



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 06/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 4 de marzo de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución relativa a los recursos de reposición interpuestos por Telefónica de España, S.A.U., France Telecom España, S.A., la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones y Vodafone España, S.A.U. contra la Resolución de fecha 19 de noviembre de 2009, sobre la solicitud de Telefónica de España, S.A.U. de autorización para la instalación de 9 nodos de acortamiento de bucle (AJ 2009/2125).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Solicitud de Telefónica de España, S.A.U.

La Resolución de fecha 18 de diciembre de 2008, sobre la solicitud de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante Telefónica) de modificación del plan de gestión del espectro de la OBA para el despliegue de señales XDSL en el subbucle, acordó, entre otras condiciones, los requisitos mínimos que se debían observar 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 cumplimiento de dicha previsión Telefónica solicitó por medio de dos escritos, con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión 14 y 22 de mayo, la autorización expresa para la instalación de 6 y 3 nodos, respectivamente, de acortamiento de bucle. Todos ellos eran nodos que no cumplían con las condiciones generales establecