



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión num. 24/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 26 de junio de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la Resolución de 26 de junio de 2008, recaída en el expediente AJ 2008/103:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTEPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE ESTA COMISIÓN DE FECHA 20 DE DICIEMBRE DE 2007, RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE MTZ 2007/219, RELATIVA A LA APROBACIÓN DE LA ORLA.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 20 de diciembre de 2007, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución relativa a la aprobación de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas (ORLA) de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (MTZ 2007/219).

A través del Resuelve de la citada Resolución, esta Comisión decidió lo siguiente:

***“Primero.-** Aprobar como texto para la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas Terminales del operador declarado con PSM en el mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor el texto presentado como Anexo. La Oferta entrará en vigor desde el día siguiente a la publicación de la Resolución en el Boletín Oficial del Estado.*

***Segundo.-** En el plazo de tres días hábiles desde la entrada en vigor de la presente Resolución, Telefónica deberá publicar la nueva ORLA en su servidor hipertextual "<http://www.telefonicaonline.es>".*

***Tercero.-** Telefónica aportará a esta Comisión el Cuerpo Principal y Anexos del Acuerdo General de Líneas Alquiladas Terminales (AGLA) y los Addenda de cada uno de los servicios contenidos en la ORLA en los términos de la presente Resolución. Los textos aportados quedarán depositados en esta Comisión y serán publicados en las páginas web tanto de esta Comisión como*





COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de Telefónica, sin perjuicio de las competencias de esta Comisión para el examen y, en su caso, modificación de los textos presentados por Telefónica.

Las cláusulas y condiciones que formen parte de los textos que presente Telefónica conforme a lo dispuesto en la presente Resolución que resulten contrarias a los términos de la ORLA se tendrán por no puestas hasta tanto esta Comisión no se pronuncie sobre la adecuación de cada uno de los textos aportados.

La aceptación por parte de un Operador entrante del contenido de cualquiera de los términos de la ORLA o de los textos presentados por Telefónica en cumplimiento de la presente Resolución, supondrá la aplicación automática e incondicional del objeto de la aceptación desde la fecha en que Telefónica tuviera conocimiento de ésta. En los cinco días laborables siguientes a la fecha en la que Telefónica tenga conocimiento de la aceptación, Telefónica y el Operador interesado formalizarán por escrito el texto que corresponda con el objeto de la aceptación.

Cuarto. *Declarar que la ORLA es un contrato de adhesión que se perfecciona por la simple aceptación de sus términos por parte de los Operadores interesados. La aceptación de cualquiera de los términos de la ORLA por el Operador interesado supone la aceptación del Contrato-tipo de la misma y, en su caso, la adaptación del Addenda del servicio de interconexión de circuitos en vigor entre Telefónica y el Operador interesado a los términos del citado Contrato-tipo.*

Quinto.- *Telefónica no podrá vincular, en ningún caso, la eficacia de la aceptación de los términos del Addenda que desarrolle un determinado servicio a la aceptación por parte del Operador entrante de las condiciones de prestación de otro u otros servicios, estén o no contenidos en la ORLA.*

Sexto.- *En el plazo de tres meses a contar desde la entrada en vigor de esta Resolución, Telefónica deberá atender las peticiones de constitución de PdIC Ethernet (de cualquier modalidad).*

Séptimo.- *En el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de la presente Resolución, Telefónica deberá atender las solicitudes del servicio de enlace a cliente con interfaces Ethernet e incorporar en el SGO los servicios de líneas alquiladas mayoristas Ethernet.*

Octavo.- *Telefónica remitirá periódicamente a esta Comisión mediante correo electrónico a la dirección "orla@cmt.es", la información especificada en el apartado II.21 de esta Resolución, en formato de hoja de cálculo procesable, tanto para las líneas alquiladas terminales con interfaces tradicionales como Ethernet. Los envíos de la información se realizarán antes de doce días a partir del vencimiento del período objeto del envío. La información relativa a las líneas alquiladas terminales con interfaces tradicionales se enviará de forma trimestral y la relativa a las líneas Ethernet de forma mensual.*

Si del análisis de dicha información o ante la denuncia de los operadores se verifica la existencia de problemas relevantes en la provisión de los servicios de





COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la ORLA, la CMT podrá acordar la constitución de una Unidad de Seguimiento y Asesoramiento similar a la existente para el acceso desagregado al bucle.

Noveno.- Telefónica deberá hacer públicos para los operadores usuarios del servicio y para la CMT los precios de su oferta minorista Ethernet (MetroLAN) incluyendo todos los descuentos estándar existentes. Asimismo, deberá comunicar a los operadores usuarios del servicio y a la CMT con un mínimo de un mes de antelación a su aplicación/comercialización efectiva cualquier modificación de precios (incluyendo los descuentos) de su oferta minorista MetroLAN y los nuevos precios mayoristas consecuencia de los mismos. Pasado dicho plazo sin oposición de la CMT, se entenderá aceptada la propuesta de precios mayorista, sin perjuicio de las potestades de intervención posterior de la CMT.

Décimo.- Telefónica deberá enviar de forma mensual a los operadores usuarios del servicio y a la CMT, el listado de cobertura de la oferta mayorista Ethernet, que deberá ser un fiel reflejo de la situación a nivel minorista. Cualquier cambio deberá ser informado por Telefónica con un mes de antelación a su aplicación/comercialización efectiva.”

SEGUNDO.- Con fecha 29 de enero de 2008, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por el representante de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU), en virtud del cual interpone recurso de reposición contra la citada Resolución de fecha 20 de diciembre de 2007.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la Resolución impugnada solicitando la nulidad de pleno derecho conforme se determinan en los apartados 1 y 2 del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), y se proceda a su subsanación modificando la ORLA actualmente en vigor, en el sentido en que indica TESAU en su recurso de reposición.

Los motivos por los que solicita la nulidad de pleno derecho de la ORLA se fundamentan básicamente en la falta de objetividad, transparencia, proporcionalidad, no discriminación y motivación, así como por falta de congruencia en las siguientes decisiones de esta Comisión establecidas en la Resolución ahora recurrida y por la que se aprobó la ORLA:

- a) Sobre los parámetros de calidad específicos para las líneas Ethernet establecidos en la ORLA.

Según la recurrente, los parámetros de calidad específicos exigidos en la ORLA para las líneas Ethernet relativos a la tasa de pérdida de paquetes, porcentaje de ancho de banda de la interfaz garantizada, retardo de transmisión de trama, jitter máximo y tamaño máximo de trama Ethernet soportado (MTU) son contrarios a los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel en cuanto que consideran que dichos parámetros, no promueven una inversión eficiente en materia de infraestructuras fomentando la innovación además de no corresponder, dichos parámetros, con el servicio para el que están previstos y con el precio establecido para los mismos. Por último, sostiene TESAU que esta Comisión no ha tenido en cuenta la componente de transporte con el





COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consecuente resultado de aprobar un precio mayorista a partir del precio minorista de TESAU por los servicios recogidos en la ORLA.

TESAU considera que esta Comisión ha de modificar estos parámetros flexibilizándolos para que de esa manera, no se le obligue necesariamente a utilizar una solución tecnológica determinada, solución que pueda resultar ineficiente provocándole pérdidas injustificadas y desproporcionadas. Esta consideración la basa TESAU en que las condiciones de prestación de este servicio mayorista deberían permitir a los operadores alternativos la replicabilidad de la oferta minorista de TESAU pero en igualdad de condiciones y sin discriminación respecto al servicio minorista ofrecido por la propia TESAU.

b) Sobre los plazos establecidos en la ORLA para la provisión de servicio de enlace a cliente.

TESAU considera que aunque esta Comisión aumentó estos plazos respecto al Informe Técnico de Audiencia, para algunos servicios los plazos finalmente aprobados resultan insuficientes para posibilitar la provisión de los servicios tal y como se expone en el informe elaborado por AENOR a solicitud de TESAU. La recurrente continúa exponiendo que para establecer los plazos de provisión de circuitos, se debería de tener en cuenta la situación real existente en el correspondiente servicio minorista que ofrece a sus clientes finales. En este sentido insiste en solicitar que se amplíen los plazos de provisión de servicio, de 60 días a 90 días, en concreto, para los circuitos tradicionales de 34 Mbit/s y 155 Mbit/s.

Finalmente, y en relación con lo anterior, TESAU califica la determinación de los plazos establecidos como una vulneración del artículo 89.1 y 54 de la LRJPAC además de incurrir en una incongruencia omisiva al no justificar de manera suficiente esta decisión por lo que la misma resulta nula.

c) Sobre la modificación de los precios del servicio de enlace a cliente de los circuitos alquilados sobre interfaces tradicionales.

La bajada generalizada de estos precios establecidos en la ORLA respecto a los vigentes hasta ahora y recogidos en la OIR, a juicio de TESAU, resulta injustificada y desproporcionada. Indica la recurrente que esta Comisión, en el momento de fijar los nuevos precios, no ha tenido en cuenta el efecto de los descuentos por concentración por lo que el precio efectivo para el operador resulta inferior al nominal. Alega que el hecho de que la Comisión no haya tenido en cuenta los descuentos adicionales preexistentes a la ORLA, resulta incoherente con anteriores decisiones de esta Comisión en las que sí se reconoció su existencia, incoherente a su vez con la situación de la contabilidad analítica de TESAU y, también, incoherente con la evaluación comparativa de la Comisión Europea. La recurrente indica que estas reducciones suponen, respecto a los precios vigentes hasta la aprobación de la ORLA, las siguientes reducciones (incluyendo el efecto del alta mensualizada a dos años, utilizando la distribución de circuitos por distancias facilitada por TESAU):

- nx64 Kbit/s (n>0): reducción media entorno al 38%.
- 2 Mbit/s: reducción media entorno al 33%.
- 34 y 155 Mbit/s: reducción media entorno al 47%.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Insiste en que estos nuevos precios se traducen a su vez, en impactos importantes en sus ingresos atendiendo al tipo de circuitos, impactos que oscilan entre el 40% y más del 50%.

Finalmente, indica que en concreto, los descuentos por concentración en central local del extremo del cliente y por concentración en el domicilio del cliente final reconocidos en la OIR, son inexistentes en otros mercados europeos además de que la Comisión Europea nunca los ha mencionado ni los tuvo en cuenta en su Recomendación de 29 de marzo de 2005 sobre el suministro de líneas arrendadas en la Unión Europea (Parte 2 - aspectos relativos a la fijación de las tarifas de los circuitos parciales de líneas arrendadas al por mayor).

d) Sobre las penalizaciones.

i) Sobre la no fijación de un límite para la penalización por retraso en el plazo de provisión del servicio.

TESAU solicita que se establezca un límite de una cuota de abono a las penalizaciones por retraso en el plazo de provisión. Esta solicitud la fundamenta en que la decisión finalmente adoptada en la ORLA de no incluir estos límites solicitados, no se ha motivado correctamente. En respaldo de su solicitud desatendida por esta Comisión, expone que de la comparativa con otros países europeos al respecto (4 países de 8), en aquellos países en los que no se han establecido los límites a las penalizaciones solicitados, las cuantías de estas últimas son muy inferiores a las establecidas en la ORLA teniendo en cuenta el precio superior que suponen las cuotas de alta respecto a las cuotas mensuales.

ii) Sobre la doble penalización por retrasos en provisión.

TESAU considera que el sistema de doble penalización supone un incumplimiento manifiesto del principio *non bis in idem* resultando por ello, contrario al ordenamiento jurídico generando un enriquecimiento injusto a favor del operador beneficiario y un detrimento económico para la propia recurrente, siendo por tanto, contrario a los principios rectores de la compensación de daños, es decir, de mantener indemne a quien ha sufrido los daños, no de enriquecerle produciendo con ello, un abuso de derecho por parte de los operadores y prohibido por el artículo 7.2 del Código Civil.

Así pues, TESAU considera inadmisibles el que esta Comisión presuma su incumplimiento y valora como inadecuado este sistema adoptado por esta Comisión dado que si el objetivo perseguido con esta medida era el de evitar que TESAU haga un uso excesivo del plazo extendido, la CMT dispone de facultades suficientes para intervenir de manera distinta y conforme al ordenamiento jurídico.

e) Sobre la reutilización de infraestructuras OBA.

Que la previsión de reutilizar infraestructuras de entrega de señal de un operador coubicado para la constitución de un Punto de Interconexión (PdI)





COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

óptico o eléctrico en dependencias de TESAU es una extralimitación de lo establecido en la definición del alcance del servicio de ubicación en las centrales de TESAU recogida en la Resolución por la que se aprobó la definición y análisis del Mercado 11 (AEM 2005/1451) puesto que dicha obligación, a juicio de la recurrente, sobrepasa el alcance que se le ha dado, en la Resolución ahora recurrida, al servicio de ubicación.

