



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 04/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 1 de febrero de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DE LOS RECURSOS POTESTATIVOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS POR LA ASOCIACION DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y POR FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A., CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2006 POR LA QUE SE ACORDÓ LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO PARA LA MODIFICACIÓN DE LA OFERTA DEL BUCLE DE ABONADO DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. COMO CONSECUENCIA DE LA PROPUESTA DEL LANZAMIENTO DE UN NUEVO SERVICIO MINORISTA DE ACCESO A INTERNET MEDIANTE ADSL, Y SE ACUERDA LA ADOPCIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR MODIFICANDO DICHA OFERTA DE REFERENCIA EN RELACIÓN CON LA OFERTA MAYORISTA DEL SERVICIO DE ACCESO A INTERNET DE BANDA ANCHA.

En relación con los recursos potestativos de reposición interpuestos por la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL) y por la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (en adelante, FRANCE TELECOM) contra la Resolución de esta Comisión de fecha 14 de septiembre de 2006, por la que se adoptó la apertura de un procedimiento para la modificación de la Oferta de Bucle de Abonado (en adelante, OBA) de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) como consecuencia de la propuesta del lanzamiento de un nuevo servicio minorista de acceso a internet mediante ADSL, y se acuerda la adopción de una medida cautelar modificando la OBA en relación con la oferta mayorista del servicio de acceso a Internet de banda ancha, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión número 04/07 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 1 de febrero de 2007, recaída en el expediente AJ 2006/1328 y acumulados.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de 14 de septiembre de 2006.

Con fecha 14 de septiembre de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una Resolución por la que se puso fin a un periodo de información previa, se procedió a la apertura de un procedimiento para la modificación de la OBA de TESAU como consecuencia de la propuesta del lanzamiento de un nuevo servicio minorista de acceso de banda ancha a Internet mediante la tecnología ADSL, y se acordó la adopción de una medida cautelar modificando la OBA en relación con la oferta mayorista del servicio de acceso a Internet de banda ancha; dicho procedimiento fue tramitado en el Expediente con número DT 2006/412, posteriormente acumulado al Expediente número MTZ 2006/1019.

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

<<Primero.- Iniciar el procedimiento de oficio para la modificación de la Oferta de Referencia para el servicio mayorista de acceso de banda ancha de TESAU para permitir la replicabilidad del servicio minorista de acceso a Internet mediante ADSL comunicado por TESAU.

Segundo.- Adoptar una medida cautelar por la que se modifica la actual Oferta de Acceso al Bucle de Abonado incluyendo la disponibilidad de los servicios mayoristas descritos en el ANEXO IV [CONFIDENCIAL] para los operadores alternativos, con las siguientes condiciones:

1.- La comercialización por Telefónica de España, S.A.U. o cualquiera de sus filiales del nuevo servicio minorista de acceso a Internet a través de ADSL planteado en su escrito de 27 de marzo de 2006 no podrá iniciarse hasta transcurridos, al menos, 30 días naturales, desde la disponibilidad y comunicación a los operadores alternativos de los servicios mayoristas descritos en el ANEXO IV [CONFIDENCIAL] mediante su publicación en el servidor hipertextual "<http://www.telefonicaonline.es>" y haber realizado todas las actuaciones necesarias para suministrar un PAI-IP para aquellos operadores que siendo usuarios actuales del servicio GigADSL y no del servicio ADSL-IP solicitan la conexión y el alta en uno de los nuevos PAI-IP definidos..

2.- Los servicios mayoristas permitirán el acceso de banda ancha a todo el conjunto de centrales actualmente accesibles mediante el actual servicio GigADSL. TESAU deberá comunicar a esta Comisión y a los operadores con la mayor antelación que le sea posible aquellos DSLAMs que puedan resultar afectados por una saturación de su



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

capacidad debido a la implantación del nuevo servicio mayorista y minorista aportando los datos que justifiquen la posible saturación. El conjunto de DSLAMs afectados por esta problemática quedarían en situación comercial de “congelados”, esto es, no pudiéndose realizar en los mismos nuevas altas o migraciones ni del nuevo servicio mayorista ni tampoco del minorista.

3.- Una vez un DSLAM quede en situación de “congelado”, dicha situación aplicará por igual tanto a los clientes minoristas del grupo Telefónica como a los mayoristas. TESAU deberá comunicar a los operadores afectados el cese de tal situación con al menos un mes de antelación a que se produzca. TESAU deberá aportar mensualmente la lista de centrales o DSLAMs que estén en un estado de “congelado” para el nuevo servicio mayorista y minorista.

4.- Durante la ejecución del proceso de migraciones y altas, Telefónica de España, S.A.U., no podrá discriminar a las conexiones del nuevo servicio mayorista frente a las que correspondan a sus clientes del nuevo servicio minorista.

5.- Telefónica de España, S.A.U., remitirá mensualmente a esta Comisión, en los términos fijados en el resuelve séptimo de la Resolución de 31 de marzo de 2004, por la que se modificaba la OBA, la siguiente información:

- Total de solicitudes recibidas del nuevo servicio minorista de acceso a Internet a través de ADSL planteado en su escrito de 27 de marzo de 2006. Deben incluirse de forma separada el total, así como los parciales correspondientes a las migraciones desde otros servicios como a nuevas altas.
- Número total de las anteriores solicitudes rechazadas. Deben incluirse de forma separada el total así como las denegaciones relativas a migraciones y las relativas a nuevas altas.
- Tiempo medio de provisión del servicio y tiempo máximo en el que se han provisionado el 85%, el 95% y 99% de todas las solicitudes aceptadas.

Además, de forma desagregada para cada operador alternativo que haya solicitado alta de los servicios mayoristas descritos en el ANEXO IV [CONFIDENCIAL]:

- Total de solicitudes recibidas del servicio mayorista. Además del total conjunto debe incluirse también por separado tanto migraciones desde otros servicios como nuevas altas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Número total de las anteriores solicitudes rechazadas. Deben incluirse de forma separada el total así como las denegaciones relativas a migraciones y las relativas a nuevas altas.*
- *Tiempo medio de provisión del servicio y tiempo máximo en el que se han provisionado el 85%, el 95% y 99% de todas las solicitudes aceptadas.>>*

SEGUNDO.- Recurso de reposición de ASTEL.

Con fecha 27 de octubre de 2006 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado por el representante de ASTEL, en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la Resolución impugnada de 14 de septiembre de 2006 ahora sobre la base de los siguientes argumentos:

- Que la medida cautelar adoptada por esta Comisión no fue solicitada por TESAU y no se corresponde con la propuesta formulada por dicho operador sino que la modificaba en varios aspectos, fundamentalmente al eliminar la restricción territorial del nuevo servicio mayorista de banda ancha introducido, modificando la OBA por propia iniciativa.
- Que la medida cautelar impugnada no cumple los requisitos legales establecidos en el artículo 72 de la LRJPAC ni en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) para justificar la adopción de la misma, ya que en opinión de la recurrente la citada medida cautelar adoptada por esta Comisión:
 - No es urgente ni necesaria porque no es un servicio novedoso excepto por el precio, están liberalizados los precios minoristas, no ha sido solicitada por TESAU, no responde a los usos habituales del procedimiento para modificar la OBA seguido en ocasiones anteriores. Es decir, según ASTEL no es urgente por no afectar sustancialmente al mercado, al existir ya ofertas minoristas similares o más avanzados (con mayor ancho de banda), y tampoco es necesaria para asegurar la eficacia de la resolución final, pues ni TESAU la ha solicitado ni la CMT lo ha considerado necesario en ocasiones anteriores de reforma de la OBA.
 - Ocasiona perjuicios de difícil o imposible reparación, así como efectos que implican violación de derechos amparados por las Leyes, ya que obliga a los operadores alternativos a efectuar un costoso despliegue de red para migrar a sus clientes a las nuevas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

velocidades de acceso, ya que en la medida cautelar se prevé únicamente la entrega del nuevo servicio en los Puntos de Acceso a Internet (en adelante, PAIs) en la modalidad ADSI-IP y no en la modalidad ADSL-ATM, más extendida geográficamente y más utilizada por los operadores alternativos, por lo que se les obliga a éstos a migrar a sus clientes a la citada modalidad ADSL-IP y a una inversión en acceso a los PAIs IP (que muchas veces se ubican en centrales diferentes a las de los PAIs ATM) que será muy difícil de rentabilizar a posteriori. ASTEL denuncia además que una medida tan perjudicial se ha adoptado sin ofrecer un periodo de audiencia previa a los operadores afectados.

- En su configuración actual no tiene apariencia de buen derecho, ya que se separa del procedimiento seguido hasta ahora para la modificación de la OBA, e introduce un criterio a iniciativa de esta Comisión, sin propuesta previa de TESAU, y todo ello sin motivación, sin dar audiencia a los operadores afectados, y ocasionando la migración de accesos de los clientes y gastos e inversiones en nuevos PAIs no recuperables para los operadores alternativos.
- Que la medida cautelar impugnada sería ilegal e injustificada, ya que se prevé únicamente para la modalidad ADSL-IP, y no está disponible en la modalidad "GigADSL (ADSL-ATM)", que es la más utilizada por los operadores alternativos, contraviniendo además lo dispuesto en la Resolución del Consejo de esta Comisión de 1 de junio de 2006, que aprobó la definición y análisis del Mercado 12, la cual según ASTEL obligaría en su Anexo 1, Punto 1, letra a), a TESAU a ofertar sus servicios mayoristas de banda ancha en las interfaces ATM e IP, modificando dicha disposición sin seguir el procedimiento legalmente establecido para la definición y análisis de mercados, y sin que existan razones objetivas ni técnicas ni económicas para suprimir los accesos ATM y obligar a una migración anticipada a la modalidad IP, ya que hoy en día los servicios de una y otra modalidad no son totalmente sustituibles en todos los servicios, y la duplicidad de inversiones a la que obliga a los operadores (ya existe el acceso a los 109 PAIs de ATM, y ahora se obliga a duplicar ese despliegue en la modalidad IP) constituiría una injustificada barrera de entrada en el mercado de banda ancha, como habría reconocido el Consejo de esta Comisión en algunas de sus Resoluciones.
- Que en todo caso, y para evitar ineficiencias, ASTEL opina que debería exigirse a TESAU en la medida cautelar que los PAIs IP estén situados en centrales abiertas a ubicación sin problemas, para poder rentabilizar la inversión en despliegue de infraestructuras.
- Que asimismo ASTEL entiende que son necesarias algunas aclaraciones de los Fundamentos y del Resuelve de la Resolución



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cautelar impugnada, y que debería adoptarse una nueva medida cautelar para suspender la comercialización del nuevo servicio minorista de TESAU de acceso a Internet de banda ancha de 3 Mbps hasta la resolución del recurso de reposición interpuesto, o subsidiariamente que se modifique la medida cautelar impugnada introduciendo las modificaciones solicitadas por ASTEL antes expuestas. En este sentido, ASTEL señala que se dan los requisitos legales para poder adoptarla: existencia de elementos de juicio suficientes, necesidad de asegurar la eficacia de la resolución del recurso de reposición (para evitar la presenta desventaja competitiva al no poder replicar la oferta minorista de TESAU, y para evitar la inversión en nuevos accesos a los PAIs IP no recuperable en un futuro), y la no existencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para TESAU ni de violación de sus derechos. La recurrente invoca la presencia de todos los requisitos establecidos por la Doctrina del Tribunal Constitucional para que puedan adoptarse medidas cautelares sin que se produzca una vulneración de derechos constitucionales, esto es:

- a) Que exista una norma jurídica que permita su adopción.
- b) Que se adopten las medidas por resolución fundada en Derecho.
- c) Que se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes.

ASTEL finaliza sus alegaciones invocando la necesidad de decretar la suspensión de la ejecutividad de la Resolución recurrida para que hasta que no se resuelva el recurso de reposición interpuesto, no se comercialice el servicio minorista de TESAU antes citado ni se modifique la OBA, al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2 de la LRJPAC; o subsidiariamente de adoptar una medida cautelar modificando la medida cautelar recurrida en el sentido de crear un servicio mayorista "GigADSL" que permita replicar el servicio minorista de ADSL a 3 Mbps, de asegurar la conectividad en los PAIs ATM y de asegurar un adecuado proceso de migración de dichos PAIs ATM a los PAIs IP.

Y en el "Petitum" principal de su escrito, ASTEL solicita:

- Que se declare la nulidad de la Resolución de 14 de septiembre de 2006 y anulando la medida cautelar adoptada por la misma; asimismo solicita que se ordene a TESAU que modifique su OBA para incluir un servicio mayorista de acceso indirecto al bucle de abonado que permita a los operadores alternativos emular las ofertas minoristas de ADSL de TESAU en condiciones de igualdad, y que se sujete el inicio de la comercialización del servicio minorista de ADSL de 3 Mbps de TESAU al previo análisis de si es efectivamente emulable por los operadores alternativos.
- Que con carácter subsidiario se modifique la medida cautelar impugnada obligando a TESAU a ofrecer, con carácter previo a la comercialización



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del servicio minorista de ADSL de 3 Mbps, un servicio mayorista que ofrezca disponibilidad real de "GigADSL" en los 109 PAIs ATM, con migración de las conexiones solicitadas y ampliación de capacidad para poder hacerla frente, con el objeto de poder replicar el servicio minorista antes citado.

- Que mientras se sustancia el recurso de reposición se suspenda la ejecutividad de la Resolución recurrida para que no se comercialice el servicio minorista de TESAU antes citado ni se modifique la OBA, al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2 de la LRJPAC; o subsidiariamente que se adopte una medida cautelar modificando la medida cautelar recurrida en el sentido de crear un servicio mayorista "GigADSL" que permita replicar el servicio minorista de ADSL a 3 Mbps, de asegurar la conectividad en los PAIs ATM y de asegurar un adecuado proceso de migración de dichos PAIs ATM a los PAIs IP.

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

Mediante los correspondientes escritos del Secretario de la CMT, fechados el día 2 de noviembre de 2006 y cuya salida fue registrada el día 6 de noviembre de 2006, se informó a la recurrente y a todos los interesados de que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, se cumplía el trámite de información a los interesados previsto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, informándoles del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición interpuesto por ASTEL.

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

CUARTO.- Recurso de reposición de FRANCE TELECOM.

Con fecha 30 de octubre de 2006, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de la entidad FRANCE TELECOM en virtud del cual interpone recurso de reposición contra la misma Resolución de fecha 14 septiembre de 2006.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la Resolución impugnada fundamentalmente por considerar que ha sido dictada sin que concurrieran los presupuestos necesarios para la adopción de la medida cautelar conforme al artículo 72 de la LRJPAC.

En concreto, FRANCE TELECOM denuncia en su recurso que no se dan los elementos de juicio suficientes para modificar la OBA e introducir el nuevo servicio por los siguientes motivos:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La medida adoptada consiste en modificar la OBA para incorporar a la misma una nueva oferta mayorista que permita a los operadores alternativos replicar una oferta minorista que TESAU pretende comercializar, y cuyo único elemento diferenciador frente a las ya existentes es la velocidad (ADSL a 3 Mbps).
- FRANCE TELECOM considera que no está justificado abrir un procedimiento administrativo diferente del existente con el objeto de adelantar, aunque de forma provisional, las conclusiones que esa Comisión deberá alcanzar en el expediente OIBA.
- Que teniendo en cuenta que la oferta mayorista provisionalmente aprobada plantea establecer la modalidad ADSL mayorista sobre 3 Mbps, todos los clientes de los operadores alternativos cuyas conexiones se prestan sobre "GigADSL" se verán gravemente perjudicados porque no podrán optar por cambiar su servicio hacia la nueva modalidad.

Asimismo, FRANCE TELECOM estima que no se dan los presupuestos para justificar la adopción de medidas cautelares, por los siguientes motivos:

- No concurre la apariencia de buen derecho ya que, a juicio de FRANCE TELECOM, en tanto no se resuelva el expediente de modificación de la OBA, la regulación de los servicios mayoristas de banda ancha es la vigente OBA, que únicamente establece el marco del servicio "GigADSL", y si bien la Comisión es competente para modificarla, no debería en ningún caso hacerlo cautelarmente, y además *"in audita parte"*.
- No concurre la necesidad y urgencia de la medida, por cuanto que ya existen ofertas minoristas de ADSL en el mercado de la propia TESAU con velocidades tanto inferiores como superiores a 3 Mbps, no pudiendo calificar de "freno para el desarrollo y evolución del mercado" el mero hecho de establecer un periodo transitorio superior a 30 días, para que los operadores puedan migrar del servicio "GigADSL" al nuevo modelo regulado de servicios IP.

En consecuencia FRANCE TELECOM solicita que se anule la Resolución recurrida por no ajustarse a Derecho, y asimismo solicita que mientras se tramita y resuelve el recurso de reposición se suspenda la ejecutividad de la citada Resolución impugnada en virtud de lo dispuesto en el artículo 111.2 apartados a) y b) de la LRJPAC, esto es, que la ejecución pudiera 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 de la LRJPAC.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

QUINTO.- Acumulación de los recursos, notificación y nuevo trámite de información a los interesados.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73 de la LRJPAC, se acordó la acumulación de los citados recursos interpuestos por las entidades anteriormente mencionadas en el procedimiento con número de Expediente AJ 2006/1328, habida cuenta la íntima conexión existente entre ambos recursos de reposición interpuestos por ASTEL y por FRANCE TELECOM.

