



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

CERTIFICA:

Que en la Sesión número 14/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 6 de mayo de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, SA, contra la Resolución, de fecha 18 de febrero de 2010, sobre la solicitud de Telefónica de España, SAU, de autorización para la instalación de nodos de acortamiento de bucle (AJ 2010/510).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Marco actual para instalar nodos de acortamiento de bucle sin conformado espectral.

La Resolución, de fecha 18 de diciembre de 2008, sobre la solicitud de Telefónica de España, SAU (en adelante Telefónica), de modificación del plan de gestión del espectro de la Oferta del Bucle de Abonado (OBA) para el despliegue de señales XDSL en el subbucle, acordó, entre otras condiciones, los requisitos mínimos que debían observarse en el despliegue de nodos sin conformado espectral con una arquitectura tal que impidiera la utilización por operadores alternativos de servicios de desagregación del bucle. En este supuesto se preveía la posibilidad de que Telefónica pudiera solicitar una autorización expresa para cada caso en aquellos despliegues específicos de nodos de acortamiento que por sus características particulares, aún no cumpliendo con los criterios establecidos, la operadora considerase razonable su despliegue en otras condiciones.

En la Resolución del expediente DT 2009/501, de fecha 19 de noviembre de 2009, sobre la solicitud de Telefónica de autorización para la instalación de 18 nodos de acortamiento de bucle se expuso que, al momento de analizar las solicitudes de Telefónica que requieren de autorización expresa para la instalación de nodos de acortamiento de bucle, se realizaría un balance caso por caso entre los beneficios y las desventajas potenciales sobre la competencia que conllevaría la mencionada instalación. Esto es, se sopesaría el beneficio que la instalación de estos nodos traerían a los consumidores y a los operadores alternativos con el posible perjuicio a los operadores que han invertido o pudieran invertir en una competencia en infraestructuras.



SEGUNDO.- Solicitud de Telefónica.

Con fechas 8 de junio de 2009 y 3 de julio del mismo año, tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión sendos escritos de Telefónica solicitando autorización expresa para la instalación de 12 nodos de acortamiento de bucle, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución del expediente DT 2008/481.

TERCERO.- Resolución recurrida.

Con fecha 18 de febrero de 2010, el Consejo de esta Comisión dictó Resolución por la que puso fin al expediente DT 2009/950, mediante la cual autorizó expresamente la instalación de 11 de los 12 nodos solicitados tras concluir que de su instalación no se apreciaba ningún impacto negativo en la competencia. La denegación de la autorización para la instalación del nodo (MND.LO) se amparó en la falta de justificación de su instalación debido a su situación (distancia a la central) y al uso que hacen los operadores de los pares interceptados por dicho nodo, motivos que inducen a pensar que se trata de un nodo que intercepta pares que en gran medida pueden soportar servicios competitivos para su mercado objetivo, es decir, por las desventajas potenciales que supondría su instalación para la competencia.

CUARTO.- Recurso de reposición de Orange.

Contra la Resolución de 18 de febrero de 2010 a la que se hecho referencia más arriba, en fecha de 24 de marzo de 2010, ha tenido entrada en el Registro electrónico de esta Comisión un recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, SA, (en adelante, Orange), al considerar que dicha Resolución contiene pronunciamientos y conclusiones contrarios a la regulación vigente suponiendo un grave perjuicio para la recurrente.

Fundamenta su recurso en los siguientes motivos de impugnación:

- Por ser de imposible cumplimiento al no dar solución a la falta de definición de los procedimientos para efectuar la portabilidad inversa y la activación del servicio de Acceso Mayorista a la Línea Telefónica (AMLT) que, inevitablemente, conllevaría cortes prolongados del servicio de voz.
- Por generarle indefensión al autorizar la instalación de los nodos infravalorando los perjuicios causados en el entorno competitivo en aquellas zonas afectadas por dicha instalación. Solicita, para continuar prestando servicios a aquellos clientes a los que actualmente está ofreciendo servicios empaquetados a través de servicios de acceso indirecto, una bonificación adicional para el servicio AMLT.

También, sugiere a esta Comisión que reconsidere su postura para analizar los criterios por los que autoriza expresamente la instalación de los nodos conflictivos dando prioridad a la protección de los niveles de competencia alcanzados en las zonas afectadas y a los intereses de los clientes de los operadores alternativos.

Por último menciona que, a diferencia de España, el regulador francés (Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, en adelante, ARCEP) está recomendando, con objeto de proteger el nivel de competencia, no hacer despliegues de nodos en zonas en las que haya operadores de desagregación de bucle.



QUINTO.- Escrito de alegaciones de Telefónica.

Con fecha 13 de abril de 2010 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Telefónica contra el recurso interpuesto por Orange solicitando su inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación. Las alegaciones aportadas por Telefónica son del siguiente sentido:

- Solicita que se inadmita a trámite el recurso interpuesto por no fundamentarse en ninguna causa de nulidad o anulabilidad previstas en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC de conformidad con lo establecido en el artículo 107 de la misma Ley.
- Que han de desestimarse las alegaciones de Orange relativas a la falta de definición de los procedimientos de migración de clientes de operador que están en el área de influencia de la instalación del nodo de acortamiento de bucle y a la bonificación sobre la contratación del AMLT que solicita Orange, bonificación que sería adicional al actualmente previsto para la contratación conjunta del AMLT con servicios de acceso indirecto de banda ancha, en tanto en cuanto que esta Comisión ya ha desestimado reiteradamente estos mismos argumentos y solicitudes de la recurrente.
- Que las soluciones alternativas a la instalación de nodos planteadas en Francia no son aplicables al escenario español debido a sus diferentes características y circunstancias que no resultan comparables. Por lo tanto, carece de viabilidad plantear estas alternativas para el caso español.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación del escrito.

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

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

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante Ley 32/2003), las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC calificar el escrito presentado por Orange como recurso



potestativo de reposición que se interpone contra la resolución de 18 de febrero de 2010 sobre la solicitud de Telefónica de autorización para la instalación de nodos de acortamiento de bucle (DT 2010/950).

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 DT 2010/950 en el que se dictó la resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a Orange para la interposición del presente recurso.

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.

Aun cuando la recurrente no alude expresamente a ninguna de las causas de nulidad o anulabilidad previstas en dichos artículos, en virtud del principio antiformalista que rige la actividad de la Administración Pública, corresponde a la Comisión determinar si el acto impugnado incurriría en una infracción del ordenamiento jurídico determinante de su nulidad o anulabilidad.

Habida cuenta de que el recurso de reposición interpuesto por Orange cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, procede su admisión a trámite

CUARTO. Competencia para resolver.

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

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la supuesta imposibilidad de cumplir con la Resolución.

Orange, aunque valora positivamente el hecho de que esta Comisión refuerce que sean los propios operadores y Telefónica quienes definan, por su cuenta, el procedimiento de migración de los clientes de operador que están en el área de influencia de los nodos instalados, manifiesta dificultades para la definición e implantación de un procedimiento eficiente para la migración de aquellos clientes “*naked*”¹ a los que Orange ofrece servicios de acceso a internet empaquetados con telefonía VoIP por cuanto que la portabilidad inversa y la activación del servicio AMLT conlleva cortes de varios días del servicio a clientes, por lo que considera necesario que sea explícitamente definido por esta Comisión, que el corte máximo del servicio recibido por el cliente nunca pueda superar el plazo de 3 horas establecido para la ventana de cambio de la portabilidad.

¹ Clientes que han contratado servicio de acceso indirecto sin servicio telefónico.



Orange considera que esta falta de concreción del tiempo máximo de corte del servicio conlleva que la Resolución sea de imposible cumplimiento. Este motivo de impugnación alegado se refiere a la causa de nulidad establecida en el artículo 62.1c) de la LRJPAC. Por lo anterior, solicita que esta Comisión defina un tiempo máximo de corte del servicio.

En efecto, los procedimientos establecidos (portabilidad del operador a Telefónica y posterior alta de acceso indirecto con el servicio AMLT², en el caso que nos ocupa) son complejos e implican una coordinación entre los operadores que deberá ser acordada. En todo caso, no se considera razonable ni justificado que, tal y como afirma Orange, haya “inevitablemente” cortes de varios días en el servicio de voz debido a la falta de concreción en la Resolución recurrida que la hacen de imposible cumplimiento.

El proceso de migración diseñado no especifica todos los detalles del mismo debido a que ha de ser la propia Telefónica quien lidere este proceso, tal y como se indica en el Anexo II de la Resolución del expediente DT 2009/501: *“acordando las actuaciones con el operador para que exista la menor interrupción del servicio migrado”*. Como se indica en esa Resolución, Telefónica afirma estar desarrollando un procedimiento de migración.

Es en este escenario de colaboración que, tal y como afirma Orange y como ha confirmado³ en más de una ocasión esta Comisión, el detalle del procedimiento deberá ser consensuado entre los operadores afectados por la instalación de los nodos de acortamiento de bucle y Telefónica por lo que serán todos éstos quienes definan, por su cuenta, el procedimiento de migración de los clientes de operador que están en el área de influencia de los nodos que se instalan. Hasta que no se defina el mencionado procedimiento por el que Telefónica pueda provisionar el acceso indirecto a los operadores que lo soliciten, ésta no podrá comenzar a prestar servicios desde los nodos autorizados, tal y como se indica en el Resuelve Segundo de la Resolución recurrida.

Así pues, y en virtud del principio de mínima intervención que debe presidir la actuación de esta Comisión, no puede darse favorable acogida a la solicitud de Orange de que sea esta Comisión quien regule determinados aspectos que forman parte del procedimiento que está en fase de negociación. Por otra parte, es absolutamente inadecuado, en un recurso de reposición, regular dichos aspectos del procedimiento ajenos al objeto del expediente recurrido en cuya fase de instrucción, tampoco fue solicitada tal regulación.

Todo ello es sin perjuicio de que Telefónica está obligada a hacer sus mejores esfuerzos para que la interrupción del servicio al abonado sea mínima teniendo en cuenta que serán necesarias actuaciones para la efectividad de la portabilidad y del alta de los servicios AMLT e indirecto, con trabajos en central/nodo en el par y pruebas y, en ciertos casos, actuaciones en las dependencias del abonado comunicándolo al operador afectado con la suficiente antelación.

SEGUNDO.- Sobre la indefensión supuestamente generada a la recurrente al infravalorar los perjuicios causados a los operadores alternativos.

Orange afirma que esta Comisión no está velando por el mantenimiento del entorno competitivo alcanzado en las zonas afectadas por la instalación de los nodos. Según la recurrente, se está poniendo en peligro el mantenimiento de la presencia de operadores alternativos en aquellas zonas amparándose en el número reducido de clientes afectados. Considera que esta Comisión

² Alta conjunta introducida con la Resolución del expediente DT 2008/787.

³ Resolución del Recurso de reposición AJ 2009/2124 a la Resolución DT 2009/501 y en la Resolución del Recurso AJ 2009/2125 a la Resolución DT 2009/870.



no ha valorado suficientemente sus alegaciones en este sentido generándole indefensión. Este motivo de impugnación, aunque la recurrente no lo ha mencionado, resulta identificable con la causa de nulidad a la resolución recurrida prevista en el artículo 62.1a) de la LRJPAC en relación con los artículos 24 y 105 de la Constitución española.

En contraposición a lo afirmado por esta Comisión, Orange alega que el despliegue de nodos no le va a procurar ingresos adicionales por ofrecerle velocidades superiores a las antes disponibles y, respecto al acceso a clientes a los que antes no podían ofrecer sus servicios, la ventaja de la instalación de los nodos existiría únicamente en relación con la captación de nuevos clientes pero no respecto de los clientes previamente disponibles los cuales pasarán a ser deficitarios lo que supone que, probablemente, se vean obligados a renunciar a éstos. Por todo lo anterior, considera que los efectos adversos derivados de la instalación de los nodos no cumplen con las condiciones definidas para autorizar su instalación, efectos que de ninguna manera han de ser asumidos por los operadores alternativos.

Esta Comisión ya ha tenido en cuenta todas estas alegaciones en la tramitación del expediente cuya Resolución se recurre.

En primer lugar, no resulta acertada la afirmación de que la penetración de los clientes de los operadores alternativos en los nodos afectados sea elevada, por lo que los efectos adversos que conlleva la instalación de los nodos, tal y como la propia Orange reconoce, a día de hoy *“no se trata de un problema de amplio alcance [...]”*; es decir, se trata de un efecto marginal. Como se ha indicado, la cuota de clientes de los operadores alternativos es uno de los parámetros examinados por esta Comisión a la hora de otorgar la autorización para la instalación del nodo de acortamiento de bucle. Ahora bien, éste no es el único parámetro que se tiene en cuenta de modo que, en algunos casos, otros parámetros pueden llevar a la autorización del nodo a pesar de que la cuota se aproxime al mercado.

En segundo lugar, tal y como se menciona en la Resolución del expediente DT 2009/501, los criterios o parámetros empleados para autorizar expresamente la instalación de los nodos y que han sido aplicados en la Resolución recurrida, de lo que tratan es de sopesar, caso por caso, el beneficio que los nodos a instalar aportan a los consumidores (en forma de mejores servicios de banda ancha) y a los operadores (en forma de mejores servicios en pares sobre los que antes no podían dar esos servicios con unos precios de acceso indirecto inferiores a los generales) con el posible perjuicio a los operadores que han invertido o pueden invertir en una competencia en infraestructuras. En definitiva, se trata de que la mejora de los servicios a los consumidores puede, en ciertos casos, justificar la instalación de nodos sin conformado espectral, sin que ello signifique que no se esté velando por el mantenimiento del entorno competitivo. Al contrario de lo alegado por la recurrente, el impacto sobre la competencia se tiene muy en cuenta en la decisión.

El mantenimiento de la viabilidad económica de la oferta por los operadores alternativos a clientes existentes no puede ser, sin más, un freno a la renovación de la red de acceso que redundaría en beneficio de esos mismos clientes; mas aún, si se tiene en cuenta que la viabilidad de la autorización debe examinarse globalmente. Es por ello que esta Comisión afirma que Orange debe tener en cuenta las nuevas velocidades a las que tiene acceso (puesto que permiten que un cliente suyo pueda mejorar el servicio previo), y sobre todo, los nuevos clientes a los que ahora puede dar servicio, sin que ello implique la pérdida de inversiones realizadas en equipos en la central dado que pueden seguir prestando servicios al resto de los pares que dependen de la central y que no se ven afectados por la instalación del nodo.



Por otra parte, Orange afirma que las ofertas de empaquetamiento de servicios no resultan económicamente emulables mediante el acceso indirecto debido al incremento de costes y a la reducción de los ingresos (siendo la bonificación prevista en el acceso indirecto insuficiente). Sobre la base de lo anterior solicita, para lograr la emulabilidad, una bonificación de 2,8 euros en el servicio AMLT acumulable al descuento ofrecido por la Resolución del expediente DT 2009/871 por la inexistencia de un servicio de telefonía VoIP, o la imposición de soluciones técnicas alternativas (como el conformado espectral con VDSL2).

A este respecto hay que recordar que esta misma petición fue desestimada en la Resolución del expediente DT 2009/870, donde se indicaba que *“la bonificación para operadores cubricados en la central de la que dependen los pares interceptados por nodos tiene como objeto paliar el impacto de estos nodos sobre los pares interceptados, y es tenido en cuenta por esta Comisión a la hora de autorizar nodos. Sin embargo, el cálculo de dicha bonificación no tiene relación directa con el recargo del acceso indirecto naked, cuyo valor se establece teniendo en cuenta los costes asociados al par: acometida, par de cobre y repartidor principal. Lo mismo aplica para el coste adicional asociado a una línea AMLT, por lo que se desestima la petición de bonificación para estos conceptos”*.⁴

Así, tal y como se ha indicado reiteradamente, la bonificación establecida en la Resolución DT 2007/709 tiene como objeto paliar el impacto de los nodos autorizados sobre los costes de los servicios prestados en los pares interceptados, siendo éste uno de los parámetros tenidos en cuenta por esta Comisión al evaluar las solicitudes de instalación de nodos. No se trata de un cálculo indemnizatorio que tenga en cuenta los costes exactos de la solución alternativa, entre otros motivos, porque dicha solución alternativa puede ser muy variada (pudiendo ser también, por ejemplo, el acceso al subbucle en el nodo, o bien, incluso mantener la continuidad metálica del bucle y con ello el servicio desde central) y porque además, el cálculo (como el que presenta Orange) depende del comportamiento de cada cliente (en llamadas de voz) y de las características de cada par (en cuanto a la modalidad de indirecto); esto es así porque aun pudiendo ciertos pares interceptados, más cercanos a la central, presentar mayores velocidades, por lo general, estas velocidades alcanzadas por los pares afectados resultan bajas dados los parámetros que esta Comisión examina en las solicitudes de autorización de nodos.

Por todo lo anterior no cabe considerar que la Resolución impugnada esté poniendo peligro el entorno competitivo en las zonas afectadas por los nodos ni que se estén subestimando perjuicios a operadores alternativos que, como se ha comprobado, son marginales en comparación con los beneficios que la instalación de los nodos conlleva para los usuarios y el mercado en general.

De manera añadida, ha de considerarse que el planteamiento del recurso de Orange está fuera del marco de lo que podría ser objeto de recurso de reposición puesto que pretende modificar por esta vía las condiciones de despliegue de nodos establecidas en las Resoluciones de los expedientes DT 2008/481 y DT 2009/501.

TERCERO.- Sobre las soluciones alternativas a la instalación de nodos planteadas en Francia.

Orange añade en su escrito de recurso unos párrafos relativos a las orientaciones de febrero de 2010 publicadas por el regulador francés (ARCEP) en relación con el despliegue de redes de

⁴ Véase también las Resoluciones a los expedientes AJ 2009/2124 y AJ 2009/2125 que resolvían los recursos de reposición a las Resoluciones de los expedientes DT 2009/870 y a DT 2009/501. Asimismo, la Resolución recurrida del expediente DT 2009/950, donde se ha motivado dicha decisión.



acceso de nueva generación. En dichos párrafos, ARCEP recomienda no realizar despliegues en zonas en las que existan operadores de desagregación de bucle.

En primer lugar, ha de mencionarse que esta Comisión ha considerado ir más allá de una mera recomendación instaurando unas condiciones bien definidas para la autorización general y un proceso transparente de autorización particular (bajo la premisa de que éstas últimas son marginales) que garantice que cualquier nodo instalado en zonas que potencialmente pueden tener impacto sobre la competencia, haya sido examinado tanto por esta Comisión como por los operadores.

En segundo lugar, ha de significarse que el escenario del mercado de acceso en Francia, en relación a su marco competitivo y su situación de despliegue de fibra, es muy distinto al español, por lo que no resultan comparables.

Finalmente, lo expuesto por la recurrente está fuera del objeto de la presente resolución del recurso que no puede ser otro que analizar la legalidad de la resolución recurrida cuyo objeto se restringía a la autorización de instalación de nodos de acortamiento de bucle solicitados por Telefónica.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE:

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, SA, contra la resolución de fecha 18 de febrero de 2010, sobre la solicitud de Telefónica de España, SAU, de autorización para la instalación de nodos de acortamiento de bucle.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de fecha 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), 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, 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 48.17 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, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro recurso que estimen procedente en defensa de sus derechos en virtud de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.