Por otro lado, considera que el uso de las salas de operadores (SdO) recogido en la OBA para servicios propios de la ORLA, resulta contradictorio con el cumplimiento de la OBA en cuanto a que esta última oferta establece que las SdO estarán destinadas en exclusiva al acceso, en sus distintas modalidades, al bucle de abonado. A su vez, advierte de que esta modalidad de uso de las SdO, puede acarrear situaciones de conflicto entre operadores por la falta de espacio en dichas salas.

- f) Sobre la necesidad de establecer un plazo para la implantación y puesta en marcha del nuevo Pdl óptico en dependencias de TESAU.

La ORLA establece que TESAU deberá atender las peticiones de Pdl Ethernet de cualquier modalidad en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de dicha Oferta Pública de Referencia. Sobre las peticiones de Pdl de interfaces tradicionales, en la ORLA se establece que deberán ser atendidas dichas peticiones desde la entrada en vigor de la Oferta de Referencia. Respecto a este último punto, considera imposible su cumplimiento en dicho plazo igualándose el mismo al establecido para los circuitos Ethernet (3 meses). En este sentido, TESAU solicitó en su recurso a través de Otrosí, la suspensión de esta obligación al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2 apartados a) y b) de la LRJPAC, esto es, que la ejecución de la Resolución impugnada puede causar perjuicios de imposible o difícil reparación, y por fundamentarse la impugnación en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 y 62.2 de la LRJPAC.

- g) Sobre el procedimiento de resolución de incidencias.

- i) Presencia de un técnico de operador en domicilio del cliente.

TESAU opina que la modificación sobre el procedimiento de resolución de incidencias introducida en la ORLA en cuanto a que ahora no es imprescindible la presencia de un técnico del operador en el domicilio del cliente, salvo cuando TESAU lo solicite de manera justificada y que, en aquellos casos en los que se desplace el técnico, TESAU no podrá reclamar penalizaciones por avería inexistente, resulta nulo de pleno derecho al haberse separado esta decisión del Informe de Audiencia. A su vez, considera que dicho sistema es ineficiente para resolver las incidencias al requerir de una coordinación entre los técnicos de TESAU y los del operador alternativo además de ser susceptible de producir numerosos conflictos entre operadores por fallos en la coordinación antes descrita y porque TESAU podría no llamar al técnico del operador alternativo y emitirle un facturable por falsa avería que además, si la misma no se resolviese al hallarse la avería en la red del operador alternativo, se estaría incurriendo en un supuesto penalizable para ella por retraso en la resolución de la misma.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otro lado, respecto a la imposibilidad de TESAU de reclamar al operador cuando un técnico de este último se haya desplazado, así como se desplazó el técnico de TESAU para reparar una avería inexistente en su red, resulta discriminatorio, extemporáneo, desproporcionado y contrario a lo establecido por esta Comisión en la Resolución de la ORLA (pg. 48) en donde reconoce que para atender una notificación de incidencia, TESAU necesitará destinar recursos técnicos y humanos para su resolución o para determinar si la avería se halla en la red del operador alternativo.

En virtud de todo lo anterior, solicita que se vuelva a adoptar el procedimiento de resolución de averías recogido en la OIR de 2005 y declarar la modificación del mismo como nulo de pleno derecho por separarse del Informe de Audiencia sin la motivación suficiente en línea con lo dispuesto en el artículo 54 de la LRJPAC.

ii) Diagnóstico de averías.

TESAU expresa haberse sorprendido al haberle sido impuesta, en la Resolución ORLA, una nueva obligación que no figuraba en el informe del trámite de audiencia. Obligación consistente en que deberá de comunicar al operador el diagnóstico de la avería así como la hora prevista de reparación, obligación que tendrá que cumplir dentro del plazo de que dispone para la resolución de la avería. Considera que esta nueva obligación resultará ser ineficaz puesto que afectará a los tiempos de resolución de averías al entorpecer esos procedimientos debido a que añade a los mismos, un trabajo adicional a realizar por los técnicos de TESAU.

TERCERO.- Mediante escrito del Secretario de la Comisión de fecha 6 de febrero de 2008 (con fecha de salida del Registro de 8 de febrero), se puso en conocimiento de todos los interesados la apertura del procedimiento para la resolución del recurso, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC.

CUARTO.- Con fecha 21 de febrero de 2008, el Consejo de la Comisión dictó Resolución en relación con la solicitud de TESAU de suspender la ejecución de lo dispuesto en el apartado primero del resuelve de la Resolución ahora impugnada y por el que se da contestación al motivo de impugnación f) expuesto en el Antecedente de Hecho SEGUNDO.

En aquella Resolución, tras constatarse que no concurren ninguna de las circunstancias previstas en las letras a) y b) del artículo 111.2 de la LRJPAC, el Consejo de esta Comisión acordó lo siguiente:

“Desestimar la solicitud de suspensión del plazo previsto desde el cual deberá atender TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. las solicitudes de puntos de interconexión de circuitos ópticos en circuitos tradicionales ratificando el plazo previsto al efecto en la Resolución de esta Comisión, de 20 de diciembre de 2007, relativa a la aprobación de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

terminales de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. (MTZ 2007/219), siendo plenamente eficaz desde que fue notificada a los interesados.”

QUINTO.- Con fecha 3 de marzo de 2008 tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de alegaciones al presente expediente de la Asociación de Empresas de Operadores y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL).

En su escrito de alegaciones, ASTEL manifiesta su disconformidad con lo expuesto en el escrito de recurso de TESAU en el siguiente sentido:

a) Los parámetros de calidad específicos para las líneas Ethernet establecidos en la ORLA.

- ASTEL considera inadmisibles que TESAU pretenda una modificación de los parámetros de tal manera que estos resultarían ser los parámetros exigibles para servicios de nivel 2 o de servicio de Ethernet sobre SDH siendo que, el servicio para el que se han determinado estos parámetros es el de líneas terminales con interfaces Ethernet (al que se refieren como “Ethernet nativo”), servicio considerado como de nivel 1 con sus correspondientes niveles de calidad exigibles. En cuanto al comentario de TESAU consistente en que si esta Comisión procediera a modificar los parámetros de calidad tal y como lo solicita la recurrente, esta última podría prestar a los operadores un servicio de Ethernet de nivel 2, en caso de proceder tal y como solicita TESAU en dicho comentario, se incumpliría la Resolución del mercado 13¹, mercado que corresponde a servicios de nivel 1. A su vez, en caso de observar dicho comentario, se impediría competir al resto de operadores al no disponer de un servicio mayorista de calidad suficiente para poder ofrecer un servicio minorista diferenciado del ofrecido por TESAU.
- Consideran inadmisibles que TESAU solicite que en la medida en que los parámetros de calidad exigibles aumentan, el precio por la prestación de estos servicios debería reducirse proporcionalmente. Entiende ASTEL que los parámetros de calidad no se han aumentado sino que se ajustan a los parámetros exigibles para los servicios de nivel 1 por lo que no se puede pretender que se regulen precios de nivel 2 para estos servicios.

b) Sobre los plazos establecidos en la ORLA para la provisión de servicio de enlace a cliente.

- ASTEL considera que dichos plazos ya fueron ampliados significativamente en la Resolución finalmente adoptada por la que se aprobó la ORLA. Por ejemplo, para los circuitos de 34 Mbit/s, se ha adoptado un plazo de entrega (60 días) que está por encima de los 52 días considerados por la Comisión Europea en su Recomendación² sobre circuitos de 34 Mbit/s por lo que, aceptar plazos superiores, resultaría desproporcionado y excesivo.
- Que teniendo en cuenta que TESAU dispone de un plazo de 6 meses desde la entrada en vigor de la ORLA para aceptar peticiones de enlace a cliente,

¹ Resolución del Consejo de esta Comisión de 23 de noviembre de 2006, (AEM 2005/1456, publicada en el BOE número 298 de 14 de diciembre de 2006).

² Recomendación de la Comisión de 21 de enero de 2005, sobre el suministro de circuitos parciales en la Unión Europea [notificada con el número C(2005) 103] (2005/57/CE)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conceder un plazo adicional de entrega de 30 días (quedaría en 90 días), agravaría aún más la desventaja competitiva de los operadores frente al servicio minorista Ethernet que TESAU viene ofreciendo desde el año 2003.

c) Sobre la modificación de los precios del servicio de enlace a cliente de los circuitos alquilados sobre interfaces tradicionales.

Al respecto, ASTEL en su escrito de alegaciones considera que TESAU reitera su alegación con el mismo argumento ya analizado en el trámite de audiencia por lo que la Comisión ya ha cuantificado los descuentos preexistentes en la OIR. A su vez, no considera como desproporcionados la modificación de los precios en vistas de que se sitúan en línea con los precios propuestos por la Comisión Europea desde hace 3 años en su Recomendación de 29 de marzo de 2005 sobre el suministro de líneas arrendadas en la Unión Europea. Finalmente recuerda que la obligación de orientación a costes de este tipo de líneas se halla vigente desde la Resolución de esta Comisión de 23 de noviembre de 2006, y que no ha sido sino hasta la aprobación de la ORLA el momento en que dicha obligación se ha hecho efectiva o se le ha dotado de contenido.

d) Sobre las penalizaciones.

i) Sobre la no fijación de un límite para la penalización por retraso en el plazo de provisión del servicio.

Al respecto, ASTEL destaca la sustancial reducción en la cuantía de las penalizaciones adoptadas en la ORLA asimilándolas a las penalizaciones establecidas en la OBA para la prolongación del par por lo que admitir una nueva reducción, sería perjudicial pues desincentivaría a TESAU para cumplir con sus obligación de provisión en los plazos establecidos.

ii) Sobre la doble penalización por retrasos en provisión.

ASTEL expresa que la consideración de TESAU de la vulneración del principio del *non bis in idem* con el establecimiento de doble penalización

prevista en la ORLA, es inadecuada dado que no cabe invocar este principio en el ámbito de medidas de carácter coercitivo o incentivador dado que dicho principio queda proscrito al ámbito de las sanciones administrativas. Por otro lado, consideran que el sistema de doble penalización es una medida proporcional a los objetivos perseguidos.

e) Sobre la reutilización de infraestructuras OBA.

ASTEL entiende que la Resolución del mercado 11 ni limita ni impide la reutilización de infraestructuras OBA. La previsión de reutilización de la ORLA cumple con el principio de uso eficiente de recursos recogidos en la LGTel al regular las infraestructuras asociadas a un mercado regulado como el del mercado 11, de tal manera que esas infraestructuras u otras paralelas e independientes, se puedan reutilizar para servicios distintos de los estrictamente incluidos dentro de la OBA.





COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- f) Sobre el procedimiento de resolución de incidencias: presencia de un técnico de operador en domicilio del cliente y el diagnóstico de averías.

ASTEL considera que si en la práctica TESAU excluía la presencia de técnico del operador en el domicilio del cliente para resolver las incidencias, el que la ORLA adopte esta realidad, no puede ser causa para que TESAU argumente que esta exclusión le puede causar problemas.

El que la Resolución final de la ORLA se desvíe del informe de los servicios en el trámite de audiencia, no vicia de nulidad a la Resolución tal y como esta Comisión y los Tribunales se han manifestado reiteradamente. Por otro lado, ASTEL considera que TESAU solo sostiene esta argumentación en aquellos aspectos que le perjudican y no en aquellos que le benefician como es el incremento de precios sobre la propuesta de los servicios.

Sobre la ineficiencia manifestada por TESAU producida por la necesidad de coordinación entre los técnicos de TESAU y los del operador alternativo para la resolución final de la incidencia, ASTEL considera en el mismo sentido en que tal medida resulta absurda. ASTEL coincide con TESAU al apreciar que una avería inexistente es difícilmente penalizable dado que si el operador no envía un técnico tras constatarse que la avería no se haya en la red de TESAU, el perjudicado realmente será el operador pues detrás del servicio existe un cliente que probablemente se migre a otro operador que pueda resolverle la avería de manera más eficaz.

SEXTO.- Con fecha 5 de marzo de 2008, tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de alegaciones al presente expediente de France Telecom de España, S.A. (en adelante, ORANGE).

Las alegaciones presentadas por ORANGE son las siguientes:

- a) Los parámetros de calidad específicos para las líneas Ethernet establecidos en la ORLA.
- Que la regulación establecida en la ORLA es coherente con los objetivos perseguidos por la LGTel. En caso de modificar los parámetros tal y como lo solicita TESAU, esa coherencia se perdería dado que la solución de servicios de nivel 1 con capacidad garantizada (que por otra parte, fue la propia TESAU quien lo propuso), se corresponde con la definición contemplada en el análisis del mercado 13.
 - Que la razón verdadera de esta solicitud de TESAU en vía de recurso, es la forma de determinación del precio, bajo la premisa de un Retail Minus sobre su servicio minorista, en lo que respecta al precio incremental por distancia; además, TESAU no argumenta que el precio propuesto le genere algún perjuicio en el sentido de que no se cubran los costes incurridos a causa de la obligación de prestación del servicio mayorista.
 - Que si en su propuesta TESAU se ofreció a prestar servicios de nivel 1 con sus correspondientes parámetros de calidad dentro de su oferta de servicios mayoristas, se deduce incoherente su solicitud de reducción en los parámetros de calidad bajo la excusa de que su servicio minorista no cumple con los niveles de calidad de nivel 1 (cuestión esta última que también pone en duda



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ORANGE en vista de los niveles de calidad que exigen los servicios ofertados a nivel minorista por TESAU como son los niveles que exigen servicios como por ejemplo, "Imagenio".)

- Carece de sentido la pretensión de TESAU de pretender extender a Ethernet los precios que caracterizan a la tecnología SDH, cuando es de sobra conocida la eficiencia de costes que conlleva la tecnología Ethernet.
- b) Sobre los plazos establecidos en la ORLA para la provisión de servicio de enlace a cliente.

Orange considera, acerca de la solicitud de TESAU de ampliar el plazo para la provisión del servicio de enlace a cliente para los circuitos tradicionales de 34 Mbit/s y 155 Mbit/s, que la misma está injustificada en vista de que los plazos ya han sido aumentados en la ORLA, de que TESAU ya dispone de un plazo de 6 meses desde la entrada en vigor de la ORLA para adecuar la provisión del servicio en el tiempo establecido y, de que el plazo finalmente adoptado resulta superior al plazo recomendado por la Comisión Europea en su Recomendación respecto a los circuitos de 34 Mbit/s.

- c) Sobre la modificación de los precios del servicio de enlace a cliente de los circuitos alquilados sobre interfaces tradicionales.

ORANGE entiende esta modificación como coherente con los costes de los servicios según se desprende de la contabilidad de TESAU. A su vez, que no estima incompatible el mantenimiento de los descuentos por concentración de central, en domicilio de cliente y la reducción de precios propuesta.

- d) Sobre las penalizaciones.

- i) Sobre la no fijación de un límite para la penalización por retraso en el plazo de provisión del servicio.

ORANGE considera que las penalizaciones finalmente establecidas en la ORLA se asimilan al régimen recogido en las demás ofertas públicas de referencia reguladas por esta Comisión y que estas penalizaciones deberán permanecer por su función de disuasión más que de penalización. Considera que en caso de establecerse límites a estas penalizaciones, TESAU no estaría incentivada para cumplir en plazo con la provisión de sus servicios dado el escaso daño que le producen al incumbente los montos por penalización. Esta situación, conllevaría graves perjuicios a la competencia ya que los retrasos en que incurriría TESAU, inciden directamente en la percepción que los usuarios finales tienen de los operadores alternativos, hecho que a su vez acarrea beneficios para TESAU.

- ii) Sobre la doble penalización por retrasos en provisión.

Indica que el principio del *non bis in idem* se aplica en el ámbito penal y sobre las sanciones administrativas. En este caso, se trata de indemnizaciones a los operadores por lo que no estamos en ninguno de los casos. Además, para apreciar el principio, se ha de constatar que existe





COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

una identidad de hecho, sujeto y fundamento por lo que el fundamento para cada una de las penalizaciones, es distinto.

e) Sobre la reutilización de infraestructuras OBA.

Al respecto, ORANGE considera que lo que establece la ORLA es el uso de un espacio ya determinado para la coubicación sujetándose a unos límites concretos tal y como se dispone en la OBA tal y como puede ser el uso de ese espacio para la prestación de servicios diferentes facilitando la conexión de la red del operador coubicado sin necesidad de utilizar el transporte de TESAU. En defensa de esto, ORANGE entiende que la ORLA es una oferta de capacidad garantizada, intermedia entre la OBA y la OIBA, entonces, si es posible compartir la entrega de señal para la OBA y la OIBA, asimismo queda plenamente justificada la compartición de mecanismos de entrega de señal para los servicios de la ORLA y la OBA.

f) Sobre el procedimiento de resolución de incidencias: presencia de un técnico de operador en domicilio del cliente y el diagnóstico de averías.

ORANGE considera inaceptable la pretensión de TESAU puesto que la presencia de un técnico de TESAU en el domicilio del cliente, solo se da cuando el operador alternativo ha verificado que el problema no reside en la parte de red bajo su responsabilidad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

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

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), las resoluciones de la Comisión ponen fin a la vía administrativa por lo que, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito presentado por TESAU como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de 20 de diciembre de 2007, del Consejo de la Comisión relativa a la aprobación de la ORLA de TESAU (MTZ 2007/219).





COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

En el escrito de TESAU en virtud del cual interpone recurso de reposición contra la Resolución de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007.

En aquella Resolución se acordó aprobar la ORLA que TESAU había presentado en cumplimiento de su obligación de proporcionar servicios mayoristas de líneas alquiladas terminales a todos los operadores a precios regulados y de la obligación de transparencia tal y como establece esta Comisión en su Resolución de 23 de noviembre de 2006, (AEM 2005/1456, publicada en el BOE número 298 de 14 de diciembre de 2006) por la que se aprobó la definición y análisis de los mercados de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor y segmentos troncales de líneas arrendadas al por mayor, la designación de TESAU como el operador con poder significativo en el mercado (en adelante, PSM), y la imposición de obligaciones a la recurrente en dicho mercado.

En atención a lo anterior, TESAU ostenta la condición de interesada recurrente en la presente fase de recurso.

TERCERO.- Admisión a trámite.

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 pretensión de la recurrente de que se declare la nulidad de pleno derecho de distintos apartados de la Resolución de 20 de diciembre de 2007 se ejercita, tal y como consta en el solicita de su escrito, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62 de la LRJPAC para que, en los términos solicitados en el presente escrito de recurso de reposición, se modifique la ORLA actualmente en vigor.

De igual modo, el artículo 107.1 de la LRJPAC establece como requisito de los recursos administrativos que los mismos se interpongan contra resoluciones o 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. En este caso, el recurso ha sido interpuesto por TESAU contra una Resolución de esta Comisión que terminó un procedimiento.

Por todo lo anterior, y habida cuenta de que el recurso de reposición presentado por TESAU cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, procede su admisión a trámite en cuanto se refiere a la impugnación de las decisiones adoptadas en la Resolución de esta Comisión de 20 de diciembre de 2007 (MTZ 2007/219), por la que se aprobó la ORLA de TESAU.

CUARTO.- Competencia para resolver.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el mencionado recurso de reposición, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre los parámetros de calidad específicos para las líneas Ethernet establecidos en la ORLA.

TESAU considera que ha de declararse la Resolución recurrida como nula de pleno derecho en virtud del artículo 62.1 a) de la LRJPAC al considerar, la recurrente, que los parámetros de calidad aprobados en la ORLA, resultan desproporcionados para el servicio para el que se han previsto, esto es, servicios de nivel 1 y, fundamentalmente, para el precio aprobado. TESAU considera que dichos parámetros de calidad son contrarios a los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel y con los principios generales aplicables al acceso a las redes, a los recursos asociados y a su interconexión, en concreto, con lo establecido por el artículo 11.5 de la LGTel, es decir, que las obligaciones que imponga esta Comisión habrán de ser objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias.

TESAU considera que los parámetros de calidad que ha de cumplir TESAU en la provisión de los servicios de líneas Ethernet, de acuerdo con la Oferta de Referencia aprobada, además de resultar desproporcionados, la observancia de los mismos, le es económicamente inviable. TESAU destaca que los parámetros actualmente vigentes resultan en tal forma excesivos, que ni tan siquiera la propia TESAU puede autoprestarse estos servicios con estos parámetros y mucho menos garantizarlos, situación que a su vez conlleva un trato discriminatorio respecto a la propia TESAU.

Hace especial hincapié en el hecho de que, a su juicio, esta Comisión no ha tenido en cuenta la componente de transporte puesto que a medida que se incrementa la distancia del enlace, los costes de TESAU se incrementan proporcionalmente. Así pues, la aprobación de unos precios sin tener en cuenta dicho componente, ha supuesto la aprobación de un precio mayorista a partir del precio minorista de TESAU, esto es, el precio del servicio MetroLAN de TESAU.

A su vez, añade que los parámetros de calidad ahora impugnados, van en contra del principio de neutralidad tecnológica puesto que obligan a TESAU a usar una tecnología determinada, esto es, ofertar servicios de nivel 1 impidiendo la solución con tecnologías distintas como pueden ser servicios de líneas Ethernet sobre SDH o servicios de líneas Ethernet de nivel 2.

Para considerar estas alegaciones, es conveniente, en primer lugar, analizar si el conjunto de los parámetros de calidad establecidos y ahora impugnados, resultan apropiados en relación con el servicio para el que están previstos y, en base a dicho análisis, se procederá a valorar las afirmaciones de TESAU respecto a:

- Si lo con los parámetros establecidos se vulnera el principio de neutralidad tecnológica.
- Si esta Comisión no ha tenido en cuenta la componente de transporte.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Y finalmente, se contestarán a las alegaciones realizadas en concreto respecto de cada uno de los parámetros de calidad actualmente vigentes.

a) **Sobre la correspondencia de los parámetros de calidad con el servicio de líneas Ethernet propuesto por TESAU.**

En la Resolución del Consejo de esta Comisión de 23 de noviembre de 2006, Resolución por la que se definió y analizó el mercado 13 y 14³ y se identificó a TESAU como el operador con poder significativo de mercado imponiéndole determinadas obligaciones. Pues bien, en dicha Resolución, esta Comisión definió los mismos de la siguiente manera:

“- Mercado mayorista de líneas alquiladas terminales como aquél en el que se suministra capacidad de transmisión simétrica y sin funcionalidades de conmutación que el usuario pueda controlar entre un nodo y el domicilio de un cliente del operador demandante del servicio. Asimismo, están incluidos en este mercado los accesos a una red de datos soportados sobre determinadas interfaces alternativas, tales como Ethernet.

- Mercado mayorista de líneas alquiladas troncales como aquél en el que se suministra capacidad de transmisión simétrica y sin funcionalidades de conmutación que el usuario pueda controlar entre dos nodos del operador demandante del servicio.”

Así, sobre la base de esa definición, se le impuso a TESAU, entre otras, la obligación de *“presentar una propuesta de oferta de referencia a la CMT conteniendo información sobre las características de la red, las especificaciones técnicas y las condiciones de suministro y utilización (incluyendo los precios del servicio) además de presentar la oferta de líneas alquiladas terminales con interfaces Ethernet de forma conjunta con la oferta de líneas alquiladas terminales prestada con interfaces tradicionales recogida en la OIR vigente.”*

Pues bien, en el cumplimiento de la obligación de presentar una oferta de líneas alquiladas terminales con interfaces Ethernet, TESAU, en su escrito por el que presentó las mismas, propuso un servicio que por sus características técnicas, se corresponde con servicios de nivel 1. De hecho, junto con esa propuesta, TESAU adjuntó un documento en donde analizaba la oferta de referencia del mercado 13 en el Reino Unido. En dicho documento se expuso que BT, como OPSM en ese mercado, operador al que se le impuso la misma obligación de presentar una oferta de referencia, en cumplimiento a la misma, BT ofrece el producto mayorista **WES** (*Wholesale Extension Services*) sobre interfaces alternativos (Ethernet y FastEthernet) consistente en una oferta de circuitos alquilados puros, a nivel de transporte transparente y sin conmutación, es decir, lo que puede denominarse una oferta de nivel 1. En línea con la descripción que realiza del producto WES, TESAU expone que la oferta que ha presentado para atender la obligación derivada de la resolución del análisis del mercado 13 realizado por la CMT, *“se basa igualmente en un servicio de nivel 1, cuyas características vienen a ser similares y competitivas en precios y condiciones si se comparan con la oferta de referencia de BT UK en el Reino Unido para el mercado 13 y el servicio sobre interfaces Ethernet y fastEhertnet”* (transcripción literal de las conclusiones de dicho documento).

³ Mercados incluidos en la Recomendación de la Comisión Europea de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva Marco.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, en virtud que de la propuesta de TESAU, debe destacarse que esta Comisión en ningún momento impuso a TESAU el modelo de oferta mayorista Ethernet sujeta a los parámetros propios del nivel 1. Fue la propia TESAU quién propuso los parámetros de calidad que finalmente fueron aprobados.

Sobre la base de la propuesta de oferta presentada por TESAU, esta Comisión, por medio de un requerimiento de información efectuado en fecha 27 de abril de 2007, requirió a TESAU una descripción detallada de las tecnologías y arquitectura de la red que se utilizaría para soportar y prestar el servicio propuesto de líneas Ethernet. A su vez, solicitó a TESAU información sobre los parámetros listados a continuación y la calidad asegurada:

- Ancho de banda garantizado
- Porcentaje de pérdida de paquetes o tasa de errores
- Retardo de transmisión de trama
- Jitter
- Unidad máxima de transmisión (Tamaño máximo trama transmitida).

En contestación a dicho requerimiento, por medio de su escrito de 21 de mayo de 2007, TESAU indicó lo siguiente (se incluye aquí fragmento de dicho escrito, subrayado añadido):

[CONFIDENCIAL]

Sin embargo, TESAU afirma en su recurso de reposición que *“La solución de nivel 1 exclusivamente a través de fibra, a partir de la modificación de la estructura de precios de la propuesta inicial de Telefónica, alineando dichos precios exclusivamente con la oferta minorista, y eliminando la componente de transporte hace inviable económicamente para mi representada esta solución”*.

En relación con los valores de los parámetros y la calidad asegurada solicitados en el mismo requerimiento de información de esta Comisión de 21 de marzo, TESAU, en cumplimiento del mismo, aportó la siguiente información:

[CONFIDENCIAL]

Esta Comisión, ha valorado estos parámetros aportados por TESAU constatando que se correspondían con los parámetros exigibles para servicios de nivel 1 sin contención de tráfico y además, mejoraban los parámetros que solicitaban los operadores alternativos en sus alegaciones aportadas a la propuesta de oferta de TESAU. No obstante, esta Comisión también consideró que algunos de los valores de los parámetros aportados por TESAU, no eran valores realistas. En la propuesta de informe elaborada por los Servicios de esta Comisión, se propuso incluir los valores de aquellos parámetros de calidad específicos para las líneas Ethernet además de aquellos que ya estén definidos para las líneas tradicionales y que son también de aplicación por lo que esta Comisión le solicitó a TESAU que aportara una tasa de error o de paquetes erróneos que fueran más realistas de acuerdo a las características de las fibras y equipos involucrados.

Por lo tanto, tal y como se desprende de todo lo anterior, la propuesta que presentó TESAU y a partir de la cual se elaboró la oferta finalmente aprobada, fue una propuesta en la que se insistía en las bondades de una oferta de nivel 1 utilizando una





COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

infraestructura óptica dedicada y conversores de medios. De hecho, una de las mayores complejidades de la Resolución recurrida fue la aprobación de una oferta mayorista de nivel 1 en atención a las razones expuestas por TESAU, teniendo en cuenta que la oferta minorista para la que había que asegurar la replicabilidad era de nivel 2.

b) Sobre si los parámetros de calidad resultan contrarios al principio de neutralidad tecnológica puesto que obligan a TESAU a utilizar una tecnología determinada para la prestación de los servicios de líneas Ethernet.

Respecto a la consideración de TESAU de que con los parámetros de calidad y precios finalmente aprobados en la Resolución recurrida se le impide prestar el servicio mediante la red de soporte que resulta más conveniente en cada caso de tal manera que pueda prestarlo con la máxima eficiencia, otro de los motivos por el cual TESAU solicita una flexibilización⁴ de los parámetros técnicos de la oferta para que de esta manera, no se le obligue a utilizar una solución tecnológica determinada, debe advertirse que esta solicitud de flexibilización, supondrían unos niveles de calidad correspondientes a un servicio de nivel 2.

Los valores de los parámetros no se corresponden con los niveles exigibles de acuerdo a la oferta propuesta por la propia TESAU. Además, en caso de observarse la flexibilización solicitada, los operadores alternativos no podrían ofrecer un servicio minorista diferenciado del ofrecido por TESAU al mercado minorista.

Esta Comisión considera que la solicitud de flexibilización supone una contradicción respecto a lo expuesto por la propia TESAU en sus alegaciones al Informe de Audiencia en las que expuso, respecto a la solicitud de algunos operadores de que se incluyera en la ORLA una oferta de nivel 2 con funcionalidades típicas de red con conmutadores de trama Ethernet, permitiéndose además la gestión de VLAN, que en la propia definición del Mercado 13 se indicaba que no cabía la inclusión de funcionalidades de conmutación, puesto que su oferta **necesariamente** debía de ser de nivel 1. Asimismo, TESAU manifestó que su propuesta no suponía en absoluto una oferta de nivel 3 construida sobre IP, señalando que en todo momento se ha dejado claro la utilización de nivel 1, estando el nivel 2 en el ámbito de la red de datos del operador alternativo.

Por lo tanto, no podemos dar favorable acogida a esta alegación, puesto que, como expuso esta Comisión en la Resolución ORLA, en lo que respecta a las alegaciones sobre la tecnología, *“a Telefónica no se le impone que preste el servicio con una determinada tecnología sino que cumpla los requisitos de calidad establecidos.”* Requisitos que como ya hemos expuesto anteriormente, han sido establecidos en atención a la oferta propuesta por la propia TESAU por lo que en línea con esto, en la

⁴ Propuesta de flexibilización de los parámetros presentada por TESAU en las alegaciones al Informe de Audiencia:
Tasa de pérdida de paquetes: 0,3%
 Retardo de transmisión de trama: ≤ 20 mseg (1)
 Jitter máximo: 20 μ seg
 Tamaño máximo trama Ethernet soportado (MTU): 1522 bytes
 Porcentaje del ancho de banda garantizado: al igual que en la oferta minorista, el cliente puede optar por condiciones de prioridad de tráfico “Alta” o “Extra” (2)

(1) Opcionalmente, el operador podría solicitar un servicio con retardos de transmisión de trama inferiores, idénticos a los incluidos en la oferta minorista de Telefónica, es decir, con criterios de prioridad “Alta” (≤ 10 ms) y “Extra” (≤ 6 ms).

(2) El medio soporte de la red de agregación permite modular el caudal garantizado y alcanzar prestaciones a medida con las prioridades “Alta” o “Extra”.





COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

misma Resolución esta Comisión expresó que, *“los parámetros del servicio mayorista (por ejemplo, la distancia máxima) se han fijado asumiendo que Telefónica en general no prestará el servicio sobre SDH (sin perjuicio de que decida hacerlo para una solicitud en concreto”*, por ejemplo, en aquellos casos en que la distancia entre el acceso y el nodo Ethernet, sea superior a la distancia máxima.

En virtud de todo lo aquí expuesto, cabe concluir que no se insta a TESAU a usar una tecnología determinada sino a cumplir con determinados parámetros de calidad que se fijaron asumiendo que TESAU prestaría el servicio de la forma como ella misma propuso, es decir, sobre infraestructura óptica dedicada con terminadores en el domicilio del cliente del operador y en el propio domicilio del operador constituidos por conversores de medios. Los parámetros de calidad aprobados son aquellos exigibles para dicho servicio, por lo que no cabe considerar, tal y como pretende TESAU, que se flexibilicen estos parámetros de tal manera que no se correspondan con el servicio mayorista que finalmente prestará TESAU.

En caso de que TESAU encuentre una solución tecnológica distinta a la prevista para el servicio en cuestión, nada obsta para que TESAU haga uso de la misma siempre y cuando con esa solución tecnológica alternativa, se cumplan con los valores de los parámetros de calidad aprobados en la ORLA.

c) Sobre si esta Comisión ha tenido en cuenta la componente de transporte con el consecuente resultado de aprobar un precio mayorista a partir del minorista de TESAU, esto es, del servicio MetroLAN.

Si bien es verdad que para esta Comisión, en su propuesta de oferta contenida en el Informe de Audiencia, la distancia (componente de transporte) no jugaba ningún papel en la oferta mayorista puesto que los precios venían únicamente dados por la clasificación por zonas del servicio MetroLAN, TESAU, en las alegaciones a dicho informe, manifestó que si la Comisión no consideraba los costes que conllevaban la componente transporte para TESAU, la medida sería desproporcional y discriminatoria con la propia TESAU puesto que en caso de no tener en cuenta esa componente, se le impediría la recuperación de los costes asociados al mismo.

Como ya se ha dicho, en la Resolución definitiva se atendió las alegaciones de la recurrente y se aprobó un esquema de precios en función de la distancia por lo que no cabe entender como ahora, en fase de recurso, se alega que en la Resolución no se ha tenido en cuenta la componente de transporte y por ende, se rompe con la coherencia de la estructura de precios.

La componente de transporte, tal como se recoge en el apartado II.20.2.5 de la Resolución recurrida (subrayado añadido) fue efectivamente reconocida:

“Para poder valorar el modelo alternativo propuesto por Telefónica, debe analizarse con detalle la estructura de su servicio minorista. Telefónica afirma que los precios minorista vienen determinados, entre otras variables, por la distancia promedio entre las centrales de acceso y los nodos Ethernet.

La CMT requirió a Telefónica información sobre las distancias de sus centrales al nodo Ethernet del que dependen, así como el número total de accesos Ethernet. Adicionalmente, también dispone de la clasificación por zonas de las centrales de Telefónica.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Mediante la información anterior puede calcularse la distancia media en cada una de las zonas ponderando por el número de accesos Ethernet.

Se han obtenido los siguientes resultados:

Zona	Distancia Media (Km)
Caliente	0,16
Templada	4,06
Fría	19,50

Se comprueba que efectivamente la distancia está incluida de forma implícita en la clasificación de centrales que realiza Telefónica ya que esa distancia será un factor determinante en la identificación de la central como caliente, templada o fría y en consecuencia determinará el precio minorista que Telefónica aplicará a su cliente por la prestación del servicio. Así, la propuesta de precios sometida a Audiencia implica que Telefónica debería prestar de forma mayorista líneas de larga distancia a precio de zona caliente. Es decir, Telefónica estaría suministrando segmentos de transmisión (no sólo fibra óptica, sino también otros elementos de transporte conexos como tarjetas o equipamientos de transmisión intermedios) que no estaría siendo retribuidos por el operador.

Adicionalmente, la CMT ha analizado la presencia de los operadores alternativos en las centrales de la oferta Ethernet, bien mediante la coubicación o bien mediante puntos de interconexión. Los resultados se presentan en la siguiente tabla:

Zona	Número de centrales	Presencia de operadores (%)
Caliente	225	94,7%
Templada	116	84,5%
Fría	721	39,8%

Como se puede observar en la tabla anterior, en las zonas caliente y templada la presencia de los operadores es masiva, esto les permitiría confeccionar su oferta minorista a partir de la oferta mayorista regulada de Telefónica de forma flexible y competitiva con la de la propia Telefónica en la medida que pueden alcanzar un despliegue similar al de Telefónica con relativa facilidad.

Por ambos motivos (la constatación de las distancias medias de las zonas minoristas y la masiva presencia de los operadores en las zonas caliente y templada), se estima la alegación de Telefónica y se considera que la solución más proporcionada consiste en que la distribución por zonas del servicio mayorista se ajuste a un modelo por tramos determinados en función de los puntos de presencia del operador. Esto es así, ya que este modelo, permite por un lado a los operadores alternativos replicar de manera eficiente la oferta

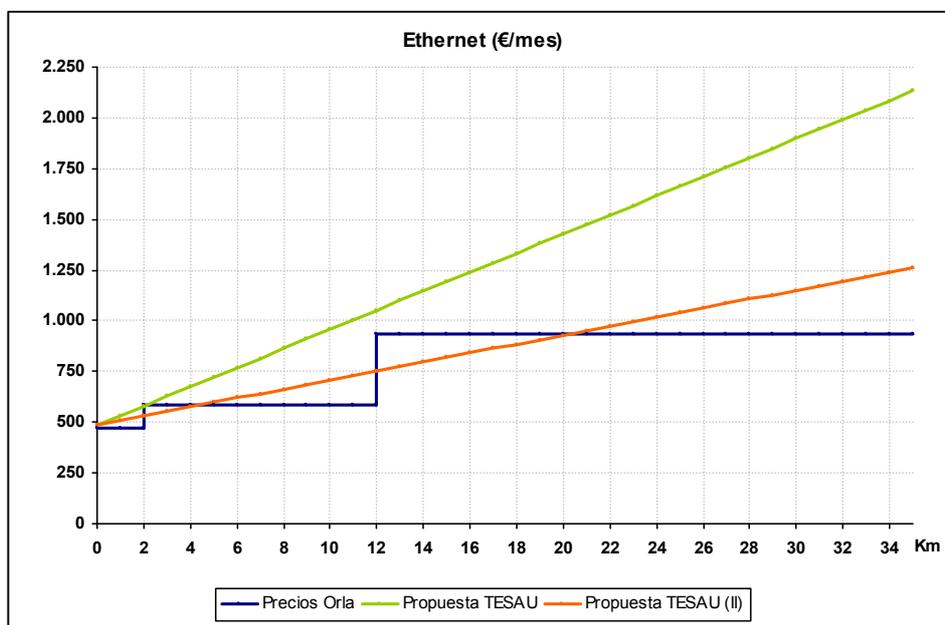


COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

minorista de Telefónica, incentivando la presencia de los mismos, al tiempo que evita que Telefónica no pudiera recuperar todos los costes de provisión del servicio derivados de unos consumos medios de transmisión excesivos.”

Así pues, no puede tenerse como acreditado que, como afirma TESAU, no se ha reconocido la componente de transporte. De hecho, los precios aprobados siguen el esquema de tarificación propuesto por la misma TESAU. La única diferencia ha sido el umbral entre la zona 2 y la zona 3 (TESAU planteaba 5 Km y se fijó en 12), y fue calculado de acuerdo a criterios objetivos, transparentes y utilizando datos proporcionados por TESAU.

A mayor abundamiento, para ilustrar lo contradictorio de la afirmación de TESAU, se presenta una comparativa del precio propuesto inicialmente por TESAU y el finalmente aprobado para las líneas Ethernet.



Fuente: Elaboración propia, CMT.

La línea verde representa los precios propuestos inicialmente por TESAU, mientras que la gráfica en forma de escalones representa los precios finalmente aprobados en la ORLA.

Cabe recordar que los precios por Kilómetro de la propuesta de TESAU son los establecidos para las líneas alquiladas tradicionales en la OIR 2005 aplicando una reducción adicional. En la ORLA los precios de las tradicionales han sufrido una reducción muy considerable. Por tanto, para poder comparar de una forma adecuada la propuesta de TESAU con las tarifas aprobadas parece razonable tener en cuenta las reducciones de precios acometidas en la ORLA. Por tanto, se representa mediante el color naranja la propuesta inicial de TESAU pero aplicando al precio por Kilómetro la misma reducción que han sufrido las líneas de 34 y 155 Mbit/s (un 47%).

Como puede observarse, la propuesta de TESAU modificada recoge unos niveles de precios muy similares a los aprobados por esta Comisión. La principal diferencia estriba en que la propuesta de TESAU es lineal y los precios aprobados siguen un



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

esquema de escalones. De hecho, hay tramos en los que los precios aprobados son incluso superiores a la propuesta de TESAU adaptada a los precios por Kilómetro de la ORLA 2007.

Por todo lo anterior, esta Comisión reitera no solo que sí se ha tenido en cuenta la componente de transporte, sino que justamente esta componente fue fundamental en la decisión final del esquema de precios de la oferta mayorista.

Puede comprobarse que la situación es la misma para las líneas Fast Ethernet.

Pues bien, tal y como se ha visto, los precios aprobados finalmente por la Resolución impugnada, tienen en cuenta la componente de transporte además de que el nivel de precios resulta muy similar a la propuesta de TESAU ajustando el precio por kilómetro a los niveles de la ORLA. Por tanto, no puede aceptarse como cierta la afirmación de TESAU sobre que no le resulta económicamente viable prestar una solución de fibra dedicada de nivel 1. En este sentido, cabe recordar que varias de las limitaciones del servicio, en especial la distancia máxima, se fijaron asumiendo que TESAU prestaría el servicio, en general, mediante fibra dedicada.

e) **Sobre las alegaciones realizadas contra determinados parámetros de calidad recurridos por TESAU.**

i. Retardo máximo:

TESAU indica que el retardo máximo de 1,5 milisegundos es completamente inalcanzable para conexiones tipo Ethernet sobre la red SDH de TESAU.

Como se ha dicho, esta Comisión no espera que TESAU preste el servicio sobre SDH sino sobre infraestructura óptica dedicada, tal y como indicó la propia TESAU cuando se le requirió al respecto. Esta Comisión calculó el retardo máximo utilizando la información facilitada por la recurrente (apartado II.7.4 de la ORLA) y asumiendo la prestación del servicio mencionada anteriormente (fibra y conversores):

“Respecto al retardo, existe la componente debida al retardo de propagación dependiente de la distancia (para el peor caso de un circuito de 70 km, el retardo de propagación sería de 350 microsegundos) y la componente introducida por los conversores de medios, que en el peor caso de 2 conversores, uno en cada extremo, y para una trama de 1518 bytes, de acuerdo con los datos de Telefónica, sería de 1,02 milisegundos. Como consecuencia, el retardo máximo sería de 1,37 milisegundos, valor muy por debajo del solicitado por los operadores.”

Por tanto, se mantiene el valor propuesto para el retardo máximo en 1,5 ms.

ii. Tamaño máximo de trama (MTU⁵):

TESAU solicita que el tamaño máximo de trama se fije en 1522 bytes en lugar de los 1916 bytes aprobados por la Comisión. Afirma que 1522 es la MTU que tiene definida para sus servicios minoristas y que éste es el tamaño permitido en el estándar IEEE 802.3ac.

⁵ Maximum Transfer Unit





COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En relación con el tamaño de trama utilizado por sus clientes minoristas, cabe recordar a la recurrente que no es lo mismo la MTU del cliente que la MTU manejada por el operador. Así, el dato relevante sería la MTU que TESAU utiliza habitualmente como operador en la prestación del servicio minorista.

Efectivamente, es usual que los tamaños de trama utilizados en entornos de redes locales privadas estén limitados a 1522 bytes. Como indica TESAU, este es el tamaño máximo de una trama Ethernet con una etiqueta VLAN según el estándar IEEE 802.3ac. Ahora bien, en las redes Ethernet públicas se utilizan diversas arquitecturas para ofrecer servicios de red privada virtual (VPN) de nivel 2. Entre dichas arquitecturas destacan los estándares Q-in-Q (norma IEEE 802.1ad) y la arquitectura MAC-in-MAC (norma IEEE 802.1ah). Pues bien, no es posible para un operador prestar este tipo de arquitecturas con una MTU de 1522 bytes.

En definitiva, un operador puede limitar el tamaño de las tramas Ethernet de los usuarios finales que deben ser transportadas entre diversas ubicaciones a 1522 bytes (limitación del servicio minorista), pero en cambio en su red de agregación y transporte Ethernet puede utilizar MTU superiores para implementar las diversas arquitecturas existentes (como Q-in-Q y MAC-in-MAC).

Por otro lado, TESAU dispone de conversores de medio que admiten hasta 1916 bytes de MTU, tamaño que no limita las arquitecturas a implementar por los operadores usuarios del servicio.

Por tanto, se mantiene la MTU en 1916 bytes.

iii. Tasa máxima de pérdida de paquetes:

TESAU solicita que se fije una tasa de error de 10^{-5} en el 97,3% del tiempo y para el caso peor en el 94,7% del tiempo de disponibilidad de red.

Nuevamente la recurrente intenta ahora fijar parámetros de un servicio de nivel 2 cuando todo el expediente de la ORLA se basa en la prestación de un servicio de nivel 1. Cabe recordar que TESAU, propuso inicialmente una tasa de error igual a cero, y fue esta Comisión quién fijo el valor (menos restrictivo) de 10^{-7} .

Por lo tanto, mantenemos lo establecido en la Resolución recurrida.

Por todos los motivos anteriormente expuestos, hemos de valorar como proporcionales los parámetros de calidad aprobados en la Resolución de la ORLA, parámetros que, por un lado, se corresponden con el servicio que, en general, prestará TESAU tal y como informó en el expediente, y por otro, son a los que deberá sujetarse TESAU puesto que no le suponen un quebranto económico resultando los mismos ajustados a los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel y a los principios establecidos en el artículo 11.5 de la misma Ley.

SEGUNDO.- Sobre los plazos establecidos en la ORLA para la provisión de servicio de enlace a cliente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU considera que la Resolución es nula de pleno derecho en virtud de lo establecido en el artículo 62.1 a) de la LRJPAC puesto que esta Comisión no ha tenido en cuenta sus alegaciones aportadas en el trámite de audiencia sobre este aspecto y que tampoco se ha pronunciado sobre cuestiones que califica como trascendentales y esenciales como lo son las alegaciones respecto de la necesidad de ampliar estos plazos de provisión del servicio de enlace a cliente para los circuitos tradicionales de 34 Mbit/s, 155 Mbit/s y circuitos Ethernet, plazos que se han fijado todos ellos en 60 días en vez de fijarlos en 90 días tal y como solicitaba TESAU sin la necesaria justificación. Entre estas alegaciones, TESAU aportó un informe de auditoría elaborado por AENOR, informe que sirvió como fundamento a TESAU en respaldo de su solicitud de ampliación de plazos de provisión.

En palabras de TESAU, el efecto de lo anterior lo resume en el siguiente párrafo: “se puede afirmar que la resolución impugnada frustra un interés legítimo de mi representada, no exterioriza en forma alguna las razones, causas o motivos que sirven de fundamento a la decisión administrativa, no se pronuncia sobre cuestiones absolutamente trascendentales y esenciales para la correcta resolución del fondo del asunto, como es el informe de auditoría de AENOR presentado por Telefónica de España y en definitiva no contiene los motivos en virtud de los cuales no se han tomado en consideración las explicaciones y alegaciones aportadas por mi representada. **Ninguno de estos aspectos tiene su correspondiente reflejo en la resolución final.**” (subrayado por TESAU).

Pues bien, en la propia Resolución de la ORLA se indica justamente lo contrario, concretamente en el apartado II.6.2.5. Veamos:

“La CMT valora muy positivamente la información enviada por Telefónica y la ha tenido en cuenta a la hora de tomar la decisión final. No obstante, debe matizarse que:

- i) *el número de circuitos de estas capacidades suministrados a clientes finales no es muy elevado y;*
- ii) *en minorista Telefónica debe llegar a dos domicilios de cliente final (uno en cada extremo), mientras que en mayorista uno de los extremos es el PdIC con el operador, extremo que en principio no debería ser problemático en cuanto a plazos.”*

En lo que respecta a los plazos de provisión Ethernet, cabe destacar que también se tuvo en cuenta el informe de AENOR. En relación con dicho Informe, aparte de la valoración de esta Comisión ya efectuada en la Resolución recurrida, cabe añadir que los plazos minoristas Ethernet NO incluían las paradas de reloj. La Comisión tuvo en cuenta y agradeció a TESAU la información facilitada en el informe de AENOR. En todo caso, a la hora de valorar la información suministrada, también hay que sopesar el efecto de las paradas de reloj mencionado.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que estos plazos han sido aumentados de forma muy considerable respecto de los establecidos en la OIR 2005:

Circuito	Plazos OIR 2005 (días)	Plazos ORLA 2007 (días)	Aumento (%)
34 Mbit/s	40	60	50%



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

155 Mbit/s	45	60	33%
------------	----	----	-----

Fuente: Elaboración propia, CMT.

A su vez, tampoco debe olvidarse que la ORLA adoptó una serie de medidas relacionadas con los plazos de provisión de los circuitos y las penalizaciones asociadas que han suavizado, de forma muy notable, las condiciones de la OIR 2005.

En concreto, la forma como se han suavizado esas condiciones es la siguiente:

- Atendiendo a la situación en el minorista (entre otras fuentes utilizando el informe de auditoría de AENOR), se redujo el nivel de cumplimiento de TESAU del 90% al 85%.
- Para valorar el cumplimiento del 85%, debe alcanzarse un número mínimo de 50 circuitos en uno o varios trimestres consecutivos por operador para que la muestra se considere representativa.
- El cómputo anterior incluye todos los circuitos regulados en la ORLA, es decir, tanto los prestados con interfaces tradicionales como los prestados con Ethernet. En consecuencia, el nivel de cumplimiento para las líneas de 34, 155 y Ethernet podría ser incluso inferior al 85% si la provisión de las líneas de velocidades inferiores es excelente.
- Se ha indicado la sensibilidad de esta Comisión con que los circuitos Ethernet de alto coste en la zona, fueran de cobertura estándar.
- Se ha reducido el nivel de penalizaciones, pasando la penalización máxima de un 50% de la cuota de alta por día de retraso a un 16%.

Es decir, esta ORLA ha supuesto una serie de mejoras para TESAU muy significativas en lo que respecta a la exigencia en cuanto a los plazos de provisión y penalizaciones asociadas, por lo que este motivo de impugnación ha de ser desestimado.

TERCERO.- Sobre la modificación de los precios del servicio de enlace a cliente de los circuitos alquilados sobre interfaces tradicionales.

Al respecto, TESAU repite los mismos argumentos utilizados en las alegaciones al Informe de Audiencia, esto es, que considera que los precios de los circuitos del servicio de enlace a cliente sobre interfaces tradicionales aprobados por esta Comisión, conllevan una reducción de los mismos respecto a los vigentes hasta ahora en la OIR (reducciones producidas tanto sobre las cuotas de alta como en las cuotas mensuales). Pues bien, TESAU califica esta reducción como desproporcionada y sin justificación puesto que, además de reducir los precios nominales, ha desestimado la solicitud de TESAU de suprimir los descuentos recogidos en la OIR previstos para los servicios de interconexión de circuitos sobre interfaces tradicionales.

La decisión de no suprimir los descuentos antes aludidos, a juicio de TESAU, resulta incoherente, tanto con decisiones anteriores de esta Comisión en donde reconoció la existencia de los descuentos (aunque dicho reconocimiento no tuvo reflejo en el informe de audiencia), como con la contabilidad analítica de TESAU y la evaluación comparativa de la Comisión Europea que quedó plasmada en su Recomendación sobre mejores prácticas en materia de precios de los circuitos alquilados mayoristas (2005). Ya hemos dado respuesta a estas mismas alegaciones en la Resolución ORLA (apartado II.12, páginas 80-82 de la Resolución ORLA) por lo que se reitera en lo allí expresado al respecto.

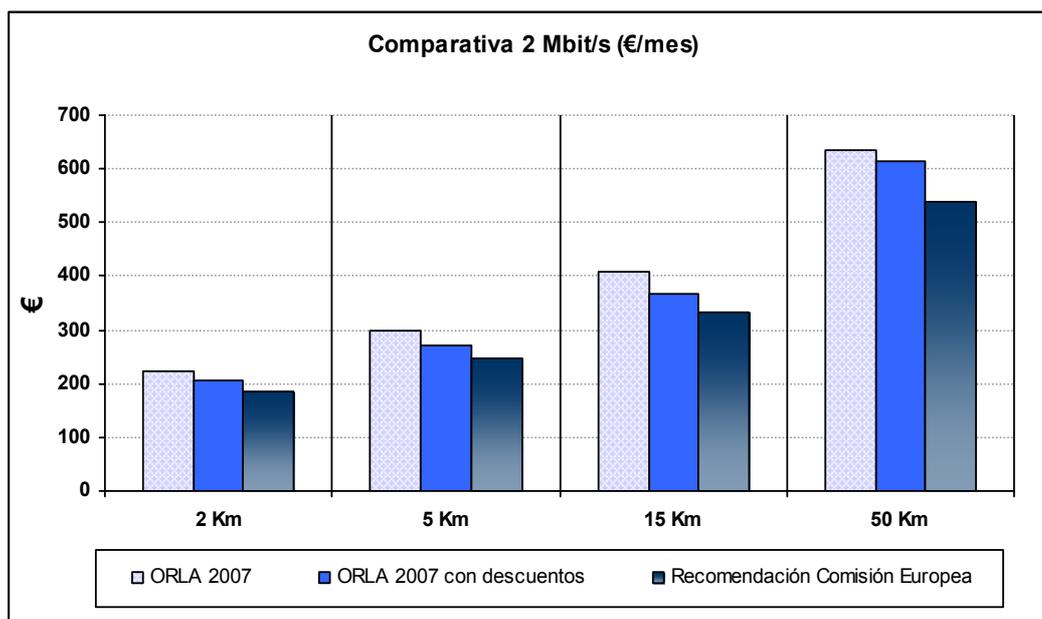


COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU identifica esta desproporción y falta de justificación en el precio que efectivamente le pagarán los operadores a los que les sean de aplicación estos descuentos puesto que resultará ser un precio inferior al precio nominal establecido en la Resolución.

Al respecto, cabe aclarar que en la ORLA no se han introducido los descuentos previstos en la OIR aunque, al ser de aplicación para determinados servicios en la ORLA, esta Comisión los ha tenido en cuenta en el momento de fijar el precio establecido teniendo a su vez en consideración que, por un lado, el nivel de los precios recogido en la Recomendación de la Comisión Europea de marzo de 2005 sobre los precios de las líneas alquiladas⁶ y, por otro, que la Recomendación de la Comisión Europea se publicó en marzo de 2005, mientras que los precios recurridos por TESAU han entrado en vigor en enero de 2008, casi tres años después.

Para mostrar de una forma gráfica la afirmación de que los precios establecidos en la ORLA aún no se ajustan al nivel recomendado por la Comisión Europea, a continuación se presentan una comparativa para los circuitos de 2 Mbit/s aprobados en la ORLA con y sin descuentos y los precios recomendados. Cabe resaltar que esta es la velocidad con diferencia más demandada en las líneas alquiladas tradicionales.



Fuente: Elaboración propia, CMT.

Tal y como puede observarse, son justamente los descuentos por concentración los que, junto con los precios nominales aprobados, consiguen que el precio efectivo en España se sitúe en el entorno Recomendado. Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anterior, no podemos sino rechazar la afirmación de TESAU acerca de la desproporción y falta de justificación de la reducción de precios de la ORLA.

Por otra parte, la recurrente afirma que este tipo de descuentos no existen en ningún otro mercado europeo, a lo que cabe responder que España no es el único país de la

⁶ Con la única excepción de los circuitos de 34 Mbit/s, que con los descuentos se sitúan ligeramente por debajo de los establecidos en la Recomendación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Unión Europea donde se aplican descuentos. En la siguiente tabla se listan una serie de países indicando los tipos de descuentos existentes en la oferta mayorista:

Estado	Tipo de descuento
BÉLGICA	Como en minorista
BULGARIA	Por volumen y por duración contrato
ESTONIA	Por volumen
FINLANDIA	Por volumen y por duración contrato
NORUEGA	Por volumen y por duración contrato
POLONIA	Por volumen, duración contrato y longitud total de circuitos alquilados(en Km)

Fuente: Elaboración propia, CMT.

Por tanto, en virtud de todo lo anterior, debe desestimarse el recurso de TESAU en lo que respecta a los precios del servicio de interconexión de circuitos.

CUARTO.- Sobre las penalizaciones.

a) Sobre la no fijación de un límite para la penalización por retraso en el plazo de provisión de servicio.

En relación con los porcentajes de las penalizaciones por retraso en el plazo de provisión del servicio de enlace establecidos en la ORLA, TESAU reconoce la reducción de las penalizaciones respecto a las propuestas en un principio por esta Comisión en el Informe de Audiencia, no obstante, alega sobre la necesidad de establecer un límite a dichas penalizaciones.

Además, TESAU reconoce que las penalizaciones son necesarias en virtud de una de las finalidades para las que están previstas, esto es, para proporcionar incentivos necesarios para que el sistema establecido en la ORLA funcione correctamente por lo que, el hecho de introducir un límite a estas penalizaciones, no implica que desaparezca el mencionado incentivo. Al respecto, TESAU debe tener en cuenta que la función de las penalizaciones es doble puesto que no solo tienen la finalidad de promocionar el incentivo antes descrito, si no que también cumplen una función disuasoria del incumplimiento en que podría incurrir TESAU, incumplimiento que conllevaría graves perjuicios a la competencia puesto que esos retrasos en el plazo para la provisión del servicio, incidiría directamente en la percepción que los usuarios finales tendrían de los operadores alternativos con quienes contrataran los servicios minoristas de enlace a cliente conllevando con ello, el correlativo beneficio para la recurrente.

TESAU, para fundamentar la necesidad de introducir estos límites, realiza un análisis comparativo con otros países del ámbito europeo. De dicho análisis, extrae que, además de que España se sitúa en el grupo de países que no establecen un límite a las penalizaciones, la cuantía que estas pueden alcanzar, de acuerdo a los porcentajes establecidos en la ORLA, resultan ser totalmente desproporcionadas y desorbitadas puesto que en aquellos países en los que tampoco se incluyen los límites





COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

solicitados, la cuantía de las penalizaciones por retrasos largos es sensiblemente inferior dado que el porcentaje de las penalizaciones también es inferior.

Al respecto, esta Comisión considera que, aunque el sistema de penalizaciones establecido en la ORLA es exigente, no puede afirmarse que se desvía de lo que sucede en nuestro entorno, puesto que hay países como el Reino Unido y Portugal en los que tampoco se fija un límite.

Esta exigencia en el sistema de penalizaciones establecido en la ORLA, no ha sido una decisión injustificada de esta Comisión si se observa que en el marco de diversos procedimientos de conflicto entre operadores por impago automático de las penalizaciones establecidas en las ofertas mayoristas de referencia actualmente vigentes, esta Comisión ha obtenido información muy preocupante, y en concreto respecto al grado de incumplimiento por parte de TESAU de los plazos establecidos ahora en la ORLA y antes en la OIR. Esta información obtenida en la práctica resulta determinante para establecer un sistema exigente como el actual con objeto de evitar la persistencia de un grado de incumplimiento similar al ahora descrito..

Por otro lado, TESAU afirma que *“de no fijarse un límite, se puede entrar en una dinámica indeseable y susceptible de generar conflictos por la búsqueda interesada de penalización, disfrazada de petición de servicio”*. Pues bien, esta Comisión considera muy improbable la existencia de este tipo de prácticas con las líneas alquiladas. No hay que olvidar que detrás de la línea alquilada existe un cliente empresarial del operador. Teniendo en cuenta que en la provisión del servicio debe desplazarse un técnico de TESAU al domicilio de cliente, ciertamente parece complicado generar un número elevado de peticiones de circuitos “falsas”.

En virtud de las circunstancias aquí expuestas, esta Comisión considera que no estaría en ningún caso justificado fijar ahora un límite a las penalizaciones por retrasos en provisión.

b) Sobre la doble penalización por retrasos en provisión.

TESAU manifiesta que en virtud del sistema de penalizaciones previsto en la Resolución ORLA, esto es: una penalización individual por incumplimiento del plazo comprometido y otra penalización por incumplimiento del límite global del 15% de los circuitos contratados por operador haciendo uso del plazo extendido, reflejan una doble penalización por determinados circuitos que vulnera el ordenamiento jurídico al suponer una penalización abusiva a TESAU y un enriquecimiento injusto para los operadores. Para demostrar tal afirmación, TESAU ilustra en un ejemplo un supuesto típico en el que se podría dar tal caso.

TESAU en amparo del incumplimiento del ordenamiento jurídico y el enriquecimiento injusto de los operadores alternativos que el sistema conlleva, expresa que este sistema de “doble penalización” supone *“un incumplimiento manifiesto del principio non bis in idem, que estipula de modo taxativo que no se pueden imponer dos penas sobre un mismo hecho punible. Ello resulta contrario al ordenamiento jurídico al generar un enriquecimiento injusto a favor del operador beneficiario y un detrimento económico para Telefónica de España, resulta contrario a los principios rectores de la compensación de daños, proporcionalidad con el daño causado y finalidad exclusiva de mantener indemne al que se ha causado tal daño, no de enriquecerle, y producir un*





COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

abuso de derecho por parte de los operadores, prohibido por el Art. 7.2 del Código Civil.”

i. Vulneración del principio *non bis in idem*.

El principio *non bis in idem* es un principio rector de la actividad administrativa en cuanto que ejerce el *ius puniendi* del Estado, esto es, en ejercicio de la potestad sancionadora administrativa en virtud de lo establecido por el artículo 133⁷ de la LRJPAC. En apoyo de lo anterior, la doctrina del Tribunal Supremo ha dejado establecido, entre otras, en su Sentencia de 9 de marzo de 1987 (RJ 1987/3519) que:

*“habiendo proclamado el Tribunal Constitucional, en sus sentencias de 30 de Enero de 1981 (RTC 1981\2) y 3 de Octubre de 1983 (RTC 1983\77) (Sala 2.ª), como no podía ser menos, que el principio del non bis in idem constituye uno de los límites de la **potestad sancionatoria** que el art. 25 de la Constitución concede a los Poderes públicos(...)”* (el subrayado es nuestro).

Por lo tanto, en el presente caso, al establecerse estas penalizaciones, esta Comisión no está haciendo uso de la potestad sancionadora puesto que las penalizaciones recogidas en la ORLA, no tienen una finalidad sancionadora ex post sino que tienen una finalidad incentivadora para que TESAU cumpla con los plazos y también, una finalidad disuasoria para evitar que TESAU incumpla con los mismos, es decir, es una herramienta jurídica que tiene por finalidad producir efectos de carácter ex ante respecto al posible incumplimiento. En definitiva, las penalizaciones no se pueden configurar como sanciones administrativas aunque efectivamente tengan un efecto de gravamen en el supuesto en que TESAU incumpliera con los plazos establecidos en la Resolución ORLA.

Además, respecto a la identidad de hechos, no puede considerarse que ambos supuestos previstos para los distintos incumplimientos sean idénticos puesto que una penalización está prevista para el supuesto en que TESAU incumpla con el plazo previsto para el circuito de que se trate, y la otra penalización, viene prevista para el supuesto en que TESAU incumpla con el límite global del 15% de los circuitos haciendo uso del plazo extendido. Por tanto, si bien es cierto que parte de los hechos pudieren coincidir, no puede considerarse que exista una identidad de hechos.

ii. Vulneración de los principios rectores de la compensación de daños.

TESAU alega que con el sistema de “doble penalización” establecido en la Resolución ORLA, se vulneran los principios rectores de la compensación de los daños entre los que cita, la proporcionalidad entre el daño causado, y la finalidad exclusiva de mantener indemne al que se le ha causado el daño y no de enriquecerle, puesto que ello supondría un abuso de derecho proscrito por lo establecido en el artículo 7.2 del Código Civil.

Pues bien, respecto, al abuso del derecho alegado por TESAU en atención a las penalizaciones previstas en la ORLA, no es el mismo aplicable puesto que las

⁷ Artículo 133 de la LRJPAC: No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

penalizaciones no tienen por finalidad el indemnizar a los operadores contratantes de acuerdo a la ORLA.

Ahora bien, respecto al principio de proporcionalidad que debe observar esta Comisión en su función de imponer las obligaciones y condiciones previstas en virtud de lo establecido en el artículo 11.5 de la LGTel al tener en consideración que las penalizaciones por retrasos en provisión establecidas en la ORLA son unas de las penalizaciones más exigentes de Europa, y que no se ha fijado un límite máximo para estas penalizaciones, esta Comisión considera que no es proporcionado que además, el sistema permita que un mismo circuito sea objeto de doble penalización.

Por lo tanto, esta Comisión no tiene objeciones al ejemplo mediante el cual TESAU ilustra esta desproporcionalidad puesto que con el redactado actual de la ORLA, algunos circuitos pueden ser objeto de doble penalización.

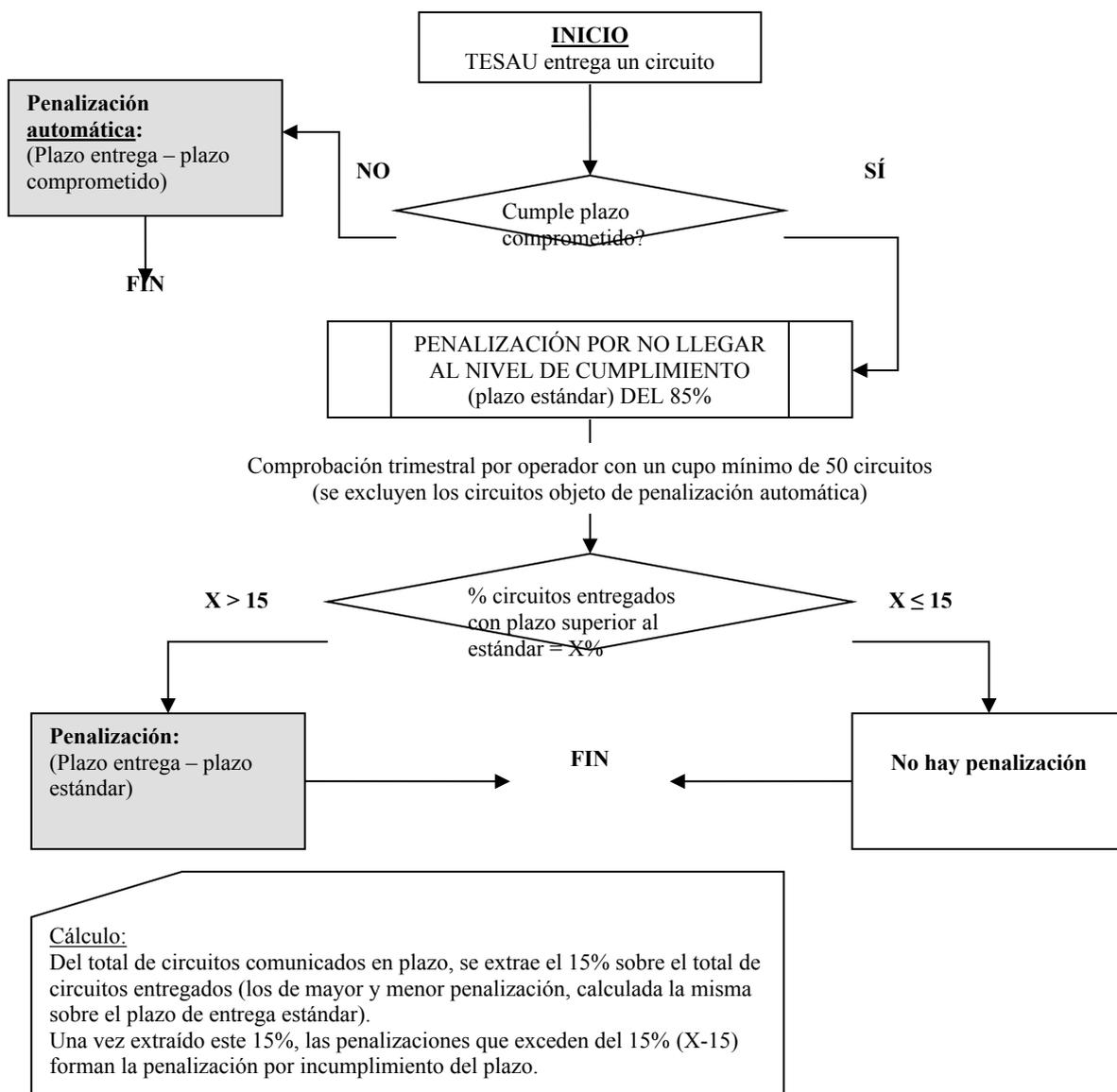
De hecho, suponiendo que TESAU siempre comunicara como plazo de compromiso el estándar de la ORLA para todos los circuitos y no llegara al 85% de cumplimiento, determinados circuitos serían objeto de penalización doble. En concreto, el número de circuitos doblemente penalizados ascendería a $X-15\%$, siendo X el nivel de incumplimiento.

Por tanto, cabría estimar parcialmente este apartado del Recurso.

Teniendo en cuenta lo anterior para evitar la doble penalización por retrasos en provisión, se ha de establecer el siguiente procedimiento, que deberá incluirse en el apartado II.6.4 de la Resolución recurrida y el apartado 4 (Niveles de calidad) del cuerpo de la ORLA:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES



Adicionalmente, deben realizarse las siguientes puntualizaciones para ayudar en la comprensión de las modificaciones propuestas:

- Las penalizaciones automáticas (no sujetas a la regla del 85) deben abonarse a más tardar el mes siguiente al mes vencido, mientras que las penalizaciones sujetas a la regla del 85% deben calcularse, como indica la ORLA, de forma trimestral.
- Como indica el gráfico, para los cálculos asociados a la regla del 85%, NO deben tenerse en cuenta en ningún caso los circuitos que hayan sido objeto de penalización automática. Por ejemplo, el número mínimo de 50 circuitos para aplicar la regla del 85% debe calcularse descontando los circuitos objeto de penalización automática.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

QUINTO.- Sobre la reutilización de las infraestructuras OBA.

TESAU considera que la posibilidad prevista en la ORLA acerca de la reutilización de infraestructuras OBA para las líneas Ethernet y para líneas alquiladas con interfaces tradicionales de interconexión de circuitos, resulta contrario a lo establecido en la Resolución de esta Comisión de 11 de mayo de 2006, por la que se aprobó la definición del mercado desagregado al bucle metálico al por mayor, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativos de mercado y la imposición de obligaciones específicas (mercado 11), obligaciones que dieron lugar a la aprobación de la OBA.

En aquella Resolución arriba indicada, según TESAU, se determinó el alcance del servicio de ubicación, alcance que excluye a otros servicios distintos a los servicios del mercado 11. Además, añade que esta posibilidad de reutilización de las infraestructuras OBA en aquellos supuestos en que sea técnicamente posible, no es una obligación incluida dentro de las impuestas en esa Resolución del mercado 11.

En primer lugar, cabe contestar a TESAU que en general no hay argumentos técnicos en contra de la reutilización de infraestructuras. Y cuando existen, la ORLA ya permite a TESAU denegar la reutilización de infraestructuras por inviabilidad técnica debidamente justificada.

En segundo lugar, cabe destacar que permitir la reutilización de infraestructuras OBA (siempre que sea técnicamente eficiente) para otros servicios regulados es una práctica habitual en el resto de Europa.

En defensa de lo anterior, cabe citar aquí la reciente Posición Común del ERG sobre “best practices” en las obligaciones a imponer en los operadores designados con PSM en los mercados mayoristas de líneas alquiladas⁸. En dicho documento se recomiendan con cierto detalle las obligaciones adecuadas para hacer frente a los problemas de competencia habituales.

A continuación se recogen las previsiones de la Posición Común acerca de la obligación de ubicación (subrayado añadido):

<i>Objective</i>	<i>Competition issue which arises frequently</i>	<i>Illustrative remedies</i>
<i>Assurance of collocation at delivery points (where necessary) and other associated facilities</i>	<i>A Network Operator providing retail services to end users on the basis of wholesale leased lines may need co-location, in-span or mid-span interconnection, backhaul and/or other associated facilities⁶ in order to make the offer effective. The terms on which co-location is made available should not be restricted more than is necessary for the efficient operation of the SMP</i>	<i>Where the NRA judges them to be necessary for the effective provision of a retail service, co-location and other associated facilities should be provided on a cost-oriented basis under clear rules and terms approved by the regulator.</i>

⁸ ERG (07) 54 Common Position on Best Practice in Remedies Imposed as a Consequence of a Position of Significant Market Power in the Relevant Markets for Wholesale Leased Lines.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

	<i>player's business. In particular, where it is efficient for the access seeker to use co-location in connection with other services, it should have the right to do so, except for objectively justifiable reasons.</i>	
--	---	--

Adicionalmente, la nota a pie de página número 6 indica:

"In practice, provision of any necessary associated facilities may be regulated under the provisions of a separate Market Review."

Es decir, el ERG recomienda la colubicación como facilidad asociada en la provisión de las líneas alquiladas mayoristas y en la nota al pie de página reconoce que la colubicación puede ser regulada en el marco de un análisis de mercado diferente al de líneas alquiladas. También en la Posición Común se reconoce que pueden existir denegaciones de acceso si existen causas objetivas y justificadas.

Por tanto, queda claro que las previsiones de esta Comisión sobre la reutilización de infraestructuras OBA en el marco de la ORLA son absolutamente coherentes con la Posición Común del ERG.

De hecho, la denegación de la reutilización de infraestructuras sin argumentos técnicos guarda una estrecha relación con la práctica anticompetitiva conocida como *"Raising Rivals Costs"*⁹, profusamente tratada en la literatura económica. En este caso, el principal motivo del operador que realiza dicha práctica (denegar la reutilización de infraestructuras) es forzar a los operadores a contratar servicios de conexión adicionales. De esta forma, se consigue que el operador afronte unos costes mayores a los estrictamente necesarios, lo que repercutirá negativamente en su capacidad competitiva en el nivel minorista.

Por todo lo anterior, esta Comisión debe desestimarse el recurso de TESAU en lo que respecta a este motivo de impugnación.

SEXTO.- Sobre el procedimiento de resolución de incidencias.

a) Sobre la presencia de un técnico de operador en domicilio del cliente.

TESAU alega la nulidad de la Resolución ORLA en relación con lo establecido finalmente en la ORLA respecto a que cuando ocurra una incidencia o avería en el domicilio del cliente directo del operador que haya contratado los servicios de la ORLA, TESAU tenga que desplazar personal técnico sin que sea imprescindible la presencia de un técnico del operador siendo TESAU quien solicite su presencia justificadamente. En caso de que los técnicos del operador finalmente acudan, TESAU no podrá reclamar las penalizaciones.

Pues bien, TESAU considera que dicha decisión se ha separado de la propuesta del Informe de Audiencia sin la debida justificación. Al respecto, esta Comisión no puede

⁹ Aumentar los costes del competidor.





COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

estimar esta alegación puesto que esta decisión ya fue planteada por los operadores alternativos en las aportaciones iniciales al expediente.

TESAU era plenamente consciente de que esta era una cuestión controvertida pues, como consta en el expediente, ejerció su derecho de acceso al mismo. De hecho, la propia TESAU ya alegó sobre alguno de estos puntos incluso antes del trámite de audiencia. Por tanto, la argumentación de TESAU acerca de la indefensión por separarse esta decisión del Informe de Audiencia, carece de fundamento.

En concreto, TESAU critica con los siguientes aspectos que conlleva la presencia del técnico de operador en domicilio del cliente:

- TESAU debe solicitar justificadamente la presencia del técnico del operador en la resolución de incidencias, cuando antes dicha presencia era imprescindible.
- Si finalmente acude el técnico del operador, TESAU en ningún caso podrá reclamar al operador el importe por avería inexistente.

Pues bien, respecto al primer punto, considera que todo el peso de la avería queda en sus manos puesto que la recurrente resulta ser la única obligada a acudir al domicilio del cliente ajeno asumiendo esta todos los costes que ello implica además del alto coste que supone el tiempo que transcurre entre la solicitud de que un técnico del operador se presente al domicilio del cliente que sufre la incidencia en caso de que TESAU así lo solicite y la efectiva llegada de dichos técnicos.

Este argumento sería apreciable si antes de que TESAU acudiera al domicilio del cliente, el Operador no hubiera realizado las comprobaciones necesarias y verificando que la avería no se encontraba en los equipos y servicios de su ámbito de responsabilidad, requisito previo para que el Operador curse la reclamación a Telefónica de España incluyendo en la misma los datos obtenidos de las comprobaciones previas. Por tanto, si tras las comprobaciones se supone que la avería se sitúa en los equipos y servicios de ámbito de responsabilidad de la recurrente, resulta obvio que sea ésta quien resulte responsable de la resolución de la avería ajustándose al procedimiento previsto.

Tal y como se ha podido comprobar, las objeciones de TESAU son confusas además de que el cambio introducido en la Resolución evitan los problemas que alegaba en la OIR 2005 en cuanto a las dificultades que generaba la necesidad de la presencia del técnico del operador siempre que fuera reportada una incidencia. En este sentido, hay que añadir que además, la mayoría de dichos argumentos utilizados por la propia TESAU serían válidos de haber mantenido la redacción de la OIR 2005. El análisis de TESAU se recoge en el siguiente párrafo:

“Esta posibilidad resulta operativamente ineficaz, y en ocasiones hasta inviable, debido a que los técnicos de Telefónica de España deberían permanecer ociosos en el domicilio del cliente hasta la llegada de los técnicos del operador, con el consiguiente coste económico cuantificable. Surge además la duda de cómo proceder y cuanto esperar si los técnicos del operador no se presentasen a las pruebas, por ejemplo. Evidentemente esta situación puede dar lugar a numerosos conflictos entre los operadores.”

Pues bien, en la OIR 2005 se establecía que era imprescindible la presencia del técnico de cliente, sin excepciones. Una relectura del párrafo anterior demuestra que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las objeciones de TESAU estaban más justificadas en la OIR 2005 que en la ORLA puesto que con el redactado actual en la Resolución ORLA, TESAU puede evitar los problemas que plantea simplemente no requiriendo la presencia de técnicos del operador en la resolución de incidencias.

Por otra parte, respecto a la alegación expresada por TESAU en el escrito de su recurso, cuando manifiesta:

“Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, la CMT si bien analiza en su resolución las alegaciones realizadas al respecto por los operadores no ha motivado suficientemente su decisión. Es más, parece que no comparte la opinión de los operadores pues en la resolución se realizan afirmaciones como “no se comprende que sea problemático para los operadores disponer de personal técnico preparado para agilizar la resolución de incidencias de sus clientes empresariales” (página 48 de la resolución) o “a la CMT le sigue resultando sorprendente que suponga un contratiempo tan grave tener dispuesto personal técnico en caso de incidencia.”

Hay que subrayar que no se les ha dado la razón a los operadores en este punto tal y como parece desprenderse del escrito de recurso de TESAU. Los operadores solicitaban la eliminación de toda referencia a la presencia de técnico de cliente en la resolución de incidencias. Por tanto, tal y como se puede comprobar, esta Comisión no ha eliminado este punto, sino que en lugar de hacer imprescindible su presencia, lo deja al criterio de TESAU, con lo que realmente se le está proporcionando una flexibilidad de la que no disponía en la OIR 2005.

Por todas estas razones, esta Comisión desestima este motivo de impugnación del Recurso de reposición interpuesto por TESAU.

Ahora bien, respecto al segundo punto, esto es, sobre la imposibilidad de reclamar penalizaciones por avería inexistente, para comprender la decisión de esta Comisión, merece la pena recordar el motivo de la introducción de dichas penalizaciones en la OIR.

Las penalizaciones por avería inexistente se introdujeron en la OIR 2003¹⁰ a propuesta de TESAU (subrayado añadido):

“Telefónica desea en su propuesta llamar la atención sobre el comportamiento de algunos operadores que comunican incidencias de averías en interconexión a Telefónica sin analizar previamente sobre qué red se localiza realmente la avería. De este modo, Telefónica considera que está asumiendo problemas ajenos a su red que pudieran haberse solucionado con una mera comprobación por parte del operador alternativo.”

Es decir, este tipo de penalizaciones se introdujeron en la OIR con el fin de evitar que los operadores, ante cualquier incidencia, directamente notificaran la avería a TESAU sin realizar ningún tipo de comprobación en su red.

Si un técnico del operador alternativo se desplaza al domicilio del cliente es evidente que el operador está implicado en la resolución de la incidencia y habrá realizado

¹⁰ Apartado II.10 de la Resolución de 10 de julio de 2003 de modificación de la OIR (MTZ 2002/7459).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

todas las comprobaciones necesarias en su red. Penalizarle por avería inexistente en este caso iría contra el espíritu de esta medida.

Por tanto, también procede desestimar este punto del recurso de TESAU.

b) Diagnóstico de averías.

TESAU considera que esta nueva obligación introducida en la Resolución ORLA, es innecesaria e ineficaz además de que la misma no constaba en el Informe de Audiencia generándole indefensión a la recurrente por lo que considera que dicha decisión es nula.

Esta Comisión no entiende como TESAU califica esta decisión como innecesaria e ineficaz pues resulta contradictorio que, por un lado, alegue esto y por otro, ella misma esté ofreciendo este diagnóstico en la oferta de las troncales, sin que esta Comisión le haya impuesto tal obligación. Este ofrecimiento de TESAU a realizar el diagnóstico de las averías está disponible en

http://www.telefonicaonline.com/on/onTOFichaProducto?v_producto=61653:

“TELEFÓNICA emitirá un diagnóstico en el plazo de 1 h. en horario diurno ó 3 h. en horario nocturno y/o sábados, domingos y festivos, en función de la entidad de la avería producida, informando de ello al operador así como del plazo más probable del franqueo de la avería, con independencia de que a partir de la notificación de la reclamación por parte del operador comience a correr el plazo para la aplicación de las correspondientes penalizaciones, si proceden.”

Por otra parte, respecto a que la decisión no figuraba en el Informe de Audiencia, cabe recordar que esta decisión ya fue planteada por los operadores alternativos en las aportaciones iniciales al expediente, por lo que se puede constatar que TESAU era plenamente consciente dado que esta solicitud consta en el expediente sobre el que TESAU ha ejercido su derecho de acceso. De hecho, la propia TESAU ya alegó sobre alguno de estos puntos incluso antes del trámite de audiencia.

Por tanto, la argumentación acerca de la indefensión por separarse esta decisión del Informe de Audiencia, carece de fundamento.

Sobre la afirmación de TESAU de que incluir en la ORLA la obligación de comunicar al operador una hora prevista y un diagnóstico de la resolución de la incidencia es una obligación ineficiente, carente de sentido, no aporta valor y entorpece al procedimiento de resolución de incidencias, esta Comisión considera lo siguiente:

Es conocido que las líneas alquiladas son servicios vitales para las empresas que las contratan. En numerosas ocasiones, una incidencia de pocas horas de una sola línea alquilada puede generar pérdidas muy cuantiosas para el cliente final. Como TESAU de sobra conoce, proporcionar información fiable y veraz acerca de la resolución de incidencia palió la gravedad de la situación y aumenta de forma muy considerable la credibilidad del operador ante el cliente.

Por este motivo, a esta Comisión no le parece en absoluto fuera de lugar aumentar la transparencia del proceso, de forma que cuando TESAU diagnostique una incidencia y





COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tenga una previsión acerca de la hora de cierre, informe al operador demandante del servicio.

En relación con las críticas de TESAU relacionadas con la interpretación *ad absurdum* (comunicar el diagnóstico un segundo antes de la resolución de la misma) cabe responder lo siguiente:

- i) TESAU debe indicar el diagnóstico dentro del plazo regulado para cada tipo de incidencia. Así, en caso de retraso en la resolución de una incidencia, como mínimo deberá haber informado del diagnóstico dentro del plazo estándar, sin perjuicio de las penalizaciones por retraso correspondientes.
- ii) En numerosas ocasiones la recurrente crítica a la Comisión por imponer obligaciones asumiendo determinados comportamientos estratégicos o incumplimientos por su parte. Pues bien, en esta ocasión se ha regulado confiando en que TESAU informará con la debida diligencia al operador.

En conclusión, procede desestimar íntegramente esta parte del recurso.

SÉPTIMO.- Sobre la falta de motivación e incongruencia omisiva.

TESAU, ampara los motivos de impugnación cifrados en los Antecedentes de Hecho de esta Resolución con las letras b), c) y d)¹¹ en virtud de los cuales califica a la Resolución como nula de pleno derecho por la indefensión que le ha generado lo ahí alegado debido a la falta de motivación en todos esos motivos y por existir un supuesto de incongruencia omisiva. A este respecto, alude al artículo 89.1 de la LRJPAC que establece que la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo. A su vez, este mismo precepto establece que la Resolución habrá de ser motivada, remitiéndose a lo dispuesto en el artículo 54 de la misma LRJPAC.

En relación con lo anterior, TESAU considera que con las decisiones ahora impugnadas se le ha ocasionado la indefensión proscrita por el artículo 24 de nuestra Constitución en virtud de la incongruencia omisiva y falta de motivación de la que adolece la Resolución ahora impugnada.

En relación con la motivación de los actos administrativos, la exigencia contenida en el artículo 54.1 de la LRJPAC se traduce en la obligación de exteriorizar las razones que sirven de fundamento a la decisión administrativa, realizando una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de Derecho que dan lugar a la adopción de la decisión, en aras de permitir a los afectados ejercitar debidamente su derecho de defensa, pero sin que se requiera una profunda, extensa y detallada exposición de los razonamientos o argumentos determinantes de su adopción.

En este sentido, puede tenerse en cuenta, entre otras¹², la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de fecha 29 de marzo de 2004 (RJ 2004/1849), en la que se señalaba lo siguiente:

¹¹ b) Sobre los plazos establecidos en la ORLA para la provisión de servicio de enlace a cliente.

c) Sobre la modificación de los precios del servicio de enlace a cliente de los circuitos alquilados sobre interfaces tradicionales.

d) Sobre las penalizaciones.





COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“El deber de motivación de los actos administrativos tiene por finalidad, según se refiere en la sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2003 (RC 3905/2000 [RJ 2003\9526]), que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto”.

Resultando, pues, que la Resolución impugnada detalló debidamente las razones respecto de las decisiones ahí adoptadas, razones expuestas no solo en el Informe de Audiencia, sino en todo el conjunto del expediente al que tuvo acceso TESAU por la falta de motivación y muchos menos, la incongruencia omisiva alegada.

En virtud de lo anterior, debe descartarse, que se haya producido indefensión a la recurrente.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9625) se produce indefensión por la falta de motivación de una resolución cuando se desconocen las razones por las que se ha aprobado ésta, impidiendo una defensa adecuada al impugnarse la misma (*“el defecto de falta de motivación de la resolución originaria, incluso en el caso que existiera, no puede tener la trascendencia, que se predica, de generar la nulidad de tal resolución, pues la falta de motivación, conforme también a reiterada jurisprudencia, tiene trascendencia, cuando sitúa al afectado en situación de indefensión, al desconocer las razones o motivos por los que se le deniega una petición y no poder hacer la defensa adecuada”*).

En el presente caso, habida cuenta del recurso de reposición interpuesto por TESAU y, asimismo, la contestación detallada y correctamente fundamentada que tanto en la Resolución impugnada como en la presente Resolución del recurso interpuesto, se da a todas y cada una de las alegaciones de la recurrente, debe rechazarse el motivo invocado por TESAU sobre la falta de motivación y la incongruencia omisiva de la Resolución impugnada.

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007, recaída en el expediente MTZ 2007/219, en lo que respecta a la doble penalización por retrasos en provisión (apartado b) del Fundamento Jurídico Material CUARTO).

SEGUNDO.- Modificar el apartado 4 (niveles de calidad) del cuerpo de la ORLA y el apartado II.6.4 de la Resolución recurrida que deberán ser redactados do conformidad con el Fundamento de Derecho cuarto, apartado b) de la presente Resolución..

TERCERO.- Desestimar los restantes motivos de impugnación del recurso de reposición, por cuanto que no ha lugar a las alegaciones que fundamentan el mismo y, consecuentemente, se confirma y mantiene el contenido íntegro, salvo la modificación especificada en el anterior resuelve segundo, en los términos en que se estableció al momento de dictarse la misma por estar plenamente ajustada a Derecho.

¹² Véanse también las Sentencias de fecha 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/2957), 29 de febrero de 2000, (2000/3166) 20 de enero de 1998 (RJ 1998\1418), 25 de mayo de 1998 (RJ 1998\4486), 9 de febrero de 1996 (RJ 1996/1105), 12 de diciembre de 1990 (1990/9918).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

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

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Reinaldo Rodríguez Illera

EL SECRETARIO

Ignacio Redondo Andreu