Mediante los correspondientes escritos del Secretario de la CMT, fechados el día 8 de noviembre de 2006, se informó a los recurrentes y a todos los interesados de la interposición del recurso de FRANCE TELECOM, de la acumulación del mismo al procedimiento iniciado por ASTEL, y asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la LRJPAC, se les dió traslado del recurso de reposición interpuesto por FRANCE TELECOM, informándose de que disponían de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento si así lo estimaban conveniente a sus intereses.

SEXTO.- Resolución de 23 de noviembre de 2006 denegando la suspensión.

En relación con la petición de suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida formulada en los recursos de reposición de ASTEL y de FRANCE TELECOM, con fecha 23 de noviembre de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una Resolución por la que denegó dicha suspensión por no concurrir los supuestos legales para ello establecidos en el artículo 111.2 de la LRJPAC.

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

<<ÚNICO.- Desestimar la solicitud de la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) y de France Telecom España, S.A. para la suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución del Consejo de esta Comisión de 14 de septiembre de 2006, por la que se adoptó una medida cautelar modificando la Oferta de Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U. en relación con su oferta mayorista de servicio de acceso de banda ancha (Expediente número DT 2006/412, posteriormente acumulado al Expediente número MTZ 2006/1019), siendo plenamente eficaz desde su notificación a los interesados.>>

SÉPTIMO.- Alegaciones de TESAU.

TESAU efectuó alegaciones mediante dos escritos fechados los días 28 y 29 de noviembre de 2006, cuya entrada en esta Comisión fue registrada los días 1 y 4 de diciembre de 2006, respectivamente, en el cual se oponía a las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pretensiones de las recurrentes ASTEL y FRANCE TELECOM alegando fundamentalmente lo siguiente:

- Que los recursos de reposición de ASTEL y FRANCE TELECOM no se fundamentan claramente en ninguna causa de nulidad o de anulabilidad previstas en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, por lo que no se cumpliría la premisa legal para su interposición establecida por el artículo 107.1 de la LRJPAC y deberían inadmitirse a trámite.
- Que la Resolución del Consejo de esta Comisión de 14 de septiembre de 2006, por la que se adoptó una medida cautelar modificando la OBA de TESAU en relación con su oferta mayorista de servicio de acceso de banda ancha es válida y está justificada, por los siguientes motivos:
 - Respecto a la necesidad y urgencia de la medida cautelar impugnada, TESAU afirma que la misma se adoptó cumpliendo la regulación vigente en cada momento, regulación que debe establecer unas garantías de plazos para respuesta a las propuestas enviadas. En este sentido, TESAU notificó ya el 27 de marzo de 2006 y el 2 de junio de 2006 su intención de comercializar dicho servicio minorista de ADSL a 3 Mbps, atendiendo a los plazos máximos establecidos (3 meses) tanto en la OBA vigente entonces como en lo dispuesto en la Resolución del Consejo de esta Comisión de 1 de junio de 2006, que aprobó la definición y análisis del Mercado 12, con el objetivo indicado en dicho escrito de poder comercializar el servicio ADSL a 3 Mbps a la mayor brevedad. En este sentido, según TESAU la CMT ha estimado la necesidad de las citadas cautelares y las adoptó de oficio, siguiendo el procedimiento legalmente previsto que permite dicha adopción.
 - Respecto a los supuestos perjuicios de difícil o imposible reparación alegados por las recurrentes sobre la base de una supuesta ausencia de disponibilidad de accesos GigADSL y por la necesidad de ejecutar inversiones no recuperables para acceder a los PAIs IP, TESAU afirma que realmente dichos perjuicios no son tales porque la mayoría de los operadores disponen también del servicio mayorista ADSL IP y que las inversiones a ejecutar serían poco elevadas, y además TESAU les ha ofrecido la información y los plazos suficientes para que pudiesen acceder a dicho servicio mayorista, y estima además que la existencia de un servicio mayorista en IP para soportar los servicios de ADSL a 3 Mbps es suficiente y cumple con lo establecido en la regulación vigente (la Resolución de 1 de junio de 2006, que aprobó la definición y análisis del Mercado 12), y que no se justifica ni sería proponer nuevos servicios soportados en la tecnología ATM, ni sería proporcionado obligar a efectuar nuevas inversiones en la misma debido a la fase de obsolescencia en la que se encuentra dicha tecnología, que obligaría a una pronta migración a IP (no sería una inversión eficiente).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que la suspensión solicitada por las recurrentes (y denegada por esta Comisión) resultaba asimismo improcedente.

OCTAVO.- Resolución de 21 de diciembre de 2006 determinando transitoriamente las condiciones de la Oferta de Referencia de Servicios Mayoristas de Banda Ancha de TESAU.

Con fecha 21 de diciembre de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una nueva Resolución cautelar por la que se determinan transitoriamente las condiciones de la Oferta de Referencia de Servicios Mayoristas de Banda Ancha de TESAU; dicho procedimiento fue tramitado en el citado Expediente número MTZ 2006/1019 y acumulados.

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

“Primero.- TESAU deberá ofrecer dentro del servicio de acceso indirecto al bucle de abonado denominado GigADSL, las modalidades que se detallan a continuación con las cuotas mensuales por conexión indicadas:

MODALIDAD	Downstream / Upstream (Kbit/s)	Cuota mensual
ESTÁNDAR (O)	1024 / 320	16,48 €
MÁXIMA (A)	3000 / 320	17,56 €
BASICO (B)	1024 / 320	18,68 €
CLASS (J)	2048 / 320	22,04 €
AVANZADO (C)	4096 / 512	29,39 €
PREMIUM (N)	7296 / 640	40,30 €
CLASS ACG (L)	2048 / 640	58,35 €
AVANZADO ACG (M)	4096 / 640	91,92 €
PREMIUM ACG (P)	7296 / 640	144,39 €

Segundo.- TESAU deberá ofrecer dentro del servicio mayorista ADSL-IP de nivel nacional descrito en el anexo II, las modalidades que se detallan a continuación con las cuotas mensuales por conexión indicadas:

MODALIDAD	Downstream / Upstream (Kbit/s)	Cuota mensual
REDUCIDO (O)	1024 / 320	22,42 €
BASICO (B)	1024 / 320	23,14 €
CLASS (J)	2048 / 320	24,99 €
MÁXIMA (A)	3000 / 320	25,45 €
AVANZADO (C)	4096 / 512	40,26 €
PREMIUM (N)	7296 / 640	57,85 €

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



FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación.

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

Las recurrentes califican expresamente sus escritos como recursos de reposición; por todo ello, y teniendo en cuenta que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa, resulta procedente calificar ambos escritos de ASTEL y de FRANCE TELECOM, presentados en el Registro General de esta Comisión los días 27 y 30 de octubre de 2006, respectivamente, como recursos potestativos de reposición interpuestos contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 14 de septiembre de 2006, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en reposición ante el mismo órgano que lo hubiera dictado.

SEGUNDO.- Competencia y plazo para resolver.

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

Los citados recursos acumulados deberán ser resueltos, y su Resolución notificada, en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del primero de los escritos, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley, y siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

TERCERO.- Admisión a trámite.

Los recursos de reposición de ASTEL y de FRANCE TELECOM han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo se han interpuesto dentro del plazo de un mes



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlos a trámite.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- En relación con la competencia de esta Comisión para adoptar la medida cautelar recurrida.

En primer lugar, frente a las alegaciones generales de ASTEL y de FRANCE TELECOM cuestionando la legalidad y la necesidad de la adopción de la medida cautelar recurrida, hay que poner de manifiesto que tal y como se expone en el Fundamento de Derecho Segundo de la resolución cautelar recurrida, esta Comisión es competente para la adopción de medidas cautelares de acuerdo con las previsiones normativas siguientes:

- El artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), establece que: *“En el ejercicio de sus funciones, y en los términos que reglamentariamente se determinen, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una vez iniciado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia del laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”*.
- Por su parte, el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado mediante Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante, RCMT), habilitan a esta Comisión para, en el ejercicio de sus funciones, adoptar de oficio o a instancia de los interesados, una vez iniciado el correspondiente procedimiento, *“las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia (...) de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”*. Dichas medidas cautelares podrán consistir en órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que se refiere el procedimiento o en la imposición de fianza de cualquier clase, excepto la personal, que sea bastante para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar. No se podrán dictar medidas cautelares que puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.
- De acuerdo con los artículos 48.1 de la LGTel y 2 del RCMT, esta Comisión, en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas, adecuará sus actuaciones a lo previsto en la LRJPAC, que en su artículo 72 regula con carácter general los requisitos de adopción de medidas provisionales



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por parte de las Administraciones Públicas. Concretamente su Apartado 1 dispone que *“1. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”*.

Por lo tanto, es clara la competencia de esta Comisión para dictar la resolución de 14 de septiembre de 2006 adoptando la medida cautelar impugnada.

SEGUNDO.- Sobre las causas de nulidad alegadas para impugnar la Resolución.

Las recurrentes, ASTEL y FRANCE TELECOM, solicitan que se declare la nulidad de la Resolución de esta Comisión de 14 de septiembre de 2006, por la que se procedió a la apertura de un procedimiento para la modificación de la OBA de TESAU como consecuencia de la propuesta del lanzamiento de un nuevo servicio minorista de acceso de banda ancha a Internet ADSL a 3 Mbps, y que se anule la medida cautelar adoptada consistente en modificar la OBA para introducir un nuevo servicio mayorista de ADSL-IP a 3 Mbps. ASTEL solicita además, con carácter subsidiario, que se modifique la medida cautelar impugnada obligando a TESAU a ofrecer, con carácter previo a la comercialización del servicio minorista de ADSL de 3 Mbps, un servicio mayorista que ofrezca disponibilidad real de GigADSL en los 109 PAIs ATM, con migración de las conexiones solicitadas y ampliación de capacidad para poder hacerla frente, con el objeto de poder replicar el servicio minorista antes citado.

Los argumentos utilizados por ASTEL y por FRANCE TELECOM en sus recursos para fundamentar la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada son, en síntesis, que la Resolución recurrida se ha dictado sin precedente alguno, vulnerando la normativa sectorial vigente y prescindiendo del procedimiento legalmente establecido para la modificación de la OBA (por haberse introducido una oferta mayorista no solicitada por TESAU, y mediante una medida cautelar), y que la medida cautelar recurrida se ha adoptado sin concurrir las circunstancias legales previstas para ello y sin dar audiencia a los operadores afectados. Dichos motivos se corresponderían con los supuestos establecidos en el artículo 62.1, letras a), e) y f), de la LRJPAC para denunciar la nulidad de pleno derecho de la Resolución. A estos efectos procede poner de manifiesto lo establecido en el citado artículo:

“62. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(...)

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido...

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

(...)"

Teniendo en cuenta todo lo anterior, procede analizar el contenido de los motivos de nulidad señalados por las entidades recurrentes para ver si las mismas incurrían o no en las causas legales de nulidad invocadas.

A) El procedimiento de modificación de la OBA de TESAU.

Frente a la alegación de ASTEL, e implícitamente también de FRANCE TELECOM, de que la Resolución recurrida ha prescindido del procedimiento legalmente establecido para la modificación de la OBA, por haberse introducido una oferta mayorista no solicitada por TESAU, y mediante una medida cautelar, hay que responder que en la modificación de la OBA de TESAU se está siguiendo escrupulosamente el procedimiento legalmente establecido, tanto las normas procedimentales generales establecidas en la LRJPAC como las establecidas de manera específica en la normativa sectorial vigente, que prevé la posibilidad de que esta Comisión introduzca modificaciones en la OBA (artículos 10.4 y 13.1.a de la LGTel, y artículo 7.3 del Reglamento sobre Mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre). Es decir, que la medida cautelar impugnada se adoptó porque existe una evidente y clara apariencia de buen derecho, y no existen perjuicios de difícil o imposible reparación.

Asimismo, tanto en la legislación sectorial (artículo 48.12 de la LGTel y artículo 31 del Reglamento de esta Comisión, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre) como en la general (artículo 72 de la LRJPAC) se prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el curso de la tramitación de un procedimiento administrativo cuando se den los requisitos legales, y el procedimiento de modificación de la OBA de TESAU es un procedimiento administrativo en el que concurren los requisitos legalmente establecidos para su adopción, como se argumentó ampliamente en los Fundamentos de Derecho de la Resolución recurrida.

Además, la alegación de las recurrentes solicitando la nulidad de pleno derecho por un hipotético defecto procedimental tal como <<alejarse de lo acostumbrado en expedientes anteriores sobre la misma materia>>, como se desprende de ambos recursos, carece de toda base jurídica, ya que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC (que enumera



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los motivos por los que se puede recurrir un acto administrativo en vía administrativa), es evidente que dicho hipotético defecto procedimental sería de naturaleza formal y por tanto sólo produciría la anulabilidad del acto recurrido, nunca su nulidad de pleno derecho. En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63.2 de la LRJPAC, “*el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados*”, lo cual no es el caso de ninguna manera, ya que ni se ha incumplido el procedimiento legal, ni ha habido ausencia de los elementos esenciales para la efectividad del acto, ni ha habido indefensión (ni los recurrentes la alegan, ya que ambos tuvieron oportunidad de efectuar alegaciones y de aportar documentos en la tramitación del procedimiento que dió lugar a la resolución impugnada).

B) La concurrencia de los requisitos que justifican la adopción de la medida cautelar recurrida.

En lo referente a la alegación de ambos recurrentes consistente en que la medida cautelar recurrida se ha adoptado sin concurrir las circunstancias legales para ello y sin dar audiencia a los operadores afectados, además de la necesaria remisión a lo expuesto en los párrafos anteriores hay que reiterar la remisión a los Fundamentos de Derecho de la Resolución impugnada para constatar que sí se daban los requisitos legales de razonabilidad y apariencia de buen derecho (el *fumus boni iuris*), existencia de una norma jurídica que permite su adopción, urgencia y necesidad de la medida (el *periculum in mora*), y ausencia de perjuicios de difícil o imposible reparación:

- Razonabilidad, apariencia de buen derecho y existencia de una normativa jurídica que permite su adopción (el *fumus boni iuris*). En los Fundamentos de Derecho de la Resolución recurrida se citaban expresamente los artículos 48.12 de la LGTel, 72 de la LRJPAC y 31 del Reglamento de esta Comisión, que habilitan a esta Comisión para adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia de las resoluciones que deba dictar en el ejercicio de sus funciones; además, en el caso concreto que nos ocupa la normativa sectorial aplicable, concretamente los artículos 10.4 y 13.1.a de la LGTel, y el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados, así como la Resolución del Consejo de 1 de junio de 2006 que aprueba la definición y análisis del Mercado 12, dispone que se pueda modificar la OBA de TESAU cuando sea necesario para garantizar las condiciones de competencia efectiva en el mercado y la posibilidad de poder acceder a servicios mayoristas que permitan a los operadores alternativos replicar los servicios minoristas de TESAU, como es el nuevo servicio de acceso a Internet ADSL a 3 Mbps propuesto por ésta. Para ello es necesario una revisión de la OBA que adapte los precios mayoristas que ofrece TESAU a sus obligaciones transparencia, orientación a costes y replicabilidad de los servicios minoristas de su catálogo, por lo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que la medida cautelar impugnada responde a todas esas previsiones de la normativa sectorial vigente.

- Necesidad y urgencia de la medida cautelar adoptada (el *periculum in mora*). Es clara la concurrencia de este requisito, ya que de acuerdo con lo expuesto en el Fundamento de Derecho Sexto de la Resolución recurrida, la medida cautelar impugnada es necesaria <<(…) *para asegurar la eficacia de la Resolución final que pudiera recaer en el presente procedimiento, y urgente para no frenar el desarrollo y evolución del mercado, permitiendo la disponibilidad de ofertas y servicios más avanzados y de mayor ancho de banda para los usuarios finales y asegurando la eficacia de la resolución definitiva que se adopte en el procedimiento en el cual se enmarca, existiendo elementos de juicio suficientes para ello, tal y como ya se ha expresado, y según exige el artículo 72 de la LRJPAC y el artículo 48.12 de la LGTel. La adopción de la presente medida cautelar se considera necesaria, puesto que se ha de garantizar que los operadores alternativos dispongan, con carácter provisional, de unas condiciones mayoristas que permitan replicar los servicios minoristas que TESAU propone comercializar. Se ha de adoptar esta medida con carácter provisional y urgente, ya que, como se ha mencionado, se considera necesario para el desarrollo del mercado permitir el lanzamiento de ofertas más avanzadas, asegurando así que la regulación facilite la evolución tecnológica del sector. Precisamente, esa urgencia determina que se haya prescindido en el presente caso del trámite de audiencia, por otra parte no exigido en los preceptos que permiten la adopción de las medidas cautelares. La adopción de la medida "inaudita parte" se considera necesaria en virtud de las circunstancias de urgencia y razonabilidad que concurren en el presente caso, y el establecimiento de dicha medida cautelar permite a los interesados que en la tramitación del procedimiento en curso manifiesten lo que a su derecho e intereses convenga.>>. La oferta minorista propuesta por TESAU supone una atractiva novedad para los potenciales usuarios que podrán optar por un servicio de acceso de banda ancha de hasta 3 Mbps a un precio mucho menor del actualmente disponible con ofertas basadas exclusivamente en servicios mayoristas GigADSL para servicios similares. Ello, unido a la acuciante necesidad de fomentar una mayor penetración de la banda ancha en nuestro país, menor que en otros países referentes de nuestro entorno europeo, como medio de extender la sociedad de la información y servicios cada vez más avanzados a la generalidad de la sociedad, hacen necesaria y urgente esta medida.*
- Ausencia de perjuicios de difícil o imposible reparación. Igualmente concurre este requisito, ya que en el mismo Fundamento de Derecho Sexto antes aludido se afirma que << *La adopción de esta medida cautelar se considera proporcionada a las circunstancias que concurren en el presente procedimiento, y no supone en modo alguno un perjuicio para TESAU ni para los operadores alternativos de imposible o difícil reparación. En efecto, por medio de la presente medida cautelar se permite la comercialización del*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicio propuesto pero ello no supondrá una merma en la capacidad de competir de los operadores alternativos dado que se determinan un conjunto de condiciones necesarias que les permite la replicabilidad en tiempo y económicamente de la oferta de TESAU. Por otro lado las condiciones en que se concreta la medida cautelar impuesta tampoco perjudican a TESAU puesto que son medidas que basándose en la oferta comercial de TESAU, responden a las obligaciones y criterios establecidos en la Resolución sobre el mercado mayorista de acceso de banda ancha.>>. Por otra parte, sería la revocación de la medida cautelar la que pudiera llegar a causar perjuicios para la competencia en el mercado, y en especial para los consumidores, que se verían privados de poder escoger en el mercado una nueva oferta de acceso a Internet de banda ancha.

Frente a estos Fundamentos, ya expuestos en la Resolución de 14 de septiembre de 2006 y reiterados en la presente Resolución, las recurrentes se han limitado a alegar genéricamente que no se daban los requisitos legalmente establecidos para adoptar la medida cautelar recurrida, pero sin que hayan aportado datos concretos ni pruebas que apoyen dichas alegaciones ni que desvirtúen los razonamientos jurídicos expuestos en la resolución recurrida, por lo que procede desestimar las mismas.

C) La adopción de la Resolución cautelar *inaudita parte*.

En relación con la adopción de la medida cautelar *inaudita parte*, si bien las partes no la alegan como causa expresa de nulidad sí que manifiestan su concurrencia como factor adicional para fundamentar su solicitud, ante lo cual hay que afirmar que la misma es una posibilidad prevista en las normas legales citadas y confirmada por la Doctrina reiterada del Tribunal Constitucional: la configuración legal de este tipo de medidas, tal y como aparecen reguladas en el artículo 72 de la LRJPAC, en modo alguno exige un trámite de audiencia específico para su adopción. Es más, como se ha manifestado reiteradamente en numerosas Resoluciones de esta Comisión, la adopción de la medida cautelar *inaudita parte* no implica indefensión alguna, por cuanto este tipo de medidas supone una verdadera llamada al interesado para que en el expediente pueda manifestar lo que a su derecho convenga mediante las oportunas alegaciones y, en cualquier caso, nada obsta a la posibilidad de interponer el correspondiente recurso potestativo de reposición en vía administrativa (artículo 116.1 de la LRJPAC), y en todo caso ante la Audiencia Nacional en vía contencioso-administrativa (artículo 48.17 de la LGTel).

Asimismo, existe abundante Jurisprudencia que avala esta posibilidad. Concretamente, el Tribunal Constitucional ha declarado en varias de sus Sentencias (Ver, entre otras, las siguientes: STC 31/1981, de 28/7/81; STC 13/1982, de 1/4/82; STCs 66/1984 y 108/1994, de 26/11/84; y STC 22/1985, de 15/2/85) que no se produce vulneración de derechos constitucionales siempre que se den las siguientes circunstancias concurrentes:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que exista una norma jurídica que permita su adopción (los ya citados artículos 48.12 de la LGTel, 31 del Reglamento de esta Comisión y 72 de la LRJPAC).
- Que se adopten las medidas cautelares por resolución en derecho (la Resolución del Consejo de la CMT de 14 de septiembre de 2006).
- Que se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes (las cuales están perfectamente expuestas en los Fundamentos de Derecho de la Resolución cautelar recurrida: la necesidad y urgencia de la medida para asegurar la eficacia de la resolución definitiva).

Cabe concluir, pues, que la medida cautelar *inaudita parte* estaba suficientemente justificada en la resolución impugnada, razón por la cual procede desestimar esta alegación tácita.

En conclusión, que la invocación de la nulidad de pleno derecho de la resolución cautelar recurrida por haber vulnerado la normativa vigente al prescindir del procedimiento legalmente establecido, no concurrir las circunstancias legales previstas para ello, y no haber dado audiencia a los operadores afectados, carece de fundamento legal y, por tanto, debe ser desestimada.

TERCERO.- Sobre los hipotéticos perjuicios que se ocasionarían a los operadores alternativos.

Las recurrentes manifiestan como argumento principal de fondo de sus recursos de reposición que la Resolución cautelar recurrida causaría efectos de imposible o difícil reparación a los operadores alternativos.

En concreto realizan alegaciones genéricas acerca de la presunta falta de emulabilidad de la oferta minorista de TESAU de ADSL a 3 Mbps si no se realizan inversiones en desplegar la red de los operadores alternativos para llegar a los PAIs IP, inversiones que serían además difícilmente recuperables en el futuro, pero sin aportar dato concreto alguno que respalde dichas afirmaciones y/o que rebata los Fundamentos de Derecho, que ya especifican que se obliga a TESAU a un despliegue regional de PAIs para facilitar el acceso mayorista y minimizar dichos costes. Además, los recurrentes ignoran en sus recursos el hecho cierto de que en casi todas las centrales con PAIs IP existen también PAIs GigADSL, y en las pocas centrales donde no es así existe la posibilidad de acceder de forma virtual, por lo que el cambio de uno a otro es técnicamente asequible y tiene un coste reducido para los operadores alternativos. Todos estos datos ya se mencionaban en el Fundamento de Derecho Sexto de la resolución recurrida (en concreto en su página 13):



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“...primero, gran parte de los operadores alternativos están ya conectados a los PAIs-IP definidos en el actual servicio ADSL-IP comercializado por TESAU; segundo, la coincidencia de dichos puntos de entrega con los PAIs-IP del nuevo servicio mayorista de acceso de banda ancha nacional propuesto para permitir la replicación del servicio minorista que TESAU tiene intención de comercializar; y tercero, la definición de una modalidad virtual del servicio mayorista de acceso de banda ancha regional que es accesible en los PAIs-IP del servicio mayorista nacional, aparentemente no deberían existir problemas para la replicabilidad desde el mismo momento en que TESAU pueda iniciar la comercialización del servicio minorista.”

Es decir, que dicha presunta inversión redundante denunciada por ASTEL y FRANCE TELECOM realmente no es tal, puesto que dicha inversión de acceso a los PAI-IP ya estaba ejecutada con anterioridad por gran parte de los operadores presuntamente perjudicados, en casi todas las centrales con PAIs IP existen también PAIs GigADSL, y en las pocas centrales donde no es así existe la posibilidad de acceder de forma virtual, por lo que se asegura a todos los operadores que deseen contratar el servicio mayorista de ADSL a 3 Mbps la posibilidad de replicar la nueva oferta propuesta por TESAU sin excesivos costes y, en consecuencia, no cabe imputarle a dicho nuevo servicio el hipotético perjuicio que supondría el coste de un presunto despliegue redundante de red para llegar a los citados PAI-IP de la red de TESAU.

A este respecto cabe señalar, entre otras, lo manifestado por la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Auto de 3 de junio de 1997 (RJ 1997/5049):

“la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado (o la vigencia de la disposición impugnada) le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación”.

De igual modo, en su Auto de 26 de marzo de 1998 (RJ 1998\3216), señalaba ese Tribunal que:

“No basta, por otra parte, que la petición de suspensión vaya acompañada de una expresa manifestación de los perjuicios irreparables que pudieran irrogarse al recurrente caso de no acordarse, siendo necesario según reiterada doctrina de esta Sala que se aporte al menos un principio de prueba de la sobreveniencia de tales perjuicios, o bien que la existencia de los mismos pueda deducirse de la naturaleza del acto impugnado, caso de no accederse a ella. Por otra parte, resulta absolutamente necesario que tales circunstancias sean patentes en el momento de la solicitud de suspensión.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como ya se ha señalado, las entidades recurrentes ignoran la realidad de la mayoría de los operadores alternativos respecto de su despliegue de red y no aportan prueba concreta alguna sobre la verdadera existencia de los perjuicios alegados que la ejecución de la Resolución impugnada pudiere causarle, ni de su posible cualificación y cuantificación, ni tampoco pueden deducirse de la Resolución recurrida.

A mayor abundamiento, es preciso señalar que, en el presente supuesto, la ponderación de perjuicios exigible determina que serían mayores los perjuicios ocasionados al interés público por la revocación de la medida cautelar impugnada que los hipotéticamente originados a las recurrentes y en general a los operadores alternativos por la misma. Además tales daños, por su propia naturaleza meramente económica, de producirse siempre serían reparables posteriormente. En consecuencia, no cabe estimar el recurso ya que en ese caso, de levantarse la medida cautelar, los perjuicios serían ciertos, y en todo caso mayores que los alegados por las recurrentes de manera genérica y de producción hipotética e incierta.

CUARTO.- Sobre la desaparición sobrevenida de la causa de los recursos de ASTEL y FRANCE TELECOM.

Por último, hay que tener en cuenta que la Resolución del Consejo de esta Comisión de 21 de diciembre de 2006, por la que se determinan transitoriamente las condiciones de la Oferta de Referencia de Servicios Mayoristas de Banda Ancha de TESAU (Expediente número MTZ 2006/1019 y acumulados), ha previsto en su parte dispositiva que la oferta de servicios mayoristas de Banda Ancha de TESAU incluya el servicio de ADSL a 3 Mbps tanto en la modalidad GigADSL como en la modalidad IP, con lo cual en la actualidad los operadores alternativos que quieran emular la oferta minorista de ADSL a 3 Mbps de TESAU pueden contratar el servicio mayorista en las modalidades IP o GigADSL.

Es decir, la denuncia efectuada por las recurrentes en el sentido de los hipotéticos perjuicios económicos causados por la ausencia de una oferta mayorista de ADSL a 3 Mbps en la modalidad GigADSL ha dejado de tener sentido, puesto que en la actualidad para prestar dicho servicio pueden elegir la modalidad tecnológica (GigADSL o IP) que se ajuste mejor a sus necesidades.

En consecuencia, la solicitud subsidiaria de ASTEL de que se modifique la medida cautelar impugnada para obligar a TESAU a ofrecer, con carácter previo a la comercialización del servicio minorista de ADSL de 3 Mbps, un servicio mayorista que ofrezca disponibilidad real de GigADSL en los 109 PAIS ATM, con migración de las conexiones solicitadas y ampliación de capacidad para poder hacerla frente, con el objeto de poder replicar el servicio minorista antes citado, ha dejado de tener sentido, al haber desaparecido de manera sobrevenida la causa de la misma.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente los recursos de reposición interpuestos por las entidades ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES y por FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 14 de septiembre de 2006, por la que se adoptó una medida cautelar modificando la Oferta de Bucle de Abonado de Telefónica de España, S.A.U. en relación con su oferta mayorista de servicio de acceso de banda ancha (Expediente número DT 2006/412, posteriormente acumulado al Expediente número MTZ 2006/1019), por estar la misma plenamente ajustada a Derecho.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera