de nulidad de pleno derecho por la supuesta imposición de obligaciones no objetivas, desproporcionadas y discriminatorias puesto que si mediante el acto recurrido no se ha producido la imposición de obligaciones nuevas alegada, no cabe entrar a analizar ni la posible indefensión causada a la recurrente, ni la supuesta inseguridad jurídica derivadas del procedimiento, ni si dichas obligaciones son o no objetivas, desproporcionadas o discriminatorias, por lo que se debe desestimarse también la solicitud de nulidad formulada por la recurrente al amparo del artículo 62.1 a) de la LRJPAC.

Segundo.- Sobre los aspectos de la Oferta en relación a los cuales Telefónica alega que supuestamente esta Comisión ha introducido nuevas obligaciones.

La recurrente detalla en el Motivo Previo de su recurso las partes concretas del texto consolidado definitivo de la Oferta que a su juicio son incongruentes con lo dispuesto en las Resoluciones de 19 de noviembre de 2009 y 8 de abril de 2010 siguiendo como criterio de exposición el orden en que aparecen en el texto. En concreto, la recurrente muestra su disconformidad con las modificaciones introducidas por esta Comisión en los siguientes apartados del texto de su propuesta de Oferta:

Documento A0. Aspectos generales de la Oferta.

- 1.1. Apartado 2.2. Solicitud de Uso Compartido (SUC).
- 1.2. Apartado 7.2. Facturación aperiódica.

Documento A1 (Anexo I). Normativa técnica de compartición de infraestructuras.

- 1.3. Apartado 3.2. Normas de actuación cuando hay escasez de espacio.
- 1.4. Apartado 3.3.1. Condiciones técnicas para la compartición.
- 1.5. Apartado 3.4.1. Canalizaciones laterales (segundo párrafo).
- 1.6. Apartado 3.4.1. Canalizaciones laterales (tercer párrafo).

Documento A2 (Anexo II). Procedimiento de gestión para operadores.

- 1.7. Apartado 5.2.4. Replanteo conjunto.



- 1.8. Apartado 5.2.5. Memoria descriptiva del operador.
- 1.9. Apartado 5.2.7. Ocupación por el operador de las infraestructuras en uso compartido según la solicitud confirmada.

Documento A3 (Anexo III). Procedimientos de comunicación postventa.

- 1.10. Apartado 4 (Niveles de calidad en la provisión del servicio MARCo, tabla “Plazos medios de provisión”).
- 1.11. Apartado 4 (Niveles de calidad en la provisión del servicio MARCo, tabla “Indicadores cuantitativos del servicio”).

Documento A6 (Anexo VI). Precios y condiciones de facturación.

- 1.12. Apartado 5. Condiciones de facturación (Conceptos facturables aperiódicos).

Documento A8 (Anexo VIII). Contrato tipo.

- 1.13. Cláusula 9.1 (Uso autorizado).
- 1.14. Cláusula 20.4 (Derechos y obligaciones del operador autorizado).
- 1.15. Cláusula 26 (Fianza).

A continuación se analizan por orden de aparición en el texto los puntos concretos del texto consolidado definitivo⁶ identificados por Telefónica en su recurso en los que ésta entiende que existen incongruencias con respecto a lo dispuesto por las Resoluciones de esta Comisión de 19 de noviembre de 2009 (Resolución de la Oferta MARCo) y de 8 de abril de 2010 (Resolución de los recursos de reposición).

1. Sobre la disconformidad de la recurrente con la redacción dada al apartado 2.2 (Solicitud de uso compartido) del documento “Aspectos generales” de la Oferta.

El segundo párrafo del apartado 2.2 del documento “Aspectos generales de la Oferta” del texto consolidado definitivo señala lo siguiente (página 5):

“Además, en las centrales con sala OBA de Telefónica de España, el Operador podrá solicitar el tendido de un cable de fibra óptica entre el espacio de coubicación de que disponga el Operador de conformidad con la Oferta de Referencia del Bucle de Abonado (OBA) en la central en cuestión y la primera cámara de registro de Telefónica de España ubicada después de la cámara CERO⁷. Asimismo, podrá solicitar el acceso a otros recursos asociados necesarios para la operatividad del acceso a las infraestructuras de obra civil.”

La recurrente muestra su disconformidad con la última frase de dicho párrafo⁸, que fue incorporada mediante el acto recurrido en el texto consolidado definitivo de la Oferta MARCo, al entender que este contenido no está recogido en ninguna de las resoluciones de la Comisión que debían ser incorporadas a la Oferta, y por tanto no puede formar parte del texto. Según Telefónica las citadas dos Resoluciones de esta Comisión indican

⁶ Entendiendo por tal la versión de la Oferta MARCo remitida por esta Comisión a Telefónica mediante escrito del Secretario de 27 de abril de 2010, que es el texto que se toma como referencia para el presente análisis. En adelante nos referimos a este texto o versión como “la Oferta” o “texto consolidado definitivo”.

⁷ El acceso de los cables a las centrales se realiza a través de una cámara de registro especial que se denomina “CÁMARA CERO” (CR0). Esta cámara subterránea está en el exterior del edificio de la central y, generalmente, adosada a la pared del mismo. Desde las cámaras cero se accede al interior de la central a través de la galería de cables.

⁸ Para facilitar la comprensión de la exposición, la parte del texto objeto de recurso aparece subrayada.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

expresamente los recursos que los operadores podrán solicitar, por lo que la Oferta debería reflejar los allí señalados y no otros distintos.

Frente a esta alegación, debe recordarse que la propia Resolución por la que se aprueba la definición y el análisis de los mercados 4 y 5 establece en el Anexo 2 relativo a la “Medida en relación con el acceso a los recursos asociados de la infraestructura de obra civil de TESAU” lo ahora incluido en la Oferta MARCo:

“1.- Obligación de proporcionar acceso a los recursos asociados de infraestructuras de obra civil, a precios regulados.

(...)

TESAU deberá atender las solicitudes razonables de acceso por parte de terceros operadores a sus infraestructuras de obra civil, incluyendo entre otras las canalizaciones, cámaras, arquetas, conductos y postes.

Esta obligación implica, entre otros aspectos, que TESAU está obligado a:

(...)

c. Facilitar el acceso a los recursos asociados al acceso a las infraestructuras de obra civil necesarios para la plena operatividad de la obligación, entre los cuales destacarían los servicios de ubicación en centrales, el cableado, los enlaces de conexión de equipos o entrega de señal, alimentación de equipos y los sistemas de información relevantes, así como modalidades de compartición de instalaciones”.

En el mismo sentido, la Resolución de 19 de noviembre también establece que

“Modificación de la oferta

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 (.....).”

En resumen, debe señalarse que el tendido de un cable de fibra óptica entre el espacio de coubicación de que disponga el Operador en la central en cuestión y la primera cámara de registro al que se refiere el párrafo de la Oferta recurrido es solo uno de los recursos asociados al acceso a los que Telefónica debe ofrecer el acceso, pero hay otros. Éste es precisamente el sentido de la expresión “en particular” o “entre los cuales destacarían” que aparecen en los textos reproducidos. Por ello, la frase añadida por esta Comisión tiene claramente el objetivo de trasladar a la Oferta de referencia lo dispuesto por la Resolución de esta Comisión de 19 de noviembre de 2009 y la regulación sectorial en cuanto a la obligación de acceso impuesta a Telefónica, y no constituye de ninguna forma la imposición de una obligación distinta a las detalladas en las Resoluciones de los Mercados 4 y 5 y de la Oferta MARCo.

Debe recordarse, una vez más, que, como ha señalado esta Comisión en Resoluciones anteriores, las Ofertas de referencia no pueden, en ningún caso, considerarse ofertas de máximos que traducen, agotándolas, las obligaciones impuestas a TESAU; antes bien, como es doctrina reiterada de la CMT y ratificada por la jurisprudencia, constituyen, como ofertas de mínimos que son, un instrumento más del cumplimiento de dichas obligaciones



las cuales, de ningún modo, pueden verse alteradas ni constreñidas a través de las cláusulas que se incorporen en ellas.

Por tanto, debe desestimarse la alegación formulada por Telefónica y confirmarse la modificación introducida en el párrafo analizado en la versión del texto remitida mediante el acto de fecha 27 de abril de 2010, que deberá quedar redactado tal y como aparece en dicha versión.

2. Sobre la disconformidad de la recurrente con la redacción dada al apartado 7.2 (Facturación aperiódica) del documento “Aspectos generales” de la Oferta.

El apartado 7.2 del texto consolidado definitivo de la Oferta, con el título “Facturación aperiódica”, comienza con el siguiente párrafo (página 11):

“Incluyen los importes de cuota de alta, replanteo y todas aquellas otras cuotas aperiódicas que se pudieran derivar de la prestación de los servicios recogidos en el presente acuerdo, así como aquellos otros conceptos facturables que puedan tener naturaleza diversa (penalizaciones por incumplimiento de plazos en la provisión de servicios, penalizaciones por incidencia del servicio, etc.).”

En opinión de Telefónica no existe justificación para la introducción por parte de esta Comisión del texto que aparece subrayado, ya que, según ella, los aspectos finales de la facturación aperiódica, así como el régimen de penalizaciones tratado en el Anexo específico de la Oferta (Anexo VI), no se encuentran recogidos en la Resolución de la Oferta MARCo, por lo que deberían eliminarse del texto de la Oferta.

Con respecto a lo anterior, esta Comisión debe recordar que la Resolución de 19 de noviembre de 2009 sí expresa que la incorporación a la Oferta de referencia de un mecanismo de penalizaciones debe considerarse como un aspecto indispensable y, en este sentido, obliga a Telefónica a modificar ciertos aspectos de la regulación de penalizaciones propuesta. Entre otras cosas, esta Comisión consideró necesario que se incluyeran en el texto de la Oferta criterios claros y específicos para llevar a cabo la liquidación de penalizaciones devengadas, y en particular que se recoja expresamente el carácter facturable de las penalizaciones por los operadores alternativos y se prevea un procedimiento detallado de liquidación.

En relación con la liquidación de penalizaciones, la Resolución manifiesta expresamente que *“Telefónica deberá incluir en el apartado “Conceptos facturables aperiódicos” del Anexo de precios el procedimiento de liquidación de penalizaciones que, para todas las ofertas mayoristas, quedó establecido en la Resolución de esta Comisión (expediente MTZ 2008/120) de fecha 2 de julio de 2009”* por tanto, resulta evidente que la introducción de la frase ahora recurrida se deriva directamente de la aplicación de lo dispuesto por la Resolución de 19 de noviembre de 2009 y no supone en ningún caso una nueva obligación.

A la luz de lo anterior, se estima necesario mantener la redacción dada mediante el acto recurrido al apartado 7.2 del texto consolidado definitivo de la Oferta, pues resulta una adaptación necesaria del texto a las Resoluciones de referencia.



3. Sobre la disconformidad de la recurrente con la redacción dada al apartado 3.2 (Normas de actuación cuando hay escasez de espacio) del Anexo I de la Oferta (Normativa técnica de compartición de infraestructuras).

El apartado 3.2 (Normas de actuación cuando hay escasez de espacio) del Anexo I de la Oferta establece los criterios a seguir en el caso de que exista escasez de espacio en las canalizaciones de Telefónica y presenta el siguiente texto (páginas 8-9):

“Se considerará que en un tramo existe escasez de espacio, cuando el número de conductos completamente vacíos, además del conducto reservado con fines de mantenimiento y/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”

Telefónica pone de manifiesto en su recurso que el signo que acompaña a la cifra 20 de la columna “Número de conductos presentes en la sección de canalización” se ha consignado erróneamente, debiendo indicar más de 20 (>) en lugar de menos de 20 (<).

La Resolución de 19 de noviembre de 2009 señala en su página 20:

“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”

Teniendo en cuenta que este párrafo de la Resolución no fue modificado o alterado por la posterior Resolución de 8 de abril de 2010, efectivamente el texto de Oferta contiene un error material en la tabla de la página 9, ya que la cifra “<20” debería aparecer con el signo >20.

Pese a que lo señalado por la recurrente como incongruencia pudiera considerarse un mero error material subsanable a tenor de lo establecido por el artículo 105 de la LRJPAC, habiéndolo formulado ésta como alegación en su recurso, se procede a su estimación sin más. Deberá por tanto modificarse la tabla que aparece en la página 9 del Anexo I de la Oferta para recoger en la primera columna la cifra “>20” en lugar de “<20”.



4. Sobre la disconformidad de la recurrente con la redacción dada al apartado 3.3.1 (Condiciones técnicas para la compartición) del Anexo I de la Oferta (Normativa técnica de compartición de infraestructuras).

El apartado 3.3.1 del Anexo I recoge las Condiciones técnicas para la compartición. La descripción del CASO I presenta el siguiente texto (página 10):

“Secciones de canalización donde no hay subconductos vacíos y los conductos están ocupados o sólo existan uno o dos conductos vacíos: En este escenario, no hay subconductos disponibles y de acuerdo con la tabla del apartado 3.2., se considera que hay escasez de espacio, por lo tanto deben instalarse las soluciones señaladas en dicho apartado, con la limitación en cuanto a cantidad de cables que se desprende del criterio de superficie útil.(.....)”

La recurrente alega en relación con este punto que esta Comisión ha cambiado la denominación utilizada hasta ahora para referirse al concepto de sección útil de conducto o de subconducto, definido en el apartado 2 (Definiciones y principios básicos) del Anexo I de la Oferta como *“la sección interior máxima de un conducto o subconducto que puede utilizarse para instalar cables. Suele establecerse el 40% de la sección interior total.”*

Según la recurrente, si bien en el apartado de definiciones se denomina “sección útil”, en la modificación del texto efectuada por esta Comisión del apartado 3.3.1 (párrafo reproducido anteriormente), se refiere al mismo concepto como “superficie útil”.

De la misma forma que en el apartado anterior, cabe señalar que aunque la modificación solicitada por la recurrente podría suponer un error material que no altera el contenido ni el alcance de las obligaciones impuestas por esta Comisión y que no deja de ser una cuestión meramente editorial o de estilo, es cierto que en aras de la claridad y facilidad de lectura del texto de la Oferta se ha advertido la conveniencia de modificar la expresión “superficie útil” por “sección útil”, de forma que la denominación sea uniforme en todo el texto coincidiendo con el nombre dado en el apartado Definiciones.

Por ello, procede estimar la alegación de la recurrente en este punto y en consecuencia modificar todas las referencias hechas en el texto consolidado definitivo a “superficie útil” por la expresión “sección útil”.

5. Sobre la disconformidad de la recurrente con la redacción dada al segundo párrafo del apartado 3.4.1 (Canalizaciones laterales) del Anexo I de la Oferta (Normativa técnica de compartición de infraestructuras).

El segundo párrafo del apartado 3.4.1 (Canalizaciones laterales) del Anexo I de la Oferta señala que (página 12):

“A la hora de determinar cuántos conductos (para instalación de subconductos) o subconductos están a disposición de otros operadores dentro de una sección de canalización, se seguirá el mismo procedimiento que para los conductos y subconductos de la red de alimentación (apartado 3.3.1.).”

En estas canalizaciones, la instalación de 3 subconductos, solo se realizará en el caso de que existan conductos disponibles de PE corrugado de 125 ó de PVC de 110 mm. Nunca se instalarán subconductos rígidos en el caso de que los conductos disponibles sean de PVC de 63 mm, aunque sí podrán subconductarse mediante las técnicas



previstas en el apartado 3.2., con independencia de que concurran o no situaciones de escasez de espacio.”

En relación con el texto reproducido, Telefónica muestra su disconformidad con la adición mediante el acto recurrido de la frase que aparece subrayada (“*con independencia de que concurran o no situaciones de escasez de espacio*”), ya que en su opinión se trata de una introducción “ex-novo” que no se corresponde con lo señalado por las Resoluciones que debían implementar. Según Telefónica, esta Comisión ha indicado en sus diferentes Resoluciones que las soluciones basadas en materiales no rígidos se utilizarán cuando concurran situaciones de escasez de recursos, por lo que la frase añadida es contraria a esta indicación.

En respuesta al planteamiento de Telefónica debe indicarse que la Resolución de 19 de noviembre de 2009 estableció la obligación de flexibilizar la metodología de separación de redes mediante suconductación propuesta por Telefónica. En este sentido, se indicaba, por un lado, en la página 20 que en tramos donde la escasez de espacio sea patente, la subconductación se efectuará mediante las alternativas que ofrezcan mejores posibilidades de optimización de espacio, pudiendo recurrir para ello, entre otras, a soluciones basadas en materiales no rígidos como son los subconductos flexibles textiles o bien a la instalación de minitubos⁹. Por otro lado, en la página 21, en relación con los conductos de 63mm de la red de distribución se indicaba lo siguiente:

“Telefónica preveía la cesión de conductos completos, dada la imposibilidad física de subconductarlos mediante tubos de 40mm. Pues bien, tal limitación desaparece ante la posibilidad de recurrir a las soluciones referidas [utilización de soluciones basadas en materiales no rígidos o instalación de minitubos], por lo que su compartición podrá solicitarse por parte de los operadores.”

Por tanto, la Resolución de la Oferta MARCo no contempla la utilización de alternativas que ofrezcan mejores posibilidades de optimización de espacio exclusivamente para los casos de escasez de espacio, sino que, como hemos visto, la propia Resolución ya contemplaba también este uso para el caso específico de los conductos de 63mm.

En definitiva, procede aclarar aquí que la Resolución de la Oferta MARCo prevé la flexibilización de la metodología de separación de redes mediante la aplicación de soluciones basadas en materiales no rígidos, en particular, en tres casos concretos:

- 1) Tramos donde la escasez de espacio sea patente.
- 2) Situaciones en las que existan secciones de canalización donde todos los conductos existentes se encuentren parcial o incluso mínimamente ocupados por cables (situación de saturación efectiva). En tales casos, “*siempre que el nivel de ocupación de algún conducto se encuentre por debajo del nivel máximo autorizado (criterio de superficie útil), resultará admisible la instalación de cables implementándose el criterio de separación de redes mediante la instalación de subconductos flexibles textiles, tubos individuales u otras soluciones cuyas características resulten acordes a los principios aquí expuestos*”.

⁹ Según la nueva redacción dada a este apartado por la Resolución de los recursos de reposición, de 8 de abril de 2010, que matizaba que las alternativas a las que recurrir para optimizar el espacio no se limitan al uso de subconductos flexibles textiles sino que pueden ser la instalación de minitubos o cualquier otra acordada entre las partes que cumpla con dicha finalidad.



- 3) En relación con los conductos de 63mm de la red de distribución, Telefónica preveía la cesión de conductos completos, dada la imposibilidad física de subconductorlos mediante tubos de 40mm. Tal limitación desaparece ante la posibilidad de recurrir a las soluciones referidas, por lo que su compartición podrá solicitarse por parte de los operadores.

En atención a lo anterior, procede desestimar la alegación sobre la nulidad también en relación con este punto dado que la modificación introducida traslada fielmente al texto de la Oferta lo establecido por la Resolución de 19 de noviembre de 2009, debiendo mantenerse el segundo párrafo del apartado 3.4.1 tal y como figura en la versión remitida a Telefónica mediante el acto recurrido.

6. Sobre la disconformidad de la recurrente con la redacción dada al tercer párrafo del apartado 3.4.1 (Canalizaciones laterales) del Anexo I de la Oferta (Normativa técnica de compartición de infraestructuras).

El tercer párrafo del apartado 3.4.1 del Anexo I de la Oferta señala que (página 12):

“Los subconductos no rígidos utilizados en los conductos de 63 mm., deberán ser más pequeños y de menos celdas que los utilizados en los de 125 ó 110 mm, de acuerdo con las especificaciones técnicas de los fabricantes.”

Telefónica manifiesta en su recurso que la incorporación por parte de esta Comisión de la frase subrayada (“*de acuerdo con las especificaciones técnicas de los fabricantes*”) no está justificada porque no es un contenido de los previstos en las Resoluciones.

Frente a ello, debe ponerse de manifiesto, en primer lugar, que el párrafo reproducido (“*Los subconductos no rígidos utilizados en los conductos de 63 mm., deberán ser más pequeños y de menos celdas que los utilizados en los de 125 ó 110 mm*”) fue añadido por Telefónica a la Oferta de forma espontánea en la versión que remitió a esta Comisión con fecha 28 de diciembre de 2009, es decir en cumplimiento de la obligación impuesta en el resuelve primero de la Resolución de 19 de noviembre de 2009 de modificarla según lo establecido en dicha Resolución. Por tanto, dicho cambio debía responder a la incorporación de lo señalado en la Resolución, sin embargo este contenido no fue objeto de análisis en la misma.

Pues bien, ante la presencia de un requisito o norma técnica nueva, lo único que se ha procedido a hacer mediante el acto recurrido es matizar el alcance de la misma en el sentido de precisar que la instalación de estos subconductos no rígidos deberá condicionarse en todo caso a las recomendaciones y especificaciones técnicas de los fabricantes, aclaración que, aparezca expresamente o no en el texto de la Oferta, es de aplicación de todas formas tanto para Telefónica como para el operador solicitante.

No puede estimarse la alegación de Telefónica en este punto ya que no se aprecia que la frase recurrida suponga una incongruencia en relación con lo señalado por las Resoluciones de esta Comisión ni que las contravenga, sino que antes al contrario es necesaria para hacer efectivas las modificaciones de la Oferta establecidas en la Resolución de 19 de noviembre de 2009 y las obligaciones impuestas al incumbente, favoreciendo un uso eficiente y seguro de las infraestructuras que se comparten.



7. Sobre la disconformidad de la recurrente con la redacción dada al apartado 5.2.4 (Replanteo conjunto) del Anexo II de la Oferta (Procedimiento de gestión para operadores).

El Anexo II de la Oferta presenta en el apartado 5.2.4 sobre “Replanteo conjunto” el siguiente párrafo (página 20):

“El objetivo del replanteo es confirmar la saturación teórica de los registros y el estado de los postes.”

Telefónica manifiesta su disconformidad con la eliminación del siguiente texto de propuesta de Oferta remitida a esta Comisión tras la Resolución de 19 de noviembre de 2009, que aparecía inserto en el mismo párrafo a continuación de la frase anterior:

“Este servicio solo atañe a las canalizaciones en dominio público, en el interior de las propiedades privadas, incluido ADIF, Telefónica no debe hacer dichos replanteos, el operador deberá llegar a acuerdos con las propiedades. Sólo están incluidas en el servicio las infraestructuras en entorno urbano.”

En opinión de la recurrente no hay razón alguna que justifique su eliminación ya que no contradice ni está en desacuerdo con las Resoluciones de la Comisión (Resolución sobre MARCo noviembre 2009 y sobre los Recursos Reposición de abril 2010).

En respuesta a lo anterior, en primer lugar procede aclarar que la Oferta de referencia remitida por Telefónica, que fue objeto de análisis en el marco de la Resolución de fecha 19 de noviembre de 2009, no recogía la mención cuya supresión se recurre ahora. Su eliminación mediante el acto recurrido se produjo, por tanto, tras aparecer de forma espontánea en el texto remitido por Telefónica en fecha 28 de diciembre de 2009 en cumplimiento del Resuelve de dicha Resolución que establecía que *“la oferta modificada según lo establecido en la presente Resolución se remitirá a esta Comisión para su revisión”*, por lo que dicho párrafo debería responder a la implementación de la valoración de la Oferta efectuada por esta Comisión.

A efectos de analizar la razonabilidad de su eliminación del texto de la Oferta, cabe diferenciar su contenido en dos partes. La eliminación de la primera parte, la que hace referencia a que el replanteo solo tendrá lugar en las canalizaciones que se encuentren en dominio público y excluye el replanteo en las infraestructuras que se encuentren en propiedades privadas, está justificada porque contraviene lo establecido en la Resolución de 19 de noviembre de 2009 en el siguiente sentido:

- Por un lado, tanto la Comisión como los operadores, aluden en sus escritos de recurso y alegaciones del procedimiento MTZ 2009/1223, a que la ubicación de las infraestructuras sobre las que se va a actuar para efectuar los despliegues pueden estar en dominio público o en propiedad privada, por lo que el servicio MARCo no puede limitarse a *“las canalizaciones en dominio público”*, como señala Telefónica.
- Por otro lado, la Resolución precisa también que la obligación de acceso impuesta a Telefónica afecta a todas las infraestructuras que se estén utilizando por Telefónica, es decir, *“sobre las que Telefónica ostente un derecho de uso”* y no solo a las infraestructuras que sean de su propiedad, lo cual quiere decir que puede haber infraestructuras ubicadas en zonas que no son de dominio público incluidas también en el ámbito de aplicación de la Oferta.



En definitiva, lo señalado por Telefónica no se ajusta al contenido de la Resolución de la Oferta MARCo.

En cuanto a la segunda parte, que indica que solo están incluidas en el servicio de replanteo las infraestructuras en entorno urbano, esta Comisión entiende que no es procedente la inclusión de dicha mención en ese apartado dado que ya existe un apartado específico para delimitar el ámbito de aplicación de la Oferta dentro del mismo Anexo (apartado 2.4. Ámbito de aplicación del servicio, página 5), por lo que se elimina en aras de la claridad expositiva del texto.

8. Sobre la disconformidad de la recurrente con la redacción dada al apartado 5.2.5 (Memoria descriptiva del operador) del Anexo II de la Oferta (Procedimiento de gestión para operadores).

El apartado 5.2.5 (Memoria descriptiva del operador) del Anexo II de la Oferta contiene el siguiente texto (página 31):

“El operador dispone de 10 días laborables desde la Fecha de Replanteo realizado viable para cargar la MD en NEON y el ACTA DE REPLANTEO pasando la solicitud al Estado AR y MD facilitadas, Fecha MD recibida. Si a los 7 días no lo ha enviado, NEON mandará un mensaje automático al Operador Estado Aviso para recibir AR y MD.”

En la revisión del texto de la Oferta efectuada tras la Resolución de 8 de abril de 2010 esta Comisión eliminó la frase *“Si pasan los 10 días y el operador no ha confirmado su solicitud y entregado la documentación a través de NEON, la solicitud pasa a Estado Anulada con coste, suponiendo la facturación al Operador de todos los trabajos hasta el momento de la anulación de la solicitud”*, que aparecía inserta al final del mismo párrafo.

La recurrente se muestra en desacuerdo con dicha eliminación alegando que ese párrafo ya formaba parte de las versiones de la Oferta propuestas por Telefónica en marzo y diciembre de 2009 y que esta Comisión no apreció la necesidad de eliminarla en la Resolución de 19 de noviembre de 2009 que precisamente tenía como objetivo analizar la Oferta MARCo.

En relación con lo anterior, esta Comisión debe precisar que con independencia de que esta Comisión se pronunciara o no sobre esta cuestión en su Resolución de 19 de noviembre de 2009, atendiendo al objeto propio del presente procedimiento de resolución de un recurso de reposición, que es precisamente analizar si el acto del Secretario se apartó o no de lo señalado en las Resoluciones de 19 de noviembre de 2009 y de 8 de abril de 2010, cuyo objeto no podía ser otro que analizar si la Oferta respondía al cumplimiento de las obligaciones impuestas a Telefónica en el mercado, no cabe sino concluir que el establecimiento de plazos máximos al operador solicitante cuyo incumplimiento le ocasiona costes y demoras adicionales, como es el caso, contraviene la regulación y requisitos establecidos por esta Comisión para el servicio MARCo, como se verá a continuación.

La Resolución de 19 de noviembre de 2009 analiza de forma específica el sistema de penalizaciones que debe contemplar la oferta de referencia para el servicio MARCo. Entre las indicaciones concretas que se dan a Telefónica para la modificación del texto propuesto se encuentra, por ejemplo, la relativa a la improcedencia de aceptar compromisos de cumplimiento del operador alternativo en relación con la provisión de MD (memorias descriptivas) y AR (actas de replanteo). Así, en la página 66 se insta a Telefónica a 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”*. Tras



un mandato tan claro como éste, Telefónica introduce en el texto de su Oferta precisamente penalizaciones por el incumplimiento del plazo de 10 días desde la fecha de “Replanteo realizado viable” a estado “AR y MD facilitadas”, cuya eliminación ahora denuncia Telefónica.

La Resolución de referencia expone claramente los motivos por los que no son aceptables penalizaciones de este tipo. En la página 103 se indica 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 ocupación efectiva de las infraestructuras una vez la SUC ha sido confirmada por Telefónica, tampoco parece procedente la aplicación de penalizaciones económicas al operador demandante del acceso por el incumplimiento del plazo establecido. En efecto, el incumplimiento de dicho plazo implica que los conductos objeto de la SUC pasan automáticamente a disposición de Telefónica o de cualquier otro operador que los solicite, de tal manera que ninguna parte resulta perjudicada por el retraso incurrido".

Esta Comisión ha de reiterar por tanto lo ya manifestado en la citada Resolución y ratifica que en el marco de una oferta regulada no puede de ninguna manera aceptarse la imposición de este tipo de plazos máximos, por lo que se desestima la alegación de la recurrente y se confirma la redacción que aparece en el texto consolidado definitivo fijado mediante el acto recurrido.

9. Sobre la disconformidad de la recurrente con la redacción dada al apartado 5.2.7 (Ocupación por el operador de las infraestructuras en uso compartido según la solicitud confirmada) del Anexo II de la Oferta (Procedimiento de gestión para operadores).

En el apartado 5.2.7 del Anexo II que se refiere a la “Ocupación por el operador de las infraestructuras en uso compartido según la solicitud confirmada” aparece el siguiente párrafo (página 34):

“En general, ante la presencia de incidencias en las infraestructuras de Telefónica, ya sean originadas en fase de ocupación o de mantenimiento, el operador podrá requerir la provisión de soluciones (rutas) alternativas desde el mismo instante en que detecte la imposibilidad de efectuar el despliegue en las condiciones previstas, lo que deberá culminar en la provisión de una solución viable en el plazo máximo de 15 días laborables.”

Telefónica mantiene que esta Comisión ha eliminado de la versión modificada enviada con fecha 28 de diciembre de 2009 la frase “siempre que la ruta alternativa no requiera de nuevas inversiones”, que aparecía al final de dicho párrafo.

Alega la recurrente que la Resolución de los recursos de reposición diferencia en cuanto a plazos de provisión el caso de que la ruta alternativa no necesite nuevas inversiones (no construir infraestructuras nuevas), para la que indica que debe provisionarse dentro del mismo plazo de 30 días necesarios para la SUC, y las que sí lo requieren (construcción de



nuevas infraestructuras), para las que debido a la naturaleza de los trabajos no fija un plazo determinado. En consecuencia, el plazo de 15 días laborables para proveer una solución viable a que se le obliga en el apartado de SLA para resolución de incidencias (página 58 de la Resolución de la Oferta MARCo¹⁰) sólo debe aplicar a aquellas rutas que no requieren de nuevas inversiones o ampliación de infraestructuras. En el caso de las que sí lo requieren, al igual que con el plazo de resolución de incidencias en provisión, no hay un plazo determinado.

Ahora bien, es preciso indicar que esta Comisión únicamente modificó el lugar en el que aparecía el texto reproducido anteriormente en la Oferta, que presenta el tenor literal de lo señalado en la Resolución de 19 de noviembre de 2009¹¹, trasladándolo sin alteración alguna del Anexo III página 3 al Anexo II página 34, por lo que no se ha producido la supresión de la referida frase.

Debe indicarse que, en cualquier caso, lo señalado por la recurrente es cierto y ajustado a lo dispuesto por las Resoluciones de esta Comisión, es decir que el plazo de 15 laborables al que se refiere la Resolución para la provisión de soluciones alternativas debe entenderse aplicable únicamente a la provisión de ruta alternativa en el sentido de ruta que se pueda proveer haciendo uso de la planta ya existente o sin la realización de nuevas inversiones o trabajos de construcción.

A mayor abundamiento, no puede aceptarse que por la vía de la resolución de este recurso se pretenda por parte de Telefónica la introducción de nuevas modificaciones al texto que nada tienen que ver con supuestas incongruencias con las Resoluciones de esta Comisión alegadas, aunque las modificaciones efectuadas, y en particular la operada en la frase analizada en este punto, puedan contribuir a dar más claridad al texto de la Oferta. El recurso de reposición ha de servir como vía para la revisión del acto administrativo en el caso de que se aprecie que concurre alguna de las causas de nulidad o anulabilidad previstas en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, y no, como pretende la recurrente en este caso, simplemente para completar o mejorar el texto de la Oferta sin que medie ilegalidad alguna. Telefónica dispone para ello de otros cauces más adecuados, como es solicitar a esta Comisión la apertura de un procedimiento específico para la revisión de la Oferta si lo considera necesario.

¹⁰ “En la Oferta de Referencia se hará mención explícita al hecho de que ante la presencia de incidencias en las infraestructuras de Telefónica, ya sean originadas en la fase de provisión o de mantenimiento, el operador podrá requerir la provisión de soluciones alternativas desde el mismo instante en que detecte la imposibilidad de efectuar el despliegue en las condiciones previstas, lo que deberá culminar en la provisión de una solución viable en el plazo máximo de 15 días laborables”.

¹¹ SLA para resolución de incidencias:

“Modificación de la oferta

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.

Sin embargo, en la Oferta de Referencia se hará mención explícita al hecho de que ante la presencia de incidencias en las infraestructuras de Telefónica, ya sean originadas en la fase de provisión o de mantenimiento, el operador podrá requerir la provisión de soluciones alternativas desde el mismo instante en que detecte la imposibilidad de efectuar el despliegue en las condiciones previstas, lo que deberá culminar en la provisión de una solución viable en el plazo máximo de 15 días laborables.”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

10. Sobre la disconformidad de la recurrente con la redacción dada al apartado 4 (Niveles de calidad en la provisión del servicio MARCo, tabla “plazos medios de provisión”) del Anexo III de la Oferta (Procedimientos de comunicación postventa).

En la página 6 del Anexo III del texto consolidado definitivo aparece la siguiente tabla, que recoge los indicadores que Telefónica debe facilitar a esta Comisión para la comparación de los plazos medios de provisión (servicio mayorista y provisión del servicio en autoprestación) por parte de Telefónica:

Solicitud de información de espacio vacante SIV	Estado inicial	Estado final	Número de solicitudes	Solicitudes dentro de plazo	Plazo medio sin paradas	Plazo medio con paradas
Provisión de información	Entrada de solicitud	Finalizada				
Solicitud de uso compartido (SUC)	Estado inicial	Estado final	Número de solicitudes	Solicitudes dentro de plazo	Plazo medio sin paradas	Plazo medio con paradas
Validación de Telefónica	T0	Validada				
Realización replanteo	T0	Replanteo realizado viable				
Envío memoria descriptiva (operador)	Replanteo realizado viable	AR y MD facilitadas				
Confirmación SUC	AR y MD facilitadas	SUC confirmada				
Ocupación efectiva por parte del operador	SUC confirmada	Ocupación / Fin de obras				
Tendido cable desde central	SUC confirmada	Entrega de tendido				
Resolución de incidencias de provisión	Alta incidencia	Resolución incidencia				
Resolución de incidencias de mantenimiento	Alta incidencia	Resolución incidencia				
Servicio en autoprestación	Estado inicial	Estado final	Número de solicitudes	Solicitudes dentro de plazo	Plazo medio sin paradas	Plazo medio con paradas
Realización de replanteo en despliegue de FTTH propio	T0	Replanteo realizado				
Resolución de averías en despliegue FTTH propio	Alta incidencia	Resolución incidencia				



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica plantea en su recurso su disconformidad con la presencia en dicha tabla de dos de los indicadores, “Resolución de incidencias de mantenimiento” y “Realización de replanteo en despliegue de FTTH propio” y solicita que se eliminen.

En cuanto al primero de ellos, relativo a la prestación del servicio mayorista (“Resolución de incidencias de mantenimiento”), Telefónica alega que no debe contemplarse un plazo máximo de resolución de incidencias de mantenimiento en virtud de lo dispuesto en la Resolución de los recursos de reposición (páginas 63-64):

“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.”

En cuanto al segundo indicador, “Realización de replanteo en despliegue de FTTH propio”, Telefónica entiende que no debe contemplarse el tiempo de replanteo en autoprestación de conformidad con lo dispuesto en la página 68 de la Resolución de los recursos:

“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”.

Frente a estas alegaciones, se debe precisar que la Resolución de la Oferta MARCo contempla la obligación de establecer 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 la de establecer 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.

Por tanto, el hecho de que no se imponga un plazo máximo para la resolución de incidencias de mantenimiento no impide el cumplimiento de la obligación de proveer información sobre los tiempos medios de provisión, a fin de que esta Comisión pueda llevar a cabo un control de los plazos en que se resuelven las incidencias, tanto en el servicio mayorista como en autoprestación, y pueda, en su caso, detectar situaciones de discriminación. Debe por tanto desestimarse la alegación relativa a la eliminación del indicador “Resolución de incidencias de mantenimiento”.

En relación con el indicador “Realización de replanteo en despliegue de FTTH propio”, efectivamente la Resolución de los recursos valora y acepta lo planteado por Telefónica en el sentido de que el replanteo en autoprestación se realiza de forma conjunta con el resto de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

actuaciones de despliegue y no resulta posible contabilizar estos trabajos por separado. En consecuencia, esta Comisión declaró nulo en dicha Resolución el indicador “Realización de replanteo en despliegue de FTTH propio” de la tabla “Plazos medios de provisión”, señalando que Telefónica no debía cumplimentarlo.

Ahora bien, el hecho de que Telefónica no deba especificar el tiempo empleado en el replanteo porque esta tarea queda subsumida en los trabajos de despliegue (instalación de cables) no implica que no deba informar a esta Comisión, en cumplimiento de la obligación de no discriminación impuesta¹², sobre el tiempo total empleado en el despliegue, dando así sentido al objetivo de dicha tabla que es comparar los tiempos de provisión. Por tanto, en atención a lo señalado, como consecuencia necesaria de que la Resolución de 8 de abril de 2010 declarara nulo el indicador “Realización de replanteo en despliegue de FTTH propio”, procede eliminarlo de la tabla e incorporar un nuevo indicador denominado “Realización de despliegue FTTH propio”.

Debe estimarse por tanto parcialmente la alegación de Telefónica y en atención a ello:

- Deberá eliminarse de la tabla “Plazos medios de provisión” del Anexo III de la Oferta MARCo el siguiente indicador:

Realización de replanteo en despliegue de FTTH propio	T0	Replanteo realizado				
---	----	---------------------	--	--	--	--

- En su lugar deberá añadirse el siguiente indicador:

Realización de despliegue de FTTH propio	Inicio trabajos	Instalación realizada				
--	-----------------	-----------------------	--	--	--	--

11. Sobre la disconformidad de la recurrente con la redacción dada al apartado 4 (tabla “Indicadores cuantitativos del servicio”, tabla “indicadores cuantitativos del servicio”) del Anexo III de la Oferta (Procedimientos de comunicación postventa).

El apartado 4 del Anexo III de la Oferta recoge la tabla de indicadores cuantitativos del servicio, que tiene por finalidad que Telefónica facilite con carácter trimestral una serie de datos sobre los servicios mayoristas prestados (servicios MARCo) y las actividades realizadas en autoprestación (despliegue FTTH propio). En el apartado “Servicio en autoprestación” se contemplan los siguientes indicadores (página 8):

¹² El Anexo 2 de la Resolución de los Mercados 4 y 5 establece que “Con carácter trimestral, TESAU deberá remitir a la CMT y comunicar a los operadores alternativos los parámetros de calidad de los servicios de acceso a infraestructuras de obra civil que presta a terceros y de los servicios equivalentes que se presta a sí misma y a otras empresas del Grupo Telefónica para sus servicios minoristas.”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Servicio en autoprestación	Indicador	DATOS
Replanteos. Realización de replanteo en despliegue de FTTH propio.	Número total (sistemas HELENA, HELIOS, SGIPE)	
	Respuestas viables (Sistema HELIOS)	
	Respuestas inviables (Sistema HELIOS)	
	Registros (cámaras y arquetas), abiertos	Valor medio de todos los replanteos
	Coste adicional facturado por o conceptos no incluidos en precio de replanteo(pocería, desasfaltado, etc)	Coste total por operador
Instalación por parte de Telefónica	Número de instalaciones finalizadas	
	Número de cámaras, arquetas y postes ocupados (desglosado)	
	Longitud (metros) del tramo	Valor medios de todas las instalaciones
	Longitud (metros) de subconductos instalados por Telefónica	Valor medios de todas las instalaciones
Provisión de ruta alternativa	Número total de ruta alternativas	
	Porcentaje incremental con respecto a tramos solicitados (registros ruta final con respecto a registros ruta inicial)	

La recurrente plantea en su recurso que esta información no coincide con la tabla de equivalencias de la página 59 de la Resolución de 19 de noviembre de 2009, donde además del replanteo solo se contempla la resolución de averías y por tanto entiende que para dar coherencia al texto de la Oferta deberían eliminarse los dos últimos apartados de dicha tabla (Instalación por parte de Telefónica y provisión de ruta alternativa).

Frente a lo alegado por Telefónica, no cabe duda de que los parámetros señalados resultan comparables entre las actividades en autoprestación y los servicios mayoristas: en ambos casos se requiere la apertura de registros, en ambos casos es medible la longitud de los cables instalados en conductos, o el número de cámaras de registro ocupadas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin embargo, Telefónica se está apoyando en el contenido en la tabla de equivalencias establecida en la Resolución de 19 de noviembre (se reproduce a continuación) para alegar la improcedencia de cumplimentar dichos campos:

Servicio MARCO	Servicio en autoprestación
Solicitud de información de espacio vacante (SIV)	
Provisión de la información	No aplica
Solicitud de uso compartido (SUC)	
Validación de Telefónica	No aplica
Realización de replanteo	Realización replanteo en despliegue FTTH propio
Envío de memoria descriptiva (operador)	No aplica
Confirmación SUC	No aplica
Ocupación efectiva por parte de operador	No aplica
Tendido de cable desde central	No aplica
Provisión de ruta alternativa	No aplica
Resolución de averías	Resolución de averías en despliegue FTTH propio

Pues bien, debe señalarse que las equivalencias establecidas en la citada tabla se refieren a la comparativa de plazos de ejecución: no resulta comparable la ocupación por parte del operador (que dispone, según procedimientos MARCO, de 6 meses para hacerlo), con la ocupación por parte de Telefónica, quien con toda seguridad no invertirá tal cantidad de tiempo.

Son, por tanto, equivalencias a tener en cuenta en la tabla a cumplimentar por Telefónica en relación con los plazos medios de provisión (página 6 del Anexo III Procedimiento de Comunicación Post-venta). Sin embargo, no pueden contemplarse en la tabla de indicadores cuantitativos del servicio (página 7 del mismo Anexo), puesto que en tal caso sí resultan comparables, como ya se ha señalado, la longitud de los tramos ocupados, o bien el número de instalaciones finalizadas.

12. Sobre la disconformidad de la recurrente con la redacción dada al apartado 5 (Condiciones de facturación) del Anexo VI de la Oferta (Precios y condiciones de facturación).

El apartado 5 del Anexo VI del texto consolidado definitivo de la Oferta (página 8), que establece las condiciones de facturación, distingue entre los conceptos facturables aperiódicos y los periódicos. En relación con los primeros, Telefónica muestra su disconformidad con dos cuestiones del texto remitido por esta Comisión con fecha 27 de abril de 2010:

1ª) El texto consolidado definitivo remitido incluye, respecto a aquellas solicitudes de uso compartido en las que sea necesaria la realización de un proyecto técnico por parte de Telefónica, lo siguiente:

“Telefónica de España devolverá al Operador interesado el afianzamiento del pago del 80 % del precio estimado proporcional de realización del proyecto técnico transcurridos 15 días contados desde que tenga lugar el pago del precio total que le corresponda satisfacer al Operador o bien desde la anulación, en su caso, de la petición del servicio.”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica en su recurso de reposición de fecha 19 de mayo de 2010 expone que el párrafo anterior debería ser eliminado ya que el mismo no se encontraba recogido en ninguna de las resoluciones de esta Comisión.

En contestación a lo anterior cabe indicar que en la página 63 de la citada Resolución de 19 de noviembre se establece expresamente lo siguiente:

"En consecuencia, Telefónica deberá adaptar la cuantía del aval a los criterios establecidos en las demás ofertas mayoristas, entendiéndose razonable por esta Comisión el sistema de aval previsto para el servicio de ubicación en la OBA."

El contrato del servicio de ubicación de la OBA estipula lo siguiente:

"[...] Asimismo, TELEFÓNICA DE ESPAÑA devolverá al OPERADOR AUTORIZADO el afianzamiento del pago del 80 % del precio estimado proporcional de habilitación del servicio de ubicación transcurridos 15 días contados desde que tenga lugar el pago del precio total de habilitación del servicio de ubicación que le corresponda satisfacer al OPERADOR AUTORIZADO o bien desde la anulación, en su caso, de la petición del servicio de ubicación una vez firmado y aceptado el proyecto específico, cuando se compruebe el correcto cumplimiento de las obligaciones del OPERADOR AUTORIZADO en relación con la habilitación del servicio."

Por tanto, la incorporación realizada en el contrato tipo mediante el acto recurrido es ajustada a lo establecido en la Resolución de 19 de noviembre.

2ª) El texto consolidado remitido por esta Comisión continúa con la siguiente redacción:

"De conformidad con lo establecido en la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 2 de julio de 2009 (MTZ 2008/120), la liquidación de penalizaciones se realizará de conformidad con el siguiente procedimiento:

1. Facturación

a) Conceptos liquidables.

La liquidación de las penalizaciones se realizará una vez aceptado el servicio o el franqueo de la incidencia.

Dicha liquidación se debe presentar con el desglose suficiente para identificar claramente el servicio afectado (número administrativo de la solicitud, central a la que corresponde el servicio afectado, etc...) y debe incluir las penalizaciones asociadas a servicios entregados en el ciclo de facturación correspondiente. En este sentido, cabe señalar que este procedimiento no está previsto para la liquidación de más de un ciclo de facturación.

b) Ciclos de facturación.

Los ciclos de facturación se cerrarán el último día de cada mes y la factura se emitirá los días 15 del mes siguiente (mes n+1), comprendiendo todo el ciclo anterior. Asimismo, entre la fecha de emisión y la fecha de vencimiento de la factura debe existir un margen de 8 días laborables.



2. Liquidación.

Comités de cierre de facturación o de consolidación

Se crea un Comité de cierre de facturación o de consolidación. Estos Comités tendrán como objeto principal la resolución de las discrepancias que surjan en torno de la facturación y, en concreto, sobre las cantidades pendientes por penalizaciones.

(i) Telefónica deberá abonar las penalizaciones antes del vencimiento de la factura.

(ii) Podrá mostrar su disconformidad con la liquidación practicada en el plazo de 8 días laborables siguientes a su notificación.

Para ello, Telefónica podrá remitir, junto con la oposición, una liquidación alternativa de penalizaciones, mención expresa del método de cálculo utilizado, información de MARCO que acredite los días de retraso y cualquier otra información que apoye su liquidación. El operador alternativo dispondrá de un plazo de 8 días laborables para revisar la citada liquidación remitida por Telefónica junto con la documentación acreditativa.

Al término de dicho plazo, en el caso de que el operador se muestre conforme con la liquidación alternativa deberá notificar a Telefónica su aceptación para que esta última proceda al abono de la factura con carácter inmediato. En caso de que el operador se mostrase disconforme con la liquidación alternativa deberá ponerlo en conocimiento del Comité antes del término de dicho plazo que deberá pronunciarse en otro plazo de 5 días.

Transcurrido el plazo en el que el Comité se tiene que pronunciar sin que haya alcanzado un acuerdo o sin que exista pronunciamiento expreso, cualquiera de los dos operadores podrá solicitar la intervención de esta Comisión. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones concretará los días de retraso incurridos y determinará con carácter ejecutivo la cantidad a satisfacer.

Si el operador alternativo, transcurrido el plazo de 5 días laborables, no procediese ni a la aceptación expresa ni al rechazo de la liquidación alternativa, Telefónica deberá entender aceptada tácitamente dicha liquidación alternativa, esto es, por silencio positivo. En consecuencia, Telefónica deberá proceder al abono de dicha cantidad en un plazo máximo de 2 días laborables.

Telefónica podrá mostrar su rechazo con la liquidación practicada por el operador alternativo instando directamente al Comité sin necesidad de practicar una liquidación alternativa. En este caso, el Comité dispondrá de un plazo de 10 días para emitir su decisión. Transcurrido dicho plazo sin que se adopte una decisión por parte del Comité o sin que lleguen a algún acuerdo, cualquiera de los dos operadores podrá acudir a la CMT en los términos anteriores.

(iii) Transcurrido el plazo de 8 días laborables para la verificación de la liquidación por parte de Telefónica sin que ésta se pronuncie, el operador alternativo deberá entender su liquidación aceptada (silencio positivo). Esto significa que Telefónica deberá abonar el resultado de la liquidación en un plazo máximo de 2 días laborables.”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De acuerdo con el procedimiento descrito, el operado alternativo será el sujeto activo del proceso de liquidación de penalizaciones al ser el emisor de la factura de penalizaciones, siguiendo el procedimiento establecido.”

Telefónica propone en su recurso la eliminación del contrato tipo, tanto del sistema de liquidación de penalizaciones como de la calificación de estas penalizaciones, como concepto facturable aperiódico.

A este respecto cabe indicar que en la Resolución de 19 de noviembre de 2009 se exigía expresamente a Telefónica que incluyera en el apartado “*Conceptos facturables aperiódicos*” del Anexo de precios de la Oferta Marco “*el procedimiento de liquidación de penalizaciones que, para todas las ofertas mayoristas, quedó establecido en la citada Resolución de esta Comisión (expediente MTZ 2008/120) de fecha 2 de julio de 2009, con las modificaciones anteriormente señaladas.*”

Cumpliendo con lo indicado en la citada Resolución, mediante el acto recurrido se procedió a incorporar en la Oferta MARCO tanto el procedimiento de liquidación de penalizaciones como la identificación de las penalizaciones como concepto facturable aperiódico.

Por último, cabe destacar que al igual que se ha indicado respecto de los sistemas de fianzas, las cuestiones aquí planteadas no fueron recurridas por Telefónica.

Por todo lo indicado con anterioridad cabe concluir que las modificaciones introducidas en la Oferta MARCO y que fueron remitidas a Telefónica mediante el acto del Secretario ahora recurrido son totalmente congruentes con lo resuelto en el seno del expediente MTZ 2009/1223.

13. Sobre la disconformidad de la recurrente con la redacción dada a la cláusula Novena (Uso autorizado) del Anexo VIII de la Oferta (Contrato tipo).

La cláusula Novena del contrato tipo define el “Uso autorizado”, señalando el apartado 1 lo siguiente (página 8):

“9.1 OPERADOR AUTORIZADO sólo podrá acceder a las infraestructuras relevantes necesarias cuya utilización compartida les sea concedida en virtud del presente Contrato para la instalación de redes de acceso de nueva generación destinadas a la prestación de servicios de telecomunicaciones para los que se encuentre legalmente habilitado.”

La recurrente manifiesta su disconformidad con la eliminación por parte de esta Comisión de la mención “*para alcanzar al consumidor final*”, que aparecía en su propuesta de texto de la siguiente forma:

“9.1 OPERADOR AUTORIZADO sólo podrá acceder a las infraestructuras relevantes necesarias para alcanzar al consumidor final cuya utilización compartida les sea concedida en virtud del presente Contrato para la instalación de redes de acceso de nueva generación destinadas a la prestación de servicios de telecomunicaciones para los que se encuentre legalmente habilitado.”

En su opinión, la referencia a alcanzar al consumidor final debería mantenerse ya que está en consonancia con lo dispuesto por las dos Resoluciones relativas a la Oferta MARCO



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(Resolución de 19 de noviembre de 2009 y de 8 de abril de 2010). Así, en la página 34 de la Resolución de 8 de abril se indica lo siguiente:

“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”.

En contestación a lo alegado por Telefónica, cabe significar lo siguiente:

Es cierto que esta Comisión, como no podía ser de otro modo, confirma en sus dos Resoluciones el criterio marcado por la Comisión Europea en relación con el ámbito de aplicación del Mercado 4 en lo relativo a las redes cubiertas (redes o infraestructuras del operador incumbente susceptibles de quedar sujetas a la imposición de obligación de acceso), en el sentido de incluir en la obligación de acceso toda infraestructura relevante necesaria para alcanzar al consumidor final.

Sin embargo, ha de hacerse notar que la Nota Explicativa de la Recomendación sobre mercados relevantes¹³ citada anteriormente, cuando se refiere a la infraestructura relevante para alcanzar al consumidor final, no lo hace con la finalidad de restringir el ámbito de aplicación, sino, todo lo contrario, la finalidad es dar un sentido amplio al concepto de redes cubiertas, precisamente para evitar que determinados elementos que pueden ser necesarios para alcanzar a los consumidores queden excluidos.

De la misma forma, esta Comisión en sus Resoluciones de los Mercados 4 y 5 y de 19 de noviembre de 2009, cuando cita la referencia al consumidor final de la Nota explicativa de la Recomendación de mercados relevantes (véanse páginas 90-91 y 7-8 respectivamente), lo hace para que se abra el ámbito de aplicación del Mercado 4 y de la Oferta en relación con la tipología de red (red de acceso/red troncal) que debe quedar incluida, y ello en respuesta a la pretensión de Telefónica de restringir el ámbito de aplicación exclusivamente a tramos de red de acceso. Es decir, con el objeto de remarcar que los tramos troncales asociados a la red de acceso también deben considerarse incluidos por ser necesarios para alcanzar al consumidor final.

En definitiva, el sentido con el que, tanto la Comisión Europea como este organismo regulador, utilizan la expresión plasmada por Telefónica en su contrato tipo es el de que deben entenderse incluidos en el mercado todos los recursos asociados al acceso, bien permitan acceder directamente al consumidor final, bien faciliten o sean necesarios para lograr en última instancia dicho acceso.

Esta referencia ha sido sin embargo sacada de contexto por la recurrente para, trasladada de la forma que lo ha hecho a la cláusula 9 de su contrato tipo, restringir en lugar de ampliar el ámbito de aplicación, es decir, para mediante el uso de una misma frase obtener el sentido contrario al pretendido.

Siendo esto así, de ninguna manera puede aceptarse que el texto propuesto por Telefónica sea congruente con las Resoluciones a las que debe ajustarse la Oferta MARCO, ya que de

¹³ Recomendación de la Comisión, de 17 de diciembre de 2007, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante (2007/879/CE).



su tenor literal puede interpretarse que quedan excluidos del acceso los recursos que no estén estrictamente ligados al acceso al usuario final, tales como el cableado entre estaciones base, la ubicación de equipos o los tramos troncales, lo que resulta completamente contrario al marco regulador y a los objetivos del servicio mayorista que nos ocupa.

La propia Resolución de los Mercados 4 y 5, al analizar las limitaciones al acceso a las infraestructuras de obra civil para la red troncal de los operadores móviles, ya pone de manifiesto, por ejemplo, que (página 91):

“[Los operadores móviles] deberían poder alcanzar su red de acceso radio (estaciones base) mediante infraestructuras de mayor capacidad para lo que las canalizaciones son de nuevo esenciales. En este sentido, es importante señalar que en un escenario de ofertas convergentes, TESAU contaría con ventajas en caso de utilizar estas infraestructuras en exclusiva para su filial móvil.

Por los motivos expuestos anteriormente, esta Comisión considera que las infraestructuras de obra civil suponen una facilidad asociada al acceso mayorista que pretende eliminar las ventajas con que cuenta TESAU. Estas ventajas no se circunscriben a la propia red de acceso sino que puede extenderse a la red troncal”.

Con la redacción propuesta por Telefónica para la Cláusula 9.1 de su contrato tipo podrían quedar excluidos los usos a los que se refieren estos párrafos.

En conclusión, esta Comisión confirma que el acto del Secretario recurrido ha realizado, en la modificación que efectúa de la Cláusula 9.1 del contrato tipo, una interpretación de las Resoluciones de 19 de noviembre de 2009 y de 8 de abril de 2010 congruente de la doctrina de esta Comisión en relación con la delimitación de las redes incluidas en el Mercado 4, dado que el texto remitido por Telefónica era excesivamente restrictivo desde el punto de vista del sentido que el Consejo ha dado a la referencia de que la obligación de acceso se extiende a toda infraestructura relevante necesaria para alcanzar al consumidor final.

14. Sobre la disconformidad de la recurrente con la redacción dada a la cláusula Vigésima (Derechos y obligaciones del Operador autorizado) del Anexo VIII (Contrato tipo) de la Oferta.

La cláusula Vigésima del contrato tipo se refiere a los “Derechos y obligaciones de OPERADOR AUTORIZADO”. El apartado 4 presenta el siguiente texto:

“20.4 En este sentido, las actuaciones que OPERADOR AUTORIZADO tiene derecho a realizar en las infraestructuras de TELEFÓNICA DE ESPAÑA son las siguientes:

- Instalación de cables en el contexto del despliegue de las redes de acceso de nueva generación (fibra óptica o coaxial), en los subconductos o conductos cedidos, según el dimensionado recogido en la solicitud.*
- Instalación de elementos pasivos (cajas de empalme con o sin divisores) en los registros, en la ubicación concreta acordada en la solicitud.*
- Instalación de subconductos si fuese necesario, según lo indicado en la Memoria Descriptiva.*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Instalación de otros elementos en las centrales OBA, cuando sea necesario para la operatividad del acceso a las infraestructuras de obra civil.*

La recurrente plantea la necesidad de introducir una aclaración en el último apartado de la Cláusula 20.4¹⁴ para evitar la posible interpretación de que el servicio MARCo comprende el derecho a instalar cualquier equipo en las centrales de Telefónica sin contratar el servicio de ubicación de la OBA. Mantiene la recurrente que la instalación de elementos en las centrales OBA en el marco del servicio MARCo debe realizarse contratando los servicios de ubicación y asociados (fuerza, visitas, etc.) previstos en la Oferta de referencia de Acceso al Bucle de Abonado (OBA), y que ello debería especificarse en el texto de la Oferta MARCo. A tal efecto propone la introducción de la siguiente matización:

“Instalación de otros elementos en las centrales OBA, en los espacios de ubicación contratados por el operador bajo la OBA, cuando sea necesario para la operatividad del acceso a las infraestructuras de obra civil.”

Frente a lo planteado por Telefónica procede señalar, por un lado, que el último apartado de la Cláusula 20.4 del contrato tipo fue introducido mediante el acto del Secretario ahora recurrido en la revisión de la Oferta efectuada para dar cumplimiento a los Resolves de las dos Resoluciones de continua referencia.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que la alegación de Telefónica en relación con este punto no versa sobre la congruencia o no del contenido añadido por esta Comisión con las Resoluciones previas, sino que introduce una cuestión nueva (la necesidad o no de añadir al citado guión la matización propuesta) que se escapa del análisis objeto del presente recurso de reposición, esto es, como se ha indicado anteriormente, si las modificaciones introducidas por esta Comisión al texto de la Oferta responden o no a la implementación del análisis y requisitos establecidos esta Comisión en las Resoluciones de 19 de noviembre de 2009 y 8 de abril de 2010. Por tanto, se desestima la alegación efectuada por la recurrente.

Sin perjuicio de lo anterior esta Comisión quiere dejar claro que, si bien es cierto que la ubicación en centrales de Telefónica requiere que el operador solicitante se acoja a las condiciones especificadas en la OBA, el texto propuesto por Telefónica no refleja lo expresado en esta alegación sino que limita el derecho de acceso a los recursos asociados a los espacios de ubicación contratados, por lo que no puede aceptarse.

La Resolución de los Mercados 4 y 5 establecía que Telefónica debe *“c. Facilitar el acceso a los recursos asociados al acceso a las infraestructuras de obra civil necesarios para la plena operatividad de la obligación, entre los cuales destacarían los servicios de ubicación en centrales, el cableado, los enlaces de conexión de equipos o entrega de señal, alimentación de equipos y los sistemas de información relevantes, así como modalidades de compartición de instalaciones”*.

Con el texto planteado por Telefónica se estaría limitando el acceso a los recursos asociados al acceso, contemplado en el Mercado 4, exclusivamente al servicio de ubicación en centrales, dado que el acceso al resto de recursos asociados (cableado, diferentes modalidades de entrega de señal, alimentación de equipos, sistemas de información, etc.) puede tener lugar fuera de los espacios contratados en la OBA.

¹⁴ *“Instalación de otros elementos en las centrales OBA, cuando sea necesario para la operatividad del acceso a las infraestructuras de obra civil.”*



15. Sobre la disconformidad de la recurrente con la redacción dada a la cláusula Vigésimo Sexta (Fianza) del Anexo VIII de la Oferta (Contrato tipo).

La cláusula Vigésimo Sexta del contrato se refiere a la “Fianza” y presenta el siguiente texto:

“Vigésimo Sexta.- Fianza

TELEFÓNICA DE ESPAÑA podrá solicitar a OPERADOR AUTORIZADO la entrega o afianzamiento por medio de aval de determinada cantidad, en concepto de garantía. La misma podrá ser exigida a OPERADOR AUTORIZADO cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- *Nuevos operadores; cuando el operador interesado se encuentre en alguno de los supuestos de situación concursal declarada por el juzgado o, al menos, solicitada por el deudor.*
- *Operadores existentes:*
 - *Cuando se hayan producido impagos sin causa justificada en Derecho en al menos dos facturas giradas por TELEFÓNICA DE ESPAÑA.*
 - *Cuando el operador interesado se encuentre en alguno de los supuestos de situación concursal declarada por el juzgado o, al menos, solicitada por el deudor.*

La cuantía del aval se calculará atendiendo a lo siguiente:

- *Nuevos Operadores: estimación del importe de una mensualidad resultante de la suma de los precios recurrentes mensuales que aparecen en el anexo VI*
- *Operadores existentes: Importe mensual medio de los últimos 2 meses*

En cuanto a la vigencia del aval, se establecen dos circunstancias a diferenciar:

- *Por un lado, el aval tendría una duración inicial de 12 meses, transcurrido el cual se revisaría de acuerdo con las normas de valoración que se establecen para el caso de constitución de avales una vez iniciada la prestación del servicio durante más de 12 meses.*
- *Por otro, el aval podrá tener un plazo de 18 meses de duración total, en el que transcurrido de forma consecutiva dicho tiempo sin producirse demora alguna en el pago desaparecería la obligación de tener constituido el aval, produciéndose la cancelación del mismo. Transcurrido el citado plazo TELEFÓNICA DE ESPAÑA procederá a la devolución de la garantía al OPERADOR AUTORIZADO dentro del mes siguiente.*

La garantía establecida responderá del pago de las cantidades efectivamente vencidas e impagadas por OPERADOR AUTORIZADO como consecuencia de la prestación de los servicios objeto del presente Contrato. TELEFÓNICA DE ESPAÑA comunicará previamente a OPERADOR AUTORIZADO la intención de proceder a la ejecución de la garantía en el plazo de cinco días, indicando la cuantía a ejecutar y la causa en que se ampara para ello.



La revisión de la facturación mensual media y de los informes de solvencia será semestral y supondrá la actualización correspondiente de los avales en vigor. TELEFÓNICA DE ESPAÑA devolverá la cantidad entregada por OPERADOR AUTORIZADO en concepto de garantía transcurrido un mes desde la finalización del contrato, una vez comprobado el correcto cumplimiento de las obligaciones de OPERADOR AUTORIZADO.”

Telefónica manifiesta su total desacuerdo con las modificaciones efectuadas en el texto consolidado definitivo en relación con el sistema de fianzas aplicable al servicio MARCo y solicita que se eliminen de la cláusula vigésimo sexta del Contrato tipo (páginas 17 y 18). Fundamenta su disconformidad con dichas modificaciones en los siguientes motivos:

1. El marco regulatorio actual permite que los operadores, por el mero hecho de serlo, puedan dirigirse a Telefónica de España y solicitar la contratación del servicio MARCo.
2. Existe una falta de control de la situación financiera y de solvencia de los operadores con anterioridad a la contratación del servicio MARCo, lo cual requiere que mi representada pueda solicitar avales en caso que se demuestre que el riesgo crediticio es elevado. De este modo, en el régimen modificado y una vez recibida la solicitud de un operador del servicio MARCo, Telefónica de España procede a un riguroso estudio del nivel de riesgo que conlleva contratar con el nuevo Operador. Dicho estudio se realiza conforme a un modelo homogéneo de valoración de Riesgo de Empresas basado en la parametrización de indicadores externos e internos y que da como resultado una valoración del nivel de riesgo individualizado para el operador y establece su probabilidad de impago.
3. En los últimos meses, Telefónica de España ha recibido la petición de acceso a servicios de ofertas mayoristas por parte de una serie de operadores de pequeña entidad con un riesgo crediticio elevado, lo cual deriva en el impago de las facturas giradas por mi representada y en la solicitud por nuestra parte de la desconexión de las redes de ambos operadores.
4. El mecanismo de avales que ha sido modificado es totalmente transparente, objetivo y no discriminatorio, y determina si la solicitud del servicio MARCo se califica como razonable, según la situación financiera y de riesgo de crédito del operador solicitante. Además, dicho régimen modificado simplifica y acorta el proceso de solicitud de medidas de garantía.

A este respecto cabe recordar que la Resolución de 19 de noviembre de 2009 indicaba que *“la Resolución dictada en fecha 2 de julio de 2009, en el expediente MTZ 2008/120, de modificación de las Ofertas Mayoristas en relación con el sistema de penalizaciones existente, ha procedido a modificar distintos apartados de las ofertas mayoristas en vigor, entre los que se encuentra precisamente el sistema de avales que puede exigir Telefónica. Por tanto el contrato tipo analizado deberá adaptarse a los criterios fijados en la citada Resolución, particularmente en cuanto a los requisitos de constitución del aval, que se consolidan en la citada Resolución.”*

En cumplimiento de lo anteriormente dicho esta Comisión realizó las siguientes modificaciones a las que ahora Telefónica se opone:



- En relación a los requisitos necesarios para la constitución del aval.

La Resolución de 19 de noviembre de 2009 establecía la necesidad de que el sistema de avales de la Oferta MARCo, al igual que el resto de ofertas mayoristas, debía regirse por lo establecido en la Resolución de 2 de julio de 2009. En la citada Resolución se establece que los únicos supuestos por los que Telefónica puede exigir la constitución de una garantía de pago o aval debe ser alguno de los siguientes: (i) que la empresa que solicite el servicio se encuentre en situación concursal, o (ii) por impagos o demoras en el pago de 2 facturas emitidas por Telefónica.

No obstante, Telefónica en su recurso manifiesta que en la actualidad existe una falta de control de la situación financiera y de solvencia de los operadores que exige un estudio previo sobre el riesgo crediticio de las empresas que le solicitan el servicio marco. Sobre la base de ello, reclama la posibilidad de poder solicitar aval a aquellas empresas que, tras el estudio antes mencionado (elaborado por una empresa independiente), tengan un riesgo crediticio elevado o su solvencia sea negativa.

Asimismo, estima necesario poder solicitar un aval en aquellos casos en los que se produzca un retraso o un impago en la facturación emitida por Telefónica a un operador.

Dado que Telefónica no introdujo las adaptaciones exigidas en su Oferta MARCo, esta Comisión procedió a incorporar los mismos, de conformidad con la Resolución de 19 de noviembre de 2009.

- En relación con la duración del aval.

Telefónica argumenta en su recurso de 18 de mayo de 2010 que el aval exigible a los operadores debería tener carácter indefinido.

A este respecto cabe indicar que en la Resolución de 19 de noviembre de 2009 se indicó lo siguiente:

“(..) el aval no puede tener un carácter indefinido; en otras ofertas mayoristas (OBA, ORLA y AMLT) el aval es renovado anualmente y se prevé una vigencia total de 18 meses, y si transcurrido dicho plazo de forma consecutiva no se ha producido demora en el pago se cancelará el aval existente. Con anterioridad al expediente MTZ 2008/129, Telefónica propuso una duración de 3 años o de 24 meses en la última revisión de la OIR y por Resolución de 23 de noviembre de 2005 esta Comisión señaló que la duración propuesta era excesiva, con lo cual se decidió no modificar el plazo de 18 meses ya establecido”.

Sobre esta base, en el contrato tipo enviado a Telefónica el 27 de abril de 2010 se eliminó la referencia al carácter indefinido del aval, a fin de ser congruente con la Resolución de 19 de noviembre, incluyendo las siguientes previsiones:

- En cuanto a la renovación: *“la garantía tendría una duración inicial de 12 meses, transcurrido el cual se revisaría de acuerdo con las normas de valoración que se establecen para el caso de constitución de garantías una vez han transcurrido más de 12 meses desde la prestación del servicio de acceso al bucle de abonado”.*
- En cuanto a la vigencia: *“el aval podrá tener un plazo de 18 meses de duración total, en el que transcurrido de forma consecutiva dicho tiempo sin producirse demora*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

alguna en el pago desaparecería la obligación de constituir el aval, produciéndose la cancelación del mismo. Transcurrido el citado plazo TELEFÓNICA DE ESPAÑA procederá a la devolución de la garantía al OPERADOR AUTORIZADO dentro del mes siguiente, debiendo notificarse esta circunstancia a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones."

- En relación con la cuantía del aval.

Telefónica, en su recurso de 18 de mayo de 2010, solicita que los importes de los avales consistan en los importes de los consumos mensuales de los servicios solicitados multiplicados por 6 veces, en caso de nuevos operadores, y de la facturación mensual media de los últimos 6 meses multiplicada por 6, si se trata de operadores existentes.

La Resolución de 19 de noviembre de 2009 ya indicaba que los importes solicitados por Telefónica eran desproporcionados tomando como referencia los avales establecidos en la actualidad en otras ofertas. En consecuencia, se exigió a Telefónica la adaptación de la cuantía de estos avales *"a los criterios establecidos en las demás ofertas mayoristas, entendiéndose razonable por esta Comisión el sistema de aval previsto para el servicio de ubicación de la OBA"*.

Por tanto, las cuantías de los avales del contrato tipo fueron modificadas aplicando los citados criterios.

Por otro lado, cabe indicar que lo manifestado por Telefónica en su recurso de 18 de mayo de 2010 no es congruente con lo argüido por esa entidad en sus alegaciones al informe de audiencia del expediente MTZ 2009/1223. En el citado documento Telefónica puso de manifiesto que *"Una vez analizado en detalle el sistema propuesto por la CMT, si bien dista de la situación deseable por Telefónica que se detalla en la oferta del servicio MARCo, mi representada considera que es aceptable"*. Asimismo, Telefónica no plantea esta cuestión en el posterior recurso de reposición.

Es decir, Telefónica no estimó necesario poner de manifiesto las cuestiones ahora recurridas, ni en el marco del expediente MTZ 2009/1223, ni en el posterior recurso de reposición, dando por buena la propuesta realizada por los servicios de la Comisión en el informe de audiencia así como en la Resolución definitiva.

Tercero.- Sobre otros aspectos de la Oferta que no resultan ajustados a las Resoluciones de esta Comisión de 19 de noviembre de 2009 y de 8 de abril de 2010.

Mediante el acto del Secretario de fecha 27 de abril de 2010 se procedió a modificar el texto consolidado definitivo a los efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto por los Resolves primero y cuarto de las Resoluciones de 19 de noviembre de 2009 y de 8 de abril de 2010. Entre los cambios realizados en el texto presentado por Telefónica tras la primera de las Resoluciones, se encuentra el siguiente:

En la página 5 del Anexo III de la Oferta aparece la relación de SLA¹⁵ aplicables a la provisión del servicio MARCo. Mediante el acto recurrido se introdujeron dos nuevos plazos en dicha tabla para las funcionalidades "Resolución de incidencias de provisión" y "Ampliación de canalizaciones saturadas".

¹⁵ Acuerdos de nivel de servicio o niveles de calidad fijados en cuanto a plazos de provisión del servicio.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Si bien la primera de estas modificaciones respondía a la necesidad de adecuar la Oferta a lo dispuesto por la Resolución de los recursos en su página 64, que exigía la inclusión en la misma de un plazo máximo de 30 días laborables para la resolución de incidencias en la fase de provisión¹⁶, la segunda no responde a ninguno de los requisitos establecidos ni en la Resolución de la Oferta ni en la de los recursos. Es decir, este concreto contenido incorporado a la Oferta mediante el acto recurrido no ha sido aprobado por el Consejo, por lo que no puede formar parte de la Oferta.

Advertido de oficio lo anterior, y puesto que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 113.3 de la LRJPAC *“el órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados”*, esta Comisión debe proceder en el marco del presente procedimiento de revisión a modificar el texto consolidado definitivo suprimiendo de la tabla de niveles de calidad en la provisión del servicio MARCo que aparece en la página 5 del Anexo III de la Oferta el siguiente indicador:

SUC	AMPLIACIÓN DE CANALIZACIONES SATURADAS	SOLICITUD OPERADOR	ELABORACIÓN DEL PROYECTO TÉCNICO	30 DÍAS, CON PARADAS DE RELOJ	TELEFONICA
------------	--	--------------------	----------------------------------	-------------------------------	------------

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE:

Único.- Estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra el acto del Secretario de esta Comisión, de fecha 27 de abril de 2010, mediante el cual se remite a esta entidad el texto consolidado definitivo de su Oferta de referencia para el servicio de acceso a conductos y registros una vez incorporadas las modificaciones aprobadas por esta Comisión y, en consecuencia, modificar el texto consolidado de dicha Oferta en los términos señalados a continuación, tal y como se expone en los apartados que se indican del Fundamento jurídico-material segundo y tercero de la presente Resolución:

- Apartado 3 del Fundamento jurídico-material segundo de la presente Resolución: deberá modificarse la tabla que aparece en la página 9 (apartado 3.2. Normas de actuación cuando hay escasez de espacio) del Anexo I de la Oferta MARCo (Normativa técnica de compartición de infraestructuras) para recoger en la primera columna de la misma la cifra “>20” en lugar de “<20”, de forma que figure la siguiente la tabla:

¹⁶ “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.”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

- Apartado 4 del Fundamento jurídico-material segundo de la presente Resolución: deberán modificarse todas las referencias hechas en el texto consolidado definitivo de la Oferta MARCo a “superficie útil” por la expresión “sección útil”.
- Apartado 10 del Fundamento jurídico-material segundo de la presente Resolución: deberá eliminarse de la tabla “Plazos medios de provisión” que aparece en la página 6 (apartado 4.1. Informes trimestrales para la Comisión) del Anexo III de la Oferta MARCo (Procedimientos de comunicación postventa) el siguiente indicador:

Realización de replanteo en despliegue de FTTH propio	T0	Replanteo realizado				
---	----	---------------------	--	--	--	--

En su lugar deberá añadirse el siguiente indicador:

Realización de despliegue de FTTH propio	Inicio trabajos	Instalación realizada				
--	-----------------	-----------------------	--	--	--	--

- Fundamento jurídico-material tercero de la presente Resolución: deberá suprimirse de la tabla de niveles de calidad en la provisión del servicio MARCo, que aparece en la página 5 del Anexo III de la Oferta MARCo (Procedimientos de comunicación postventa) el siguiente indicador:

SUC	AMPLIACIÓN DE CANALIZACIONES SATURADAS	SOLICITUD OPERADOR	ELABORACIÓN DEL PROYECTO TÉCNICO	30 DÍAS, CON PARADAS DE RELOJ	TELEFONICA
------------	--	--------------------	----------------------------------	-------------------------------	------------

Telefónica de España, S.A.U. deberá incorporar directamente los cambios resultantes de la presente Resolución en la versión del texto consolidado definitivo de su Oferta MARCo remitida por esta Comisión mediante el acto recurrido en el plazo máximo de 5 días naturales desde la notificación de la misma, y actualizar la versión del texto que aparece actualmente colgada en su página web.

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.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.