



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 18/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 9 de mayo de 2013, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España S.A.U contra la Resolución de 7 de marzo de 2013 sobre la modificación de la Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (MARCo) (AJ 2013/688).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Solicitud de modificación de la normativa técnica de la oferta MARCo.

Con fechas 19 y 26 de septiembre de 2012 tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión escritos de Cableuropa S.A.U. y Tenaria S.A. (en adelante ONO), y de R Cable y Telecomunicaciones Galicia S.A. (en adelante RCABLE), respectivamente, solicitando la modificación de la Normativa Técnica de la oferta MARCo para la actualización de las restricciones de potencia asociadas al despliegue de cables telealimentados.

SEGUNDO.- Inicio del procedimiento DT 2012/2073

Con fecha 2 de octubre de 2012 se notificó el inicio del procedimiento DT 2012/2073 de revisión de la oferta MARCo a ONO, RCABLE y Telefónica de España S.A.U (en adelante, TESAU), publicándose también dicho inicio en el Boletín Oficial del Estado número 245 del día 11 de octubre de 2012. Posteriormente, en fecha 21 de noviembre de 2012, se registró la entrada de un escrito de alegaciones de TESAU.

TERCERO.- Informe de los servicios y alegaciones de los interesados en el procedimiento.

El día 26 de noviembre de 2012 los Servicios de esta Comisión emitieron Informe en el procedimiento 2012/2073, abriéndose trámite de audiencia. Con fecha 12 de diciembre de 2012 se registró la entrada en esta Comisión de tres escritos de TESAU, ONO y RCABLE, conteniendo las alegaciones de dichos operadores al mencionado Informe.

CUARTO.- Resolución de 7 de marzo de 2013.

Con fecha 7 de marzo de 2013, el Consejo de esta Comisión dictó Resolución por la que se acordó:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“ÚNICO.- Se modifica la oferta MARCo en los términos previstos en el anexo 2 al objeto de autorizar la instalación de cables telealimentados con 60 V en corriente alterna en las infraestructuras de Telefónica sujetas a dicha oferta. Telefónica deberá incorporar dichos términos a su oferta MARCo en el plazo máximo de 10 días laborables a contar desde la entrada en vigor de la presente Resolución.”

QUINTO.- Recurso de reposición interpuesto por TESAU.

Con fecha 11 de abril de 2013 se recibió en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito presentado por Don Pablo de Carvajal González, en nombre y representación de TESAU por el que dicha entidad interpone recurso potestativo de reposición contra la anteriormente citada Resolución DT 2012/2073, de 7 de marzo de 2013.

Los motivos de impugnación aducidos por TESAU pueden resumirse, fundamentalmente, en los siguientes:

1º.- La resolución recurrida vulnera el artículo 9.3 de la Constitución, constituyendo una decisión arbitraria, carente de justificación razonable o proporcionada.

2º.- La autorización de instalación de cables telealimentados con 60 V en corriente alterna en las infraestructuras de TESAU sujetas a la oferta MARCo aumento el riesgo de accidentes graves, pudiendo producirse efectos fisiológicos graves en las personas, sin contar, además, con los daños que podrían producirse en las instalaciones, en perjuicio de todos los afectados y del interés general y con vulneración de la normativa de prevención de riesgos laborales.

3º.- No se ha acreditado que todos los operadores interesados cumplan las medidas de protección y seguridad necesarias para la instalación de cables de telealimentación de 60 V, debiendo adoptarse primero las citadas medidas, así como diseñando la programación y el nuevo mapa de riesgos correspondientes.

En el propio escrito de recurso y mediante Otrosí, la entidad recurrente solicita la suspensión provisional de la resolución recurrida al amparo del artículo 111.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

SEXTO.- Notificación del acuerdo de inicio.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión, fechado el día 18 de abril de 2013, se notificó a la entidad recurrente y al resto de interesados el acuerdo de inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso de reposición, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 LRJPAC.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

Primero.- Calificación del escrito.

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, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e*



intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley”.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC prevé 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, aludiendo a la existencia de infracción del ordenamiento jurídico y, concretamente a la vulneración del artículo 9.3 de la Constitución y de la normativa aplicable en materia de prevención de riesgos laborales.

Teniendo en cuenta lo anterior, y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), las disposiciones y resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado por TESAU como recurso potestativo de reposición.

Segundo.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesado en el presente recurso por cuanto que ya lo era en el procedimiento DT 2012/2073, en cuyo marco fue dictada la resolución objeto de impugnación.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a TESAU para la interposición del recurso potestativo de reposición objeto de la presente resolución.

Tercero.- Admisión a trámite.

Además de los requisitos establecidos en el artículo 107.1 de la LRJPAC ya señalados en el Fundamento procedimental primero, los recursos administrativos que interpongan los interesados deberán contener los elementos formales que requiere el artículo 110 e interponerse en el plazo de un mes desde su notificación al interesado, tal y como dispone el artículo 117.1 de la LRJPAC.

En el presente caso, el recurso de reposición interpuesto por TESAU cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, por lo que procede su admisión a trámite.

Cuarto.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con el artículo 116.1 LRJPAC, corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el recurso de reposición, por ser el acto impugnado una resolución dictada por dicho órgano.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.2 de la LRJPAC, el recurso debe ser resuelto y su resolución notificada en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente al de su interposición, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo. Tal como prevé el artículo 43 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.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre la improcedencia de la instalación de cables telealimentados de 60 V en corriente alterna en las infraestructuras de TESAU sujetas a la oferta MARCo.

La entidad recurrente declara en la página 3 de su recurso que

“no debería permitirse, cuanto menos hasta que se acreditara por todos los Operadores implicados el cumplimiento de dichas medidas [las de protección para garantizar las condiciones de seguridad y salud], la instalación de cables telealimentados con 60V en corriente alterna en las infraestructuras sujetas a la oferta MARCo”.

Y ello porque, a juicio de TESAU,

“la instalación de cables telealimentados con 60 V de corriente alterna en las infraestructuras de TESAU sujetas a la oferta MARCo aumenta el riesgo y la posibilidad de accidentes graves.”

Frente a estas alegaciones debe recordarse lo dicho en la página 8 de la resolución recurrida, acerca de la existencia de previsiones en materia de riesgos laborales en la oferta MARCo:

“en el marco de la actual oferta de referencia se especifica -epígrafe segundo del anexo II.a Procedimiento de TESAU de Prevención de Riesgos Laborales para el servicio MARCo- una relación de los riesgos asociados a los trabajos que se desarrollan en las cámaras de registro de TESAU, siendo uno de los riesgos previstos la “Exposición a contactos eléctricos” ante intervenciones en la proximidad de elementos con corriente eléctrica. Esta previsión evidencia que el riesgo eléctrico no es ajeno a las actuales empresas colaboradoras de TESAU, y que por tanto éstas deben estar facultadas y preparadas -en lo que a formación y equipamiento de protección personal se refiere- para realizar trabajos en tales condiciones (lo que resulta comprensible cuando, tal como se ha visto en epígrafes anteriores, dichas empresas llevan a cabo de forma habitual trabajos en proximidad de tendidos eléctricos).”

A ello deben añadirse las conclusiones de la propia resolución recogidas en su página 9, en las que se efectúan una serie de consideraciones técnicas específicas sobre los riesgos del emplazamiento de cables con tensiones de telealimentación de 60 V, riesgos comparables o equivalentes a cables con tensiones inferiores¹:

“Se considera que existen medidas de protección considerables para garantizar las condiciones de seguridad y salud de las personas ante intervenciones en infraestructuras donde puedan emplazarse cables con tensiones de telealimentación de 60V, especialmente cuando, según se ha constatado, el riesgo eléctrico derivado de tales instalaciones, aun no siendo inexistente, resulta comparable al que conlleva el uso de tensiones de hasta 50 V que, según Telefónica, resultan admisibles y garantizan dichas condiciones de seguridad.

A este respecto se ha observado que ni la normativa de referencia consultada (REBT, UNE-EN 60728, RD 614/2001) ni las curvas que cuantifican el riesgo eléctrico (NTP400, UIT-T K.33) evidencian la existencia de un umbral de seguridad ubicado en los 50V, tal como parece desprenderse de las alegaciones aportadas por Telefónica, ni una diferencia sustancial entre los riesgos derivados de actuaciones en proximidad de cables de 50 ó 60V.

Asimismo se ha comprobado la existencia de diversos precedentes en materia de compartición de infraestructuras entre Telefónica y los operadores que hace uso de cables

¹ Concretamente, con tensiones de 50V.



coaxiales telealimentados, así como de despliegue o trabajos por parte de Telefónica en proximidad de cables telealimentados e incluso de líneas eléctricas.

Finalmente se ha podido constatar, a la vista de lo recogido en el Real Decreto 614/2001 y en las actuales previsiones de seguridad de la propia oferta MARCo, que no parece necesario que ante la instalación de cables coaxiales telealimentados en sus infraestructuras Telefónica deba modificar sus procedimientos de actuación, política de prevención de riesgos laborales o cualificación del personal propio o de sus empresas colaboradoras.”

Por otro lado, y como ya se dijo en nuestras anteriores Resoluciones de 22 de noviembre de 2012² y 21 de marzo de 2013³, también relativas al cumplimiento de la normativa de riesgos laborales en el ámbito de la oferta MARCo, TESAU no ha aportado prueba alguna, ni en sede del presente recurso ni durante la tramitación del procedimiento administrativo DT 2012/2073 que acredite debidamente la posible existencia de un riesgo específico que *“impida el cumplimiento de la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales o de la normativa UNE.”*

No obstante, y tal y como se expone en la página 10 de la resolución recurrida, si TESAU estimare que las actuales previsiones en materia de prevención son insuficientes para garantizar la seguridad de los trabajadores, debería efectuar ante esta Comisión una propuesta justificada de modificación de la oferta MARCo, que incluyese, en particular, la adaptación de las condiciones de seguridad que según TESAU debieran aplicarse.

En este sentido, debe recordarse el contenido del artículo 24.2 de la Ley 31/1995, de Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales:

“El empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores.”

En la misma línea se pronuncia el artículo 7.1 del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales⁴.

SEGUNDO.- Sobre la presunta arbitrariedad de la resolución recurrida.

TESAU alude repetidas veces en su recurso a la existencia de una presunta actuación o comportamiento arbitrarios por parte de esta Comisión. Concretamente, en la página 2 del escrito se señala que:

“la Resolución que ahora se impugna es contraria a Derecho al autorizar la CMT la instalación de cables telealimentados con 60 V en corriente alterna, con vulneración del artículo 9.3 de la Constitución.”

² AJ 2012/1771 y acumulados (véase página 18 a 19), relativa a los recursos de reposición interpuestos por Jazz Telecom, S.A.U., R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A., Telefónica de España, S.A.U., Ibérica de Sonorización y Telecomunicaciones, Ibersontel, S.L. y France Telecom España, S.A.U. contra la Resolución de 5 de julio de 2012 de revisión de la Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos de Telefónica.

³ AJ 2012/2748 (véase página 8), relativa al recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de 15 de noviembre de 2012 sobre el conflicto de acceso al Servicio Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (MARCo) planteado por Grupalia Internet, S.L.

⁴ *El empresario titular deberá informar a los otros empresarios concurrentes sobre los riesgos propios del centro de trabajo que puedan afectar a las actividades por ellos desarrolladas, las medidas referidas a la prevención de tales riesgos y las medidas de emergencia que se deben aplicar.*



Añade la recurrente en la misma página que la resolución impugnada se dictó “*con ausencia de justificación razonable o proporcionada*” y concluye en la página 4 del recurso, que

“Es, por ello, que la resolución objeto del presente recurso es nula de pleno derecho, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución, al ser contraria al ordenamiento jurídico y haber sido dictada con arbitrariedad”.

No obstante las alegaciones de TESAU, debe señalarse que la resolución recurrida se encuentra ampliamente motivada. Efectivamente y aunque tanto el artículo 54.1 de la LRJPAC como los Tribunales⁵, señalan que la motivación requerirá una “*sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho*”, en las páginas 3 a 9 de la resolución impugnada se analiza pormenorizadamente el riesgo asociado al emplazamiento de cables telealimentados con tensiones de 60 V en corriente alterna.

Concretamente, se analizan las medidas de seguridad previstas (páginas 3 a 4), la normativa técnica de referencia en materia de riesgos⁶ y las curvas que cuantifican el riesgo eléctrico⁷ (páginas 4 a 7) así como los precedentes de trabajos de proximidad sobre cables telealimentados (páginas 7 a 9), llegándose a las conclusiones de la página 9 de la resolución que hemos reproducido anteriormente en el Fundamento Primero.

La concurrencia de suficiente motivación en los actos y resoluciones administrativas excluye cualquier presunto vicio de arbitrariedad en los mismos por posible infracción del artículo 9.3 de la Constitución, como se desprende de la jurisprudencia, y entre otras, de la STC 331/2006, de 20 de noviembre⁸, y las SSTS de 17 de diciembre de 2004⁹ y de 14 de octubre de 2003¹⁰.

Otra cosa distinta es que el operador recurrente no comparta los criterios utilizados por esta Comisión en la motivación de la Resolución de 7 de marzo de 2013, como recuerda la SAN de 26 de febrero de 2007¹¹ al final de su Fundamento tercero:

“En suma, podrá compartirse o no la motivación del acto administrativo impugnado, pero no resulta posible negar la evidencia de su existencia”.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso potestativo de reposición interpuesto por Telefónica de España S.A.U contra la Resolución de 7 de marzo de 2013, sobre la solicitud de modificación de la Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (MARCo) planteado por Cableuropa S.A.U., Tenaria S.A., R Cable y Telecomunicaciones Galicia S.A.

⁵ En casos de motivación sucinta pero existente por parte de esta Comisión, los tribunales han declarado la plena validez del acto o resolución. Entre otras pueden citarse las SSTS de 15 de diciembre de 2009 (RC 2694/2007), de 26 de mayo de 2009 (RJ 2009\4401) y de 7 de marzo de 2006 (RJ 2006\1668).

⁶ REBT, UNE-EN 60728, RD 614/2001.

⁷ NTP400, UIT-T K.33.

⁸ En el Fundamento Segundo de esta Sentencia el Tribunal Constitucional recuerda que: “*Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos.*”

⁹ RJ 2005\388.

¹⁰ RJ 2003\7805.

¹¹ JUR 2007\52343.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 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.