



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 11/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 21 de marzo 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 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. (AJ 2012/2748).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de 15 de noviembre de 2012.

Con fecha 15 de noviembre de 2012 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución, en el marco de la tramitación del expediente número DT 2011/2687, sobre el conflicto de acceso al Servicio Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (MARCo) planteado por Grupalia contra Telefónica.

La mencionada Resolución acuerda en su parte dispositiva lo siguiente:

<< PRIMERO.- Grupalia podrá emplear las soluciones de subconductación previstas en la oferta MARCo para situaciones de escasez de espacio, en particular los subconductos flexibles textiles, para la instalación de cables de fibra óptica en las canalizaciones objeto del presente conflicto de acceso. >>



SEGUNDO.- Recurso de reposición de TESAU.

Con fecha 19 de diciembre de 2012 se ha recibido en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) mediante el cual interpone recurso potestativo de reposición contra el Resuelve Segundo de la Resolución del Consejo de esta Comisión de 15 de noviembre de 2012 a la que se refiere el Antecedente de Hecho Primero, alegando fundamentalmente lo siguiente:

A) Nulidad de pleno derecho por autorizar un uso indebido de los servicios MARCo.

Por una parte TESAU alega que se estaría autorizando a la entidad Grupalia Internet, S.L. (en adelante, GRUPALIA) a realizar un uso indebido de los servicios de la Oferta MARCo al permitirse su utilización para desplegar una red privada para uso exclusivo por parte de un sólo cliente, el Hospital de Torrelodones, sin que existan indicios técnicos ni comerciales que evidencien que la red vaya a estar disponible para otros clientes.

La recurrente estima que el acceso mayorista a las infraestructuras de red (acceso MARCo) debería reservarse exclusivamente al despliegue de redes NGA, teniendo éstas por objeto dar servicio a miles de usuarios, por lo que su uso para desplegar una red privada para uso exclusivo por parte de un sólo cliente sería contraria a Derecho.

B) Nulidad de pleno derecho por falta de motivación de la Resolución recurrida.

TESAU alega que existe una motivación insuficiente, ya que esta Comisión no habría atendido a las denuncias de la recurrente ni habría verificado de manera suficiente que se cumplen los requisitos para acceder a los Servicios de la Oferta MARCo, ya que no se habrían cursado los oportunos requerimientos de información a GRUPALIA para conocer su plan de negocio y verificar el objeto real del despliegue.

C) Nulidad de pleno derecho por autorizar a GRUPALIA a utilizar subconductos flexibles.

Según TESAU no debería autorizarse la utilización de subconductos flexibles textiles, ya que no están homologados por la recurrente y además serían contrarios a la normativa en materia de prevención de riesgos laborales por su deficiente obturación; y propone como alternativa el uso de minitubos, por ser a su juicio una solución más eficiente y segura.

Sobre la base de las alegaciones antes expuestas, TESAU solicita que se anule la Resolución de 15 de noviembre de 2012 y que no se autorice a GRUPALIA a utilizar el servicio de la Oferta MARCo de subconductación; o subsidiariamente, que se imponga a GRUPALIA el uso de minitubos como solución de subconductación.

TERCERO.- Notificación a los interesados del inicio de la tramitación de los recursos y de su acumulación.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechado el día 10 de enero de 2013, se informó a la entidad recurrente y a GRUPALIA del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso de reposición antes citado, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).



Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la misma LRJPAC, se dio traslado a GRUPALIA de una copia no confidencial del escrito de interposición del recurso de reposición, informándole de que disponía de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento si así lo estimaba conveniente a sus intereses.

GRUPALIA no efectuó alegaciones al recurso de reposición de TESAU.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito de interposición del recurso.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley, y cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma LRJPAC.

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, y en el artículo 117 se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

El escrito presentado por TESAU cumple con los requisitos establecidos en los antes citados artículos 107.1 y 116.1 de la LRJPAC, ya que:

- El acto impugnado, la Resolución del Consejo de 15 de noviembre de 2012 sobre el conflicto de acceso al Servicio Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (MARCo) planteado por Grupalia contra Telefónica, es firme en vía administrativa, dado que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa (artículo 48.17 de la LGTel)
- La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, e invoca genéricamente causas de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad previstas en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC (fundamentalmente alega el incumplimiento de la regulación y de la normativa sectoriales, y la falta de motivación).
- Y el recurso ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley.

Por tanto procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito de TESAU presentado el día 19 de diciembre de 2012 como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de 15 de noviembre de 2012 sobre el conflicto de acceso al Servicio Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (MARCo) planteado por Grupalia contra Telefónica.



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, por cuanto que ya lo era en el procedimiento número DT 2011/2687, y además se ve directamente afectada por las disposiciones regulatorias adoptadas en la Resolución recurrida, ya que TESAU es el operador obligado a suministrar a GRUPALIA el servicio de acceso mayorista a sus infraestructuras de red (acceso MARCo) en las condiciones establecidas por las Resoluciones que lo regulan, y en concreto por la Resolución objeto de recurso.

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.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

El recurso de reposición interpuesto por TESAU cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y viene fundamentado genéricamente en varios motivos de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley, singularmente en las siguientes:

- Por una parte TESAU alega el incumplimiento de la regulación y de la normativa sectoriales por parte de la Resolución impugnada, ya que se autoriza a GRUPALIA a realizar un uso indebido de los servicios de la Oferta MARCo, permitiendo su utilización para el despliegue de una red privada para uso exclusivo por un cliente (en este caso, el Hospital de Torrelodones). Los hechos alegados constituirán una causa de nulidad de pleno derecho por ser contrarios al ordenamiento jurídico (artículo 63.1.f) de la LRJPAC) y de anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico (artículo 63.1 de la LRJPAC).
- TESAU menciona asimismo la existencia de una falta de motivación del acto recurrido, porque esta Comisión no habría atendido a sus denuncias ni habría verificado que se cumplen los requisitos para acceder a los Servicios de la Oferta MARCo mediante los oportunos requerimientos de información a GRUPALIA para conocer su plan de negocio y verificar el objeto real del despliegue. Todo ello constituirá una causa de nulidad de pleno derecho por ser contrarios al ordenamiento jurídico (artículo 63.1.f) de la LRJPAC) y de anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico (artículo 63.1 de la LRJPAC).
- Por último, TESAU alega que no debería autorizarse la utilización de subconductos flexibles textiles, ya que no están homologados por la recurrente y además serían contrarios a la normativa en materia de prevención de riesgos laborales por su deficiente obturación. Todo ello constituirá asimismo una causa de nulidad de pleno derecho por ser contrarios al ordenamiento jurídico (artículo 63.1.f) de la LRJPAC) y de anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico (artículo 63.1 de la LRJPAC).

Por todo lo anterior procede la admisión a trámite del recurso de reposición de TESAU.



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 de TESAU 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.

El citado recurso de reposición deberá ser resuelto, y su Resolución notificada, en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del mencionado recurso de TESAU, 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.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la alegación referida a la presunta autorización para realizar un uso indebido de los servicios de la Oferta MARCo.

TESAU alega que se estaría autorizando a GRUPALIA a realizar un uso indebido de los servicios de la Oferta MARCo, ya que se le estaría permitiendo su utilización para desplegar una red privada para el uso exclusivo por parte de un sólo cliente, el Hospital de Torrelodones, sin que existan indicios técnicos ni comerciales que evidencien que la red vaya a estar disponible para otros clientes.

En relación con el despliegue concreto previsto por GRUPALIA en el marco de la Resolución recurrida, TESAU indica que no existen indicios que evidencien que la red vaya a estar disponible para otros clientes además del Hospital de Torrelodones, puesto que:

- GRUPALIA no habría realizado ninguna otra solicitud MARCo en Torrelodones, y según TESAU no se puede construir una red NGAN con un único trayecto.
- El cable cuya instalación prevé GRUPALIA sería de 8 fibras, lo que en apariencia sería insuficiente para un despliegue NGAN, y además revela un uso ineficiente del espacio, puesto que GRUPALIA pretende ocupar un subconducto (equivalente a un tercio del conducto completo) con un único cable de baja capacidad.
- Se trataría de un tramo aislado, lo que según la recurrente evidenciaría que tiene por objeto la constitución de un circuito de empresa para construir una red privada para el Hospital de Torrelodones.

TESAU estima que el objeto de la Oferta MARCo debería ser el de facilitar el acceso mayorista a las infraestructuras de red (acceso MARCo) exclusivamente para el despliegue de redes NGA cuyo objeto sea dar servicio a miles de usuarios. Y añade que en anteriores ocasiones esta Comisión ha declarado como uso indebido del servicio MARCo el despliegue de redes privadas en régimen de autoprestación o bien la creación de redes privadas para uso exclusivo por un cliente. Por todo lo cual concluye que autorizar el uso de los servicios mayoristas de acceso a las infraestructuras de red (acceso MARCo) para desplegar una red privada para uso exclusivo por parte de un sólo cliente sería contraria a lo establecido en las Resoluciones que regulan la Oferta mayorista de acceso a las infraestructuras de red (Oferta MARCo).



En respuesta a las alegaciones de TESAU hay que señalar en primer lugar que las mismas son una reiteración, sin aportar datos ni pruebas adicionales, de las ya manifestadas en el procedimiento cuya Resolución se recurre: concretamente en el Fundamento de Derecho tercero, Apartado 1, de la Resolución de 15 de noviembre de 2012 (ver páginas 2 a 4) se resume la misma, con idénticos argumentos, y en las páginas 4 a 6 se responde que esta Comisión verificó las circunstancias concretas del caso, y se comprobó lo siguiente (ver página 5):

- Que la finalidad de la solicitud de GRUPALIA era la de desplegar su red de fibra óptica para prestar servicios a un cliente final, el Hospital de Torrelodones, sin que se produjese la cesión de dicha red. En este sentido TESAU no aportó documentación ni prueba alguna que acreditase que el tramo de red de fibra óptica solicitado por GRUPALIA fuese a ser cedido al Hospital de Torrelodones para que éste lo explotase en régimen de autoprestación.
- Que esta Comisión acreditó que el objeto perseguido por GRUPALIA no es el establecimiento de una red privada, sino la creación de un enlace a cliente desde el nodo de que dicho operador dispone en la localidad de Torrelodones, estando establecido dicho nodo en uno de los extremos de la canalización solicitada, y estando ubicado dicho cliente en el extremo opuesto. Es decir, en contra de lo manifestado por TESAU, GRUPALIA sí dispone en la zona de Torrelodones de un punto de presencia (nodo) que se encuentra a su vez conectado con su red troncal de fibra óptica mediante un enlace radio que cuenta con la pertinente autorización de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (en adelante, SETSI).
- En definitiva, que a la vista de la información comunicada por GRUPALIA a esta Comisión en el marco de la tramitación del procedimiento cuya resolución es objeto de impugnación, se apreció que concurren en este caso requisitos básicos de conectividad entre cliente y la red troncal de operador que vienen a evidenciar que la instalación del cable de fibra óptica solicitado por GRUPALIA constituye parte de un despliegue NGA.

A mayor abundamiento hay que poner de manifiesto las siguientes consideraciones sobre el caso concreto que fue objeto de conflicto entre GRUPALIA y TESAU, y en concreto sobre las características del despliegue de red de GRUPALIA en la zona de Torrelodones cuestionado por TESAU:

- La intensidad del despliegue de la red de un operador normalmente será proporcional a sus expectativas de captación de clientes: así, operadores de gran tamaño y capacidad inversora instalarán cables de gran capacidad en amplios ámbitos geográficos; mientras que por el contrario, otros operadores con inferior capacidad inversora centrarán sus despliegues en zonas puntuales donde dispongan de ciertas garantías de éxito, y lo harán mediante cables de menor capacidad.
- Estando ambos enfoques basados en el despliegue de tecnología FTTH hasta los usuarios finales –ya sean residenciales o empresariales–, no puede afirmarse que las primeras “sean más NGAN que las segundas”, como parece querer decir la recurrente. En efecto, TESAU no puede pretender que un operador lleve a cabo un despliegue masivo si sus expectativas comerciales de captación de clientes son conservadoras.
- Desde esta perspectiva, estaría justificada la instalación de un cable de 8 fibras por parte de GRUPALIA, despliegue que le permitiría dar servicio, considerando una arquitectura de tipo GPON como la que la propia TESAU implementa, a un máximo de 512 clientes.



Es decir, GRUPALIA parece estar asumiendo que difícilmente podrá superar dicho volumen en la zona afectada, lo que ni la recurrente ni esta Comisión pueden cuestionar.

- No sería razonable exigir a GRUPALIA que solicite la instalación del cable de 8 fibras, o de cualquier otro volumen, únicamente cuando disponga de más de un cliente en la zona. Es muy razonable pensar que, con el objeto de rentabilizar el despliegue realizado, GRUPALIA no denegará la prestación del servicio a otros clientes que puedan requerirlo en la zona señalada, muy al contrario más clientes en esa misma localidad le proporcionarían mayores ingresos con la misma inversión en red en la zona.
- Tampoco el hecho de que no haya solicitado otros despliegues en dicha zona implica que no lo vaya a hacer en el futuro si concurren oportunidades comerciales. Debe tenerse en cuenta además que el despliegue de GRUPALIA estaría más enfocado al segmento empresarial (lo que no es contrario a lo dispuesto en la oferta MARCo), presentando por tanto sus redes una capilaridad muy inferior a la tipología característica de otras redes, como la de TESAU, principalmente dirigidas al segmento residencial.
- Por otra parte, en la Resolución recurrida ya se justificó que el tramo solicitado por GRUPALIA no se encuentra aislado, tal como TESAU sostenía (y en base a lo cual justificaba que se correspondía con un enlace privado para conectar dos sedes del Hospital), sino que por el contrario en la tramitación del conflicto entre GRUPALIA y TESAU pudo constatarse que dicho tramo quedaba conectado a la red troncal de GRUPALIA mediante el punto de presencia (nodo) que ésta tiene en la zona, y a través del cual podría prestar servicios de banda ancha a una multiplicidad de usuarios.
- Sobre la alegación del uso presuntamente ineficiente del espacio por parte de GRUPALIA (ocupación de un subconducto mediante un cable de 8 fibras), sólo cabe responder que la oferta MARCo no lo prohíbe, y que además precisamente el uso de las técnicas de eficiencia mejorada (subconductos flexibles textiles o “mallas flexibles”) que TESAU venía denegando a los operadores y al que se viene oponiendo de manera reiterada, consigue que en despliegues como el señalado se optimice el uso del espacio, evitándose que cada cable instalado consuma un tercio del espacio útil del conducto.
- Finalmente, respecto a lo señalado por TESAU acerca de la necesidad de requerir planes de negocio a los operadores para acreditar que no van a utilizar los servicios de la Oferta MARCo para construir redes privadas, hay que contestar que no resulta procede en el caso objeto del conflicto entre GRUPALIA y TESAU cuya Resolución es objeto de recurso, puesto que esta Comisión únicamente lo ha venido haciendo cuando existían indicios evidentes de que el operador cuyo despliegue denunciaba TESAU se había constituido como tal con la finalidad exclusiva de dar servicio a un solo cliente en régimen de autoprestación (por ejemplo, el caso de algunos Ayuntamientos, tales como los citados en el Fundamento de Derecho tercero, Apartado 1, de la Resolución recurrida, ver páginas 3 y 4). Este no es el caso de GRUPALIA que claramente es un operador con recorrido, experiencia comercial y operativa, y voluntad de despliegue demostrados.
- En definitiva, TESAU no prueba de ninguna manera válida en Derecho que GRUPALIA no tenga la intención de captar más clientes en la zona, y además pretende invertir la carga de la prueba y obligar a esta Comisión a que verifique si sus afirmaciones sobre las intenciones comerciales del otro operador son reales o no, lo cual no puede admitirse por parte de esta Comisión.



Por todo lo anterior hay que desestimar las alegaciones de TESAU sobre que haya autorizado a GRUPALIA a realizar un uso indebido de los servicios de la Oferta MARCo.

SEGUNDO.- Sobre la alegación referida a la autorización a GRUPALIA para utilizar subconductos flexibles textiles (mallas flexibles).

Según TESAU no debería autorizarse la utilización de subconductos flexibles textiles, ya que no están homologados por la recurrente y además serían contrarios a la normativa en materia de prevención de riesgos laborales por su deficiente obturación; y propone como alternativa el uso de minitubos, por ser a su juicio una solución más eficiente y segura.

TESAU se opone expresamente a la utilización del sistema de “mallas flexibles” porque a su juicio está acreditado que esta solución técnica no permite una correcta obturación de los conductos y existirían riesgos laborales para los trabajadores, además de incumplir las Normas UNE y la normativa interna de la recurrente. La recurrente propone que exija la necesidad de homologación por parte de TESAU de los recursos de subconductación para la compartición de infraestructuras de forma eficiente, y propone como solución alternativa a las mallas flexibles el uso de los “minitubos rígidos”, ya homologados por TESAU y que sí permitirían una correcta obturación de los conductos.

En respuesta a las alegaciones de TESAU hay que poner de manifiesto que las mismas son reiterativas de las ya efectuadas en la fase de instrucción del procedimiento cuya Resolución es objeto de recurso, así como en otros procedimientos previos, y que las razones, requisitos y límites para autorizar el uso de soluciones de subconductación flexibles, por razones de eficiencia y optimización en el uso de capacidades limitadas en los conductos, se exponen claramente en la Resolución de 15 de noviembre de 2012 de constante referencia, concretamente en su Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 2 (ver página 6). Y en este sentido hay que poner de manifiesto que TESAU no ha aportado, en el momento procedimental oportuno, ningún documento o medio de prueba que acredite fehacientemente que esta solución técnica impida el cumplimiento de la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales o de la normativa UNE; y que la función de la revisión en vía administrativa es revisar la legalidad del acto y no volver a decidir sobre la oportunidad o la idoneidad de las alternativas posibles.

Por lo tanto, para contestar a esta alegación hemos de remitirnos a lo ya manifestado en la Resolución impugnada y en otras Resoluciones previas¹ en el siguiente sentido:

- Por una parte existe una obligación general de todos los operadores de actuar respetando el ordenamiento jurídico vigente, dentro del cual está la normativa de prevención de riesgos laborales. En este sentido esta Comisión es consciente de la importancia de las políticas de prevención de los riesgos laborales, y así se ha reflejado en la Oferta MARCo, al establecerse que los operadores deben circunscribir sus actuaciones a dichas políticas, y asumir las consecuencias legales de su incumplimiento cuando no lo hagan.

¹ Ver, por ejemplo, la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 22 de noviembre de 2012 (dictada en el procedimiento AJ 2012/1771 y acumulados), 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 (dictada en el procedimiento MTZ 2011/1477) sobre la revisión de la Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos de Telefónica (Oferta MARCo).



- No obstante lo anterior, y frente a las pretensiones de TESAU de asumir en exclusiva el control de las soluciones de subconductación a utilizar y de imponer sus criterios de homologación de soluciones (que en la práctica posibilitaría que TESAU pudiera impedir la utilización de otras soluciones de subconductación existentes en el mercado y propuestas por los operadores), en la Oferta MARCo se ha optado por rechazar esas pretensiones, y por otorgar la misma credibilidad a todos los operadores (a TESAU y a los operadores alternativos) a la hora de determinar qué soluciones técnicas de subconductación resultan acordes con la normativa y las políticas de prevención de riesgos laborales, bajo la premisa de que dichos operadores también son capaces llevar a cabo procesos de prueba y validación de soluciones. De hecho algunos operadores han comunicado a esta Comisión la realización de pruebas e instalaciones de las soluciones contempladas en la Oferta MARCo en infraestructuras -distintas a las de TESAU-, con resultados positivos (todo esto ya se respondió en la Resolución recurrida, ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 3.1, página 9).
- En consecuencia, esta Comisión no puede acceder a las pretensiones de TESAU e imponer la solución de los minitubos cuando los operadores prefieran optar por las mallas flexibles, siendo ambas soluciones perfectamente válidas a nivel regulatorio siempre que se instalen respetando la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales, y siendo ambas soluciones ya probadas en el mercado y en varios países de nuestro entorno. Los operadores deberán elegir una u otra solución –mallas flexibles o minitubos rígidos- e instalarlas respetando la citada normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales (también a nivel de obturación de conductos, cuestión que parece preocupar especialmente a TESAU), y en el caso de que incumplan dicha normativa, deberán responsabilizarse de las consecuencias de la avería o incidencia producida.

En definitiva, una vez más, y por las razones expuestas, debe desestimarse la solicitud de TESAU de impedir la utilización de subconductos flexibles textiles (“Mallas flexibles”) como solución de subconductación, y de imponer como alternativa la solución de los “microtubos rígidos”.

TERCERO.- Sobre la alegación referida a la presunta motivación insuficiente de la Resolución recurrida.

TESAU alega que existe una motivación insuficiente, ya que esta Comisión no habría atendido a las denuncias de la recurrente ni habría verificado de manera suficiente que se cumplen los requisitos para acceder a los Servicios de la Oferta MARCo, ya que no se habrían cursado los oportunos requerimientos de información a GRUPALIA para conocer su plan de negocio y verificar el objeto real del despliegue.

Frente a esta alegación hay que responder que la motivación de la decisión regulatoria adoptada es suficiente y completa, tal y como demuestra la mera lectura de los Fundamentos de Derecho de la Resolución recurrida, y en especial del Fundamento de Derecho Tercero (ver páginas 2 a 9), donde se analizan tanto la innecesariedad de adoptar la medida cautelar solicitada por TESAU por la inexistencia de una utilización indebida de los servicios de la Oferta MARCo (Apartado 1, páginas 2 a 6), como la viabilidad técnica y regulatoria del despliegue de red solicitado por GRUPALIA (Apartado 2, páginas 6 a 9). Y en todos ellos queda acreditado, por una parte, que la solicitud de GRUPALIA se ajusta a la regulación vigente en materia de acceso mayorista a las infraestructuras de red de TESAU; y por otra parte, que las acusaciones de TESAU sobre las presuntas intenciones de instalar



una red privada y sobre las deficiencias técnicas de la solución de subconducción elegida no se sustentan ni en la regulación vigente ni en pruebas válidas en Derecho.

Es decir, la alegación formulada por TESAU de falta de motivación se realiza de manera genérica y sin aportar prueba alguna válida en Derecho que sustente su alegación.

En respuesta a dicha alegación genérica hay que reiterar que, en relación a los requisitos de motivación de los actos y resoluciones administrativos, el artículo 54.1 de la LRJPAC establece que la motivación requerirá una “*sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho*”. El carácter “*sucinto*” de la motivación administrativa ha sido ratificado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias. 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 2009², de 26 de mayo de 2009³ y de 7 de marzo de 2006⁴.

Por otro lado, y como ha señalado el Tribunal Supremo en distintas sentencias (entre otras, en las de 3 de diciembre de 1996⁵ y de 3 de mayo de 1995⁶), la motivación de las resoluciones administrativas no exige una contestación exhaustiva y pormenorizada de la totalidad de las alegaciones efectuadas por los interesados a lo largo del procedimiento.

Pues bien, en el supuesto concreto de la Resolución recurrida hay que afirmar que en sus Fundamentos de Derecho, y en especial en su Fundamento de Derecho Tercero (ver páginas 2 a 9), se indican de forma pormenorizada las razones técnicas y jurídicas que han motivado todos aquellos aspectos respecto de los que TESAU manifiesta su disconformidad y que han llevado a esta Comisión a adoptar la decisión acordada. Y siendo esto así, del contenido de la Resolución impugnada puede colegirse claramente las razones que determinaron la decisión final de esta Comisión, en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en sus Sentencias de 15 de enero de 2009⁷, 20 de mayo de 2008⁸ y 8 de marzo de 2006⁹. En la última Sentencia citada se dice que “*el controvertido acto administrativo estuvo suficientemente motivado: porque expresó la fundamentación fáctica y la justificación normativa de su decisión*”.

Y en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 2007¹⁰ relativa a una Resolución de esta Comisión y confirmada posteriormente por la antes citada STS de 15 de diciembre de 2009, se declara que:

“(…) es necesario tener en cuenta la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera idóneo, para el cumplimiento de los fines de la motivación del acto administrativo, dar a conocer al destinatario las auténticas razones de la decisión que se adopta y permitir frente a ella la adecuada defensa. Y, en el presente caso, no es posible ignorar que la resolución de la CMT de 16 de mayo 2005, además de aludir a la necesidad de información para satisfacción de necesidades estadísticas o de análisis de la situación de los distintos mercados que confluyen en la prestación de servicio y explotación de redes del sector de las comunicaciones electrónicas y audiovisuales, justifica la petición de

² RC 2694/2007.

³ RJ 2009\4401.

⁴ RJ 2006\1668.

⁵ RJ 1996\8930.

⁶ RJ 1995\4050.

⁷ RJ 2009\467.

⁸ RJ 2008\5296.

⁹ RJ 2006\5702.

¹⁰ JUR 2007\52343.



información a Sogecable por su relevancia en el mercado de la televisión de pago, ante la necesidad que tiene la CMT, como regulador, de conocer las principales variables que, en cada modelo de negocio, resultan imprescindibles para la supervisión de un correcto desarrollo de la competencia en el mercado en cuestión.”

Otra cosa distinta es que TESAU no comparta los criterios utilizados por esta Comisión en la motivación de la Resolución recurrida o el sentido de la decisión adoptada, como recuerda la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 2007 al final de su Fundamento de Derecho Tercero:

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

Finalmente, cabe decir que una falta de motivación nunca constituye causa de nulidad del acto o resolución impugnados sino, en todo caso, su anulabilidad y siempre que produzca indefensión material y efectiva, y no meramente formal, tal y como indica la doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en sus Sentencias de 8 de mayo de 2008¹¹, de 13 de julio de 2004¹² y de 16 de julio de 2001¹³. Ello no sucede en el supuesto de la Resolución de 15 de noviembre de 2012 objeto de recurso, tal y como se ha razonado a lo largo de la presente Resolución.

Por todo lo anterior, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición de la entidad Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 15 de noviembre de 2012, dictada en el marco de la tramitación del expediente número DT 2011/2687, sobre el conflicto de acceso al Servicio Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (MARCo) planteado por Grupalia contra Telefónica.

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 por la Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012, 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, que pone fin a la vía administrativa, 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

¹¹ RJ 2008\2642.

¹² RJ 2004\4203.

¹³ RJ 2001\6684.



Telecomunicaciones, el artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

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