



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

CERTIFICA

Que en la Sesión número 29/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 26 de julio de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de fecha 26 de abril de 2012 de revisión del calendario de implantación del servicio NEBA (AJ 2012/1134).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de fecha 10 de noviembre de 2011 recaída en el expediente DT 2011/738.

En el ejercicio de su función de definición y análisis de los mercados, con fecha 22 de enero de 2009 esta Comisión adoptó la Resolución de análisis de los mercados 4 y 5 (mercado de acceso físico al por mayor a infraestructura de red en una ubicación fija y mercado de acceso de banda ancha al por mayor)¹.

Dicha Resolución determinó que Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) tenía individualmente poder significativo en el mercado 5 (mercado de acceso de banda ancha al por mayor). En consecuencia, esta Comisión impuso a Telefónica obligaciones de dar acceso, de aplicar unos precios orientados a costes, de ser transparente y no discriminar y de llevar cuentas separadas. En particular, se impuso a Telefónica el deber de ofrecer un nuevo servicio mayorista de banda ancha.

En atención a lo anterior, con fecha 11 de noviembre de 2010 esta Comisión aprobó la Resolución en la que se especificaron las características del nuevo servicio de acceso indirecto de banda ancha (NEBA) (DT 2009/497).

¹ MTZ 2008/626.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En la citada Resolución, se indicaba que este nuevo servicio NEBA debía estar disponible el día 1 de enero de 2012, y se imponía asimismo a Telefónica la obligación de remitir la propuesta de oferta de referencia basada en la especificación del servicio aprobada en la Resolución citada.

El calendario establecido en la citada resolución era el siguiente:

Hito para NEBA	Fase I	Fase II
Distribución de guías de uso, flujogramas, esquemas WSDL y XSD y acuerdos de nivel de servicio para Web Services	1 octubre 2011	1 abril 2012
Entorno de pruebas para Web Services	1 noviembre 2011	1 mayo 2012
Disponibilidad precomercial	1 enero 2012	1 julio 2012
Disponibilidad comercial	1 abril 2012	1 octubre 2012

Tras remitir Telefónica su propuesta de oferta de referencia, con fecha 23 de marzo de 2011 esta Comisión inició un procedimiento administrativo de revisión de la misma (DT 2011/738), con el objeto de examinar su contenido global, salvo los aspectos de precios.

El citado procedimiento DT 2011/738, finalizó con la Resolución de fecha 10 de noviembre de 2011, en la que esta Comisión resolvió aprobar la oferta de referencia contenida en el anexo a la Resolución, indicando que debía implementar la misma conforme al calendario previamente fijado en la Resolución de fecha 11 de noviembre de 2010.

Con fecha 12 de diciembre de 2011, Telefónica interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución citada. En su escrito, la entidad recurrente solicitó, entre otras medidas, un aplazamiento de la fecha de disponibilidad del servicio NEBA y propuso que se retrasase hasta el 1 de julio de 2012 con la consiguiente modificación del resto de fechas necesarias para el correcto funcionamiento del servicio.

SEGUNDO.- Resolución de fecha 26 de abril de 2012 recaída en el expediente DT 2011/2744.

A la vista de la petición de Telefónica de aplazamiento del plazo para la disponibilidad del servicio NEBA, y dado que la Resolución del recurso interpuesto no era el cauce procedimental para resolver sobre la misma, esta Comisión decidió iniciar el procedimiento DT 2011/2744, cuya resolución ahora se recurre, con el objeto de analizar y resolver sobre la conveniencia de aplazar el calendario de disponibilidad del servicio.

Iniciado el citado procedimiento, y en virtud del artículo 48.7 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), esta Comisión mediante Resolución de fecha 12 de enero de 2012 decidió cautelarmente suspender la obligación de Telefónica de poner en marcha el piloto precomercial de la Fase 1 de NEBA el día 1 de enero de 2012, así como su disponibilidad comercial, prevista inicialmente para el 1 de abril del mismo año.

Posteriormente, tras la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, con fecha 26 de abril de 2012, el Consejo de esta Comisión acordó, entre otros, atender a la solicitud de Telefónica y modificar los plazos para la disponibilidad precomercial y comercial del servicio NEBA, fijando el siguiente calendario:



Hito para NEBA	Fase 1	Fase 2
Distribución de guías de uso, flujogramas, esquemas WSDL y XSD y ANS para Web Services	18 mayo 2012	18 mayo 2012
Entorno de pruebas para Web Services	1 mayo 2012	1 octubre 2012
Disponibilidad precomercial	1 julio 2012	1 diciembre 2012
Disponibilidad comercial	1 octubre 2012	1 marzo 2013

TERCERO.- Recurso presentado por Telefónica contra la Resolución DT 2011/2744.

Con fecha 1 de junio de 2012, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de la entidad Telefónica por el que interpuso recurso potestativo de reposición contra la resolución de fecha de fecha 26 de abril de 2012. En el expositivo del citado escrito, la entidad solicitaba la suspensión de la ejecutividad de la Resolución recurrida, si bien no fundamentaba los motivos de tal petición ni alegaba la existencia de perjuicios que le pudiera ocasionar la misma.

Posteriormente, mediante escrito con entrada en el Registro de esta Comisión el día 7 de junio de 2012, Telefónica reconoce que la solicitud de suspensión se debe a un error material, y solicita que se considere subsanado el mismo, para lo que remite nuevamente una reproducción exacta del recurso de reposición sin la citada solicitud de suspensión.

Telefónica solicita la revisión de la resolución recurrida sobre la base de las siguientes alegaciones:

- a) Telefónica se muestra disconforme con los nuevos plazos de puesta en marcha del servicio NEBA

Según Telefónica, el nuevo calendario establecido por esta Comisión en la Resolución recurrida *“es totalmente perjudicial a sus intereses habiéndose adoptado además sin tener en completa consideración las alegaciones formuladas por mi representada”*.

Para la entidad recurrente el retraso previsto en la Resolución recurrida no resulta suficiente para la correcta realización y coordinación de los trabajos que afectan a los diferentes servicios implicados y resulta de imposible cumplimiento.

Añade, además, que *“se puede deducir que los cambios planteados por la CMT solo favorecen a los operadores que se han retrasado en sus desarrollos a pesar de que no es la primera vez que se posterga en el tiempo la fecha de apagado del SGO”*.

Adicionalmente, en relación con esta alegación, Telefónica manifiesta la existencia de otros condicionantes que esta Comisión no ha tenido en cuenta a la hora de establecer el calendario, y que son los siguientes:

- En la Fase I, un cliente final con NEBA tendrá serios inconvenientes en el caso de que quiera cambiar de servicio, por lo que no resulta procedente el lanzamiento del servicio en dos fases diferenciadas.
- Diciembre es un mes problemático en nuestro sector para la implantación de sistemas y puede provocar situaciones de difícil solución, por lo que el modo de actuación más adecuado a la situación.



Por todo ello, propone como fecha de lanzamiento el día 1 de marzo de 2013, tanto para la Fase I como para la Fase II.

- b) Sobre la desproporción de la obligación de cobertura en el servicio NEBA cobre y de atender las solicitudes de altas de pPAIs

Según Telefónica resulta “*incoherente y desproporcionado*” el mantener obligaciones directamente relacionadas con un servicio sobre el que se ha decidido retrasar la puesta en marcha.

Señala que ante la inexistencia de perjuicio alguno y la inexistencia de interés público que justifique el mantenimiento de la obligación, esta Comisión debe eliminar la obligación de cobertura del NEBA-cobre hasta que el nuevo servicio de acceso indirecto esté disponible de forma comercial.

Asimismo, solicita posponer la obligación de atender solicitudes de alta de puntos de acceso indirecto (en adelante, pPAI) a enero de 2013, dos meses antes de la fecha propuesta por ella para la disponibilidad del piloto precomercial del servicio.

- c) Sobre la imposición de obligaciones contrarias a la necesidad de realizar inversiones de forma eficiente

Telefónica manifiesta que la necesidad de acometer inversiones en recursos que permanecerán “ociosos” hasta la puesta en marcha del servicio NEBA en un gasto ineficiente y, por tanto, vulnera el artículo 43 de la LGTel.

CUARTO.- Inicio del procedimiento y alegaciones de otros operadores interesados.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión se acordó el inicio del procedimiento, tramitado con número de expediente AJ 2012/1134, y se les notificó a los interesados dándoles un plazo de 10 días para que pudieran presentar las alegaciones y los documentos que estimaran convenientes.

Han presentado alegaciones Vodafone España, S.A.U. (en adelante, Vodafone) y France Telecom España, S.A.U. (en adelante, Orange).

Vodafone solicita que se estime la fecha propuesta por Telefónica de aplazamiento del inicio de la fase precomercial del servicio NEBA.

En lo que se refiere al resto de alegaciones de Telefónica, Vodafone se muestra disconforme con las mismas y solicita a esta Comisión que sean desestimadas.

Por su parte Orange, además de criticar el cauce procedimental usado por Telefónica para solicitar un nuevo aplazamiento, solicita la desestimación del recurso y el mantenimiento de todas las obligaciones impuestas a Telefónica en los términos y plazos previstos en la Resolución recurrida.

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



II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación.

El artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) establece que contra las resoluciones y los actos de trámite cualificados podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

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

La entidad 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 48.12 de la LGTel, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado como recurso de reposición, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC.

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. A su vez, el artículo 31 de la misma Ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos y los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

De acuerdo a lo señalado, la entidad recurrente ostenta la condición de interesado en el presente recurso por cuanto las medidas que establece la Resolución impugnada trascienden al interés público y tienen incidencia en sus derechos e intereses legítimos.

TERCERO.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición fue interpuesto el día 1 de junio de 2012, es decir, dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la LRJPAC y además, cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la misma Ley, por lo que debe entenderse interpuesto en tiempo y forma, procediendo su admisión a trámite.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

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

Asimismo, el artículo 117.2 de la LRJPAC dispone que los recursos deben ser resueltos y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente al de su recepción. Sin



embargo, tal y como prevé el artículo 43.2 de la misma Ley, en defecto de notificación en plazo de la resolución expresa, el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la fecha de disponibilidad del servicio NEBA.

Telefónica recurre la Resolución de referencia al considerar insuficiente el retraso de disponibilidad del servicio NEBA previsto en la misma, en atención al perjuicio que le producirá no volver a retrasar las fechas de disponibilidad del servicio y por la imposibilidad de cumplir en plazo con el mismo.

Para la entidad recurrente el retraso previsto en la Resolución recurrida no resulta suficiente para la correcta realización y coordinación de los trabajos que afectan a los diferentes servicios implicados y resulta de imposible cumplimiento.

Según Telefónica el nuevo calendario establecido por esta Comisión en la Resolución recurrida *“es totalmente perjudicial a sus intereses habiéndose adoptado además sin tener en completa consideración las alegaciones formuladas por mi representada”*.

Por todo ello, propone como fecha de lanzamiento el 1 de marzo de 2013, tanto para la Fase I como para la Fase II.

Por su parte, Vodafone solicita a esta Comisión que acepte la propuesta de Telefónica de retrasar el lanzamiento precomercial del servicio al día 1 de marzo de 2013.

El motivo debe decaer bajo los argumentos formales y materiales que exponemos a continuación.

Como ya hemos puesto de manifiesto en los antecedentes, si bien la solicitud de Telefónica de retrasar la puesta en marcha del servicio NEBA fue inadmitida en sede de recurso, esta Comisión consideró necesario abrir un procedimiento *ad hoc* para analizar la petición de Telefónica, cuyo número de expediente es el DT 2011/2744. Nos encontramos, por tanto, ante un procedimiento, el ahora recurrido, iniciado a instancia de parte, de conformidad con el artículo 68 de la LRJPAC, cuestión ésta última que interesa remarcar por el grado de vinculación por parte de Telefónica de las pretensiones que motivaron su inicio y que no fueron otras que el retraso de la disponibilidad del servicio NEBA hasta el día 1 de julio de 2012.

La concreta pretensión de Telefónica contenida en el recurso de fecha 12 de diciembre de 2011, y que fue objeto en el procedimiento recurrido, fue la siguiente:

“Por ello y a pesar que mi representada tendría todo preparado para salir en la fecha inicialmente prevista del 1 de enero de 2012, Telefónica de España solicita la modificación del calendario NEBA de la siguiente forma:

- 1. Diferir el lanzamiento de la Fase I del NEBA hasta el apagado de OBA-SGO. En el roadmap actual, este apagado se produce el 1 de julio de 2012.*
- 2. Incluir en la Fase II del NEBA la coordinación de portabilidad entre terceros y diferir dicha Fase al 1 de diciembre de 2012, siempre que no haya retrasos en la efectividad de la coordinación de traspasos entre tercero para prolongación de par.*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con este nuevo calendario conseguiríamos un ajuste del servicio NEBA a la realidad del mercado, aunque sería preciso además desplazar muchos más servicios”.

Y además incorporó la siguiente propuesta de hitos temporales:

Hito para NEBA	Fase I	Fase II
Disponibilidad precomercial	1 julio 2012	1 diciembre 2012
Disponibilidad comercial	1 octubre 2012	1 marzo 2013

Por su parte, Vodafone solicitó a esta Comisión la aplicación del nuevo calendario propuesto por Telefónica.

Durante la tramitación del procedimiento ahora recurrido, tanto Telefónica como el resto de operadores interesados presentaron las alegaciones que estimaron convenientes. Consta en el expediente, que tanto Telefónica como Vodafone presentaron varios escritos de alegaciones a lo largo del procedimiento, en los que no solicitaron una modificación de la pretensión inicial de Telefónica. Es decir, en ellos mantienen inalterada la propuesta de modificación de los plazos a fecha 1 de julio de 2012.

Una vez instruido el procedimiento, con fecha 9 de marzo de 2012, esta Comisión dio apertura al trámite de audiencia, poniendo lo actuado a disposición de los interesados para presentar las alegaciones oportunas.

Telefónica y Vodafone presentaron sus alegaciones al trámite de audiencia mediante los respectivos escritos de fechas 28 y 23 de marzo de 2012, y es aquí donde solicitaron la modificación de la pretensión inicial al solicitar nuevamente un aplazamiento adicional de los plazos de inicio del servicio.

De todo lo expuesto, no cabe duda de que nos encontramos ante un recurso que impugna una resolución que atiende plenamente a las peticiones iniciales del interesado que motivaron su apertura, si bien tales pretensiones fueron modificadas por Telefónica y confirmadas por Vodafone en las alegaciones en el periodo de audiencia, lo que pone en duda la vinculación de las mismas al órgano decisor.

No se discute, por tanto, si es posible alterar el “petitum” inicial del administrado durante la tramitación del procedimiento, que según reiterada jurisprudencia cabría siempre y cuando la alteración no sea de carácter sustancial y por tanto desvirtúe los motivos por los que se inició el procedimiento. Lo que sí ofrece dudas, es precisamente el alcance de la modificación y el momento procedimental escogido por las entidades para ello.

Analizamos, por tanto, ambas cuestiones.

- a) El trámite de audiencia no puede ser el momento procedimental adecuado para introducir de manera injustificada nuevas cuestiones que han podido ser expuestas a lo largo del procedimiento

Esta Comisión considera que el trámite de audiencia no resulta el momento idóneo para introducir un cambio injustificado en el objeto del procedimiento, por cuanto el mismo se configura como un trámite en el que las partes tienen derecho a ser “oídas” en relación con todo lo instruido durante el procedimiento², pero no especialmente configurado para introducir cuestiones que pudiendo haberlas puesto de manifiesto a lo largo del expediente los interesados no lo han hecho.

² Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 octubre 1982(RJ 1982\6365) el trámite de audiencia “ha sido calificado de



El trámite de audiencia y las alegaciones al mismo se configuran como la última actividad procedimental inmediatamente anterior a la propuesta de Resolución, por lo que un cambio injustificado de las pretensiones en esta fase, qué duda cabe que deja poco margen de actuación a la administración y en particular al resto de interesados ante la imposibilidad de alegar al respecto³.

Tampoco sería argumento válido admitir que el órgano decisor abriera un sucesivo trámite de audiencia de manera injustificada, por cuanto sería como afirmar la posibilidad de fijar un plazo de resolución ilimitado ante sucesivas modificaciones del objeto del proceso.

Por este motivo, se puede deducir que el legislador entendió la necesidad de fijar en el procedimiento dos periodos de alegaciones de naturaleza distinta y con una vinculación para el órgano decisor claramente diferenciada. Así, la LRJPAC prevé, por un lado, un periodo para que los interesados puedan presentar las alegaciones y documentos que estimen conveniente a lo largo del procedimiento hasta la apertura del trámite de audiencia, y por otro lado, en el momento inmediatamente anterior a la redacción de la propuesta de resolución y una vez instruido el procedimiento, prevé el período de audiencia y las alegaciones al mismo.

El plazo para la presentación de las alegaciones “ordinarias” previstas en el artículo 79 de la LRJPAC comprende todo el procedimiento hasta el momento anterior al trámite de audiencia.

“1. los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio.

Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución.

(...)”.

Se desprende del tenor literal del precepto que esta actividad se configura como un derecho de los interesados durante la tramitación del procedimiento, y una obligación para el órgano decisor, ya que, según el artículo transcrito, estas alegaciones, documentos u otros elementos de juicio “*serán tenidos*” en cuenta por el órgano competente, sin perjuicio del sentido de la decisión posterior.

Sin embargo, este carácter imperativo de la norma hacia la administración desaparece del texto legal al referirse al periodo de alegaciones en el trámite de audiencia. En este sentido el artículo 84 de la LRJPAC no exige expresamente al órgano decisor tener en cuenta las alegaciones, quizás por el carácter del propio trámite. Como ya hemos señalado, este trámite tiene por objeto poner a disposición de los interesados todo lo actuado en la instrucción del procedimiento para que puedan alegar sobre lo instruido, pero no sobre cuestiones no analizadas y discutidas en la citada instrucción, ya que la admisión de nuevas pretensiones injustificadas pondría en una clara situación de indefensión al resto de interesados ante la imposibilidad de conocer y alegar sobre las mismas, y supondría el incumplimiento del procedimiento legalmente establecido por la LRJPAC que impone, precisamente como garantía para los administrados, la obligación de dar cumplimiento a los trámites que componen el procedimiento necesarios para resolver el mismo.

En atención a lo anterior, esta Comisión no estaba obligada a tener en cuenta las nuevas pretensiones de Telefónica introducidas en el trámite de audiencia.

sustancial, y esencialísimo por reiterada jurisprudencia, al constituir el presupuesto de la garantía procesal derivado del principio general de Derecho de que nadie debe ser condenado sin ser oído”.

³ Ver Sentencia del Tribunal Superior de Extremadura, de fecha 15 de mayo de 2008 (JUR 2008/294868).



- b) El recurso de reposición únicamente puede resolver sobre cuestiones analizadas y debatidas en el procedimiento principal y la resolución del mismo no puede suponer un empeoramiento de la situación inicial de los interesados

Sin perjuicio de lo anterior, esta Comisión en un claro ejercicio de respeto al principio de congruencia, objetividad, transparencia y no discriminación, dio contestación a todas las alegaciones de Telefónica y del resto de operadores presentadas en el trámite de audiencia, incluidas las relativas al aplazamiento de las fechas inicialmente previstas, justificando su desestimación. Ello no obstante, no puede ser argumento para hacer valer las mismas tampoco en sede de recurso, por cuanto la segunda instancia se configura como un cauce legal de revisión de aquellas cuestiones debatidas y resueltas en el procedimiento principal, sin que sea posible incorporar nuevas cuestiones que no pudieron ser objeto de análisis anteriormente⁴.

Como ya hemos señalado, en este caso, desde un punto de vista formal, el momento en que se produjo la petición de modificación del objeto del procedimiento imposibilitó, por un lado, el análisis profundo de las nuevas pretensiones y, por el otro, la posibilidad el ejercicio del resto de interesados de conocer las mismas y poder rebatirlas en su derecho de defensa.

Tener en cuenta las alegaciones y estimarlas en sede de recurso, además de la posibilidad de incurrir en una clara infracción del procedimiento administrativo, pues se estarían utilizando cauces procedimentales equivocados para resolver una cuestión de fondo, nueva y con afectación a los intereses y derechos del resto de operadores interesados, podría suponer también incurrir en un supuesto de “reformatio in peius” proscrita por el artículo 113.3 de la LRJPAC, por cuanto se estaría tomando en sede de recurso decisiones nuevas y más gravosas para algunos interesados, incluso para el interés general⁵.

La particularidad que representa los procedimientos tramitados por esta Comisión, en los que nos encontramos con la participación de una pluralidad de interesados con intereses contrapuestos, y este caso así sucede, exige la aplicación matizada de ciertas figuras del derecho administrativo general, por lo que la jurisprudencia ha tenido que ir desarrollando ciertas especialidades procedimentales *ad hoc* para salvar estas situaciones para las que la LRJPAC en principio no estaba preparada⁶. Es el caso, por ejemplo, de la aplicación de la “*reformatio in peius*” ya que el beneficio de unos interesados puede suponer, en ocasiones, un perjuicio para los otros cuyos intereses y derechos deben gozar de idéntica protección.

En consecuencia, modificar las fechas de puesta en marcha del servicio NEBA sí supondría una modificación sustancial del objeto del procedimiento, por cuanto las implicaciones de un hipotético aplazamiento de los plazos previstos inicialmente afectaría a aquellos operadores con claro interés en el cumplimiento de los mismos y cuyos derechos también deben ser protegidos.

La Resolución recurrida, en contestación a las alegaciones al trámite de audiencia de Telefónica, ya señaló esta cuestión:

“Resulta evidente que conciliar todas estas posturas es un ejercicio complejo, que requiere del regulador y de los operadores la necesaria flexibilidad en búsqueda de una solución que, sin perjudicar las tareas de migración de unos y los desarrollos de todos, permita que los operadores interesados en NEBA en el inmediato presente, y con razonable capacidad de

⁴ Ver, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 1 de abril de 1986 (RJ 1986/4205) y de fecha 20 de abril de 1987 (RJ 1987/2979)

⁵ Ver, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 3 de febrero de 1981 y 31 de octubre de 1996.

⁶ Ejemplos de ello, los encontramos en las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 10 de junio de 2008, 25 de febrero de 2009, y en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 2006.



adoptarlo a la mayor brevedad, puedan ejercer este derecho de la forma más satisfactoria posible, según lo previsto en las diferentes resoluciones que han configurado dicho servicio como una obligación mayorista de Telefónica”.

Y a todo lo anterior, debemos añadir la afectación al interés general que supondría una incorrecta regulación de un servicio tan relevante como el NEBA, ya que un aplazamiento injustificado del inicio del mismo redundaría negativamente tanto en el mercado de referencia como en última instancia en los usuarios finales, cuya satisfacción justifica una correcta y eficaz regulación, y en ocasiones sacrificar el interés particular de los operadores en beneficio del interés general.

El Tribunal Supremo, viene señalando que concurre un interés público general en el cumplimiento de las funciones ordenadoras del mercado encomendadas a esta Comisión, como recuerda en su Sentencia de 15 de febrero de 2010 (RC 2880/2007, JUR\2010\66659):

“el interés público más relevante es la protección de las funciones ordenadoras del mercado de las telecomunicaciones atribuidas al órgano regulador, que requieren una pronta atención y respeto por parte de los operadores a las resoluciones del citado órgano, especialmente teniendo en cuenta la acusada movilidad y rápida evolución del sector de las telecomunicaciones. Además, en la ponderación de intereses a la que se refiere el propio artículo 130 de la Ley jurisdiccional, habría de sumarse a este interés público, decisivo en asuntos como el presente, el interés particular de otras entidades particulares, contrapuesto al de la recurrente –operadora dominante en el mercado-, en que se cumplan las resoluciones dictadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (...).

Asimismo, existe en este caso un interés público especial en la aprobación de la Oferta de Referencia para el Servicio Mayorista NEBA. Y ello porque, como se recuerda en el Fundamento Cuarto (página 7) de la Resolución de esta Comisión de 9 de junio de 2005⁷ hay una relación directa entre la prestación efectiva de los servicios de una oferta de referencia por el operador dominante y el fomento de la competencia en el sector. Basta con recordar, que la Oferta de Referencia del servicio NEBA es consecuencia de la obligación impuesta a Telefónica como operador con poder significativo en el mercado de acceso de banda ancha al por mayor.

- c) No existe una justificación objetiva que haga pensar a esta Comisión que Telefónica no puede cumplir los plazos previstos en la Resolución recurrida

La obligación de Telefónica de tener disponible el servicio NEBA es una obligación personalísima de hacer que se impuso a Telefónica como consecuencia de su condición de operador con poder significativo de mercado en el mercado 5.

Telefónica señala que la imposibilidad de cumplir la citada obligación viene motivada, principalmente, por los siguientes hechos:

- No se prevé que los operadores vayan a tener finalizados todos los desarrollos necesarios que posibiliten el apagado del SGO para prolongación del par el 1 de julio de 2012.
- Es necesario que los diferentes servicios sean implantados de forma paulatina, en aras a posibilitar la adaptación de los sistemas en el conjunto del sector.
- No se prevé que los operadores vayan a tener finalizados todos los desarrollos necesarios para ofrecer el NEBA el 1 de julio de 2012.
- Diciembre en un mes problemático en el sector para la implantación de sistemas y puede provocar situaciones de difícil solución, por lo que el modo de actuación más adecuado es retrasar a marzo de 2013.

⁷ DT 2005/346



Se desprende de sus argumentos, que su incumplimiento vendría motivado por situaciones inciertas y ajenas a la propia Telefónica pero que no impedirían desde el punto de vista objetivo tener operativo el servicio. En este sentido, no resulta una condición necesaria para el cumplimiento de la obligación de Telefónica, que todos los operadores tengan finalizados los desarrollos que posibiliten el apagado del SGO o los desarrollos necesarios para ofrecer el NEBA a esa fecha, por cuanto ciertamente no afectaría a la implantación del nuevo servicio, sino más bien, y en todo caso, a su desarrollo posterior, cuestión que a día de hoy no contempla esta Comisión como posible.

Por otro lado, Telefónica conocía el calendario original de puesta en marcha del servicio NEBA desde noviembre de 2010, un calendario que surgió como resultado de un acuerdo general en el Foro de operadores NEBA. Por tanto, ha gozado de tiempo suficiente, a juicio de esta Comisión, para llevar a cabo sus desarrollos para la puesta en marcha de la Fase 1 en julio de 2012.

No existe por tanto, un motivo de carácter técnico o jurídico que imposibilite el cumplimiento por parte de Telefónica de los plazos previstos en la Resolución de fecha 26 de abril de 2012, y tampoco la entidad recurrente justifica y acredita los perjuicios que el cumplimiento le causaría.

SEGUNDO.- Sobre la desproporción de la obligación de cobertura en el servicio NEBA cobre y de atender las solicitudes de altas de pPAIs, y la imposición de obligaciones contrarias a la necesidad de realizar inversiones de forma eficiente

Según Telefónica resulta *“incoherente y desproporcionado”* el mantener obligaciones directamente relacionadas con un servicio sobre el que se ha decidido retrasar la puesta en marcha.

Señala que ante la inexistencia de perjuicio alguno y la inexistencia de interés público que justifique el mantenimiento de la obligación, esta Comisión debe eliminar la obligación de cobertura del NEBA-cobre hasta que el nuevo servicio de acceso indirecto esté disponible de forma comercial.

Por otro lado, Telefónica considera que en consonancia con su nueva propuesta de calendario, los criterios para atender solicitudes de alta de pPAIs deben ser modificados proporcionalmente.

Para la entidad recurrente *“tener que acometer inversiones en recursos que permanecerán ociosos hasta la puesta en marcha del servicio NEBA es un gasto completamente ineficiente”* por lo que el mantenimiento de las obligaciones de cobertura y la relativa a altas de pPAIs del servicio NEBA son inversiones ineficientes y por tanto con la imposición de las mismas en los plazos previstos se vulnera el artículo 43 de la LGTel.

Esta Comisión debe desestimar la petición de Telefónica de revocar temporalmente la obligación de cobertura por los mismos motivos ya argumentados en la Resolución de fecha 12 de enero de 2012 de suspensión cautelar del calendario de implantación del servicio NEBA, así como en la Resolución de fecha 26 de abril de 2012 recurrida.

La obligación de cobertura en el servicio NEBA en accesos de cobre fue impuesta por esta Comisión en la Resolución de fecha 11 de noviembre de 2010, en los siguientes términos:

“SEGUNDO.- A partir de la fecha de disponibilidad precomercial Telefónica garantizará una cobertura mínima del servicio NEBA en accesos de cobre del 97% de los pares en zona OBA (centrales con pares prolongados) y del 50% en zona no-OBA (centrales sin pares prolongados)”.



Ante la petición de Telefónica y una vez iniciado el procedimiento DT 2011/2744, esta Comisión aprobó una medida cautelar de suspensión de los plazos de inicio del servicio NEBA. No obstante, la citada Resolución excluyó expresamente de la aplicación de la medida, y por ende de la suspensión del plazo, la obligación de Telefónica de cobertura en accesos de cobre, señalando expresamente su vigencia en los términos previstos en la Resolución de fecha 11 de noviembre de 2010, esto es, la obligación es plenamente exigible a partir del 1 de enero de 2012.

Los argumentos para mantener la ejecutividad de la obligación, utilizados igualmente en la Resolución recurrida⁸, y que nos sirven ahora para desestimar la alegación de Telefónica, se basan en que las obligaciones de cobertura mínima no tienen relación ni con el desarrollo de la plataforma mayorista NEON de Telefónica ni con desarrollos de sistemas de otros operadores.

Efectivamente, estas obligaciones son consecuencia directa del análisis de los mercados de referencia, por lo que no están relacionadas con los desarrollos de sistemas que puedan realizar terceros operadores. No existe justificación alguna para que Telefónica no haya completado la cobertura NEBA en accesos de cobre para el día 1 de enero de 2012 (fecha inicialmente prevista para el comienzo de la Fase 1) del 97% de los pares en zona OBA y del 50% en zona no-OBA.

Cabe señalar que esta Comisión tras un periodo de información previa decidió iniciar con fecha 31 de mayo de 2012 un procedimiento administrativo con el objeto reexaminar las obligaciones impuestas a Telefónica sobre la cobertura del servicio NEBA, y en particular la situación en las áreas cubiertas por nodos remotos, ya que debido a problemas tecnológicos (pero también a actuaciones unilaterales) no se ha cumplido la cobertura objetivo a 1 de enero de 2012 ni se está cumpliendo la expectativa de que la cobertura NEBA sea creciente, en particular en los nodos remotos, poniendo en riesgo el objetivo de alcanzar una competencia efectiva en dichas zonas.

Ello no obstante, no ha supuesto la suspensión de la ejecutividad de la obligación que deriva, como hemos señalado, de la Resolución de fecha 11 de noviembre de 2010, que exige su cumplimiento a fecha 1 de enero de 2012.

Por otro lado, Telefónica considera que en consonancia con su nueva propuesta de calendario, los criterios para atender solicitudes de alta de pPAIs deben ser modificados proporcionalmente.

Según la entidad recurrente, la imposición de esta medida con más de dos meses de antelación a la disponibilidad del servicio NEBA supone una medida innecesaria, que no beneficia a ningún operador. Por ello, solicita posponer la obligación de atender solicitudes de alta de pPAI a enero de 2013, dos meses antes de la fecha propuesta para la disponibilidad del piloto precomercial.

Por su parte, Vodafone solicita que se mantenga la obligación de Telefónica de atender la solicitud de al menos un pPAI por operador mediante correo electrónico hasta la fecha en funcionamiento del servicio, y se le imponga, además, la obligación de atender al menos la solicitud de cuatro conexiones a dicho pPAI mediante correo electrónico y no exclusivamente mediante servicios web.

La pretensión de Telefónica decae por cuanto no se da la premisa necesaria para su estimación, que no es otra que el nuevo aplazamiento de los plazos solicitados por Telefónica en sede de recurso, que como hemos señalado no ha sido acogido favorablemente por esta Comisión.

Sin perjuicio de lo anterior, la modificación de esta medida ya fue solicitada por Telefónica en idénticos términos en el procedimiento principal y obtuvo la siguiente respuesta por parte de esta Comisión:

⁸ Ver páginas 13 y 14 de la Resolución de fecha 26 de abril de 2012.



“No obstante diversos operadores se muestran muy contrarios a esta opinión. Algunos, como Vodafone, mostrando en sus alegaciones su interés porque se sigan atendiendo las solicitudes vía correo electrónico. Otros, como BT o Euskaltel, predicando con el ejemplo, ya que afirman haber solicitado PAIs a Telefónica, sin éxito hasta el momento.

Como se avanzaba ya en la resolución de medidas cautelares, el razonamiento de Telefónica no está en línea con lo resuelto por la Comisión sobre el particular con anterioridad, pues precisamente se trataba en su momento de evitar cualquier demora en la disponibilidad efectiva del servicio hasta que los PAIs estuviesen establecidos. Ello implica que los pPAIs deben poder tramitarse con anterioridad al lanzamiento del servicio, y la vinculación que presentan con los circuitos de transporte necesarios justifica que puedan solicitarse con gran antelación, como justifican los operadores con sus alegaciones. Por ello se mantuvo la obligación en sus términos iniciales, y se sigue manteniendo ahora. Es decir, Telefónica sigue estando obligada a atender las peticiones de pPAIs NEBA que le dirijan los operadores mediante correo electrónico, medio que por el volumen previsible de solicitudes no resulta especialmente gravoso, hasta el momento en que el servicio NEBA entre en la fase de piloto precomercial en su Fase 1. Por lo demás, tan pronto como un operador tenga un pPAI plenamente operativo podría acordar con Telefónica la ejecución de pruebas de conectividad”.

Telefónica no aporta nuevos datos, hechos o pruebas que puedan desvirtuar el sentido de lo ya argumentado y decidido por esta Comisión en las resoluciones citadas y en la presente, por lo que se desestima la petición.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones,

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 26 de abril de 2012 de revisión del calendario de implantación del servicio NEBA (DT 2011/2744).

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 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a que se refiere el presente certificado 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 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en el artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.



El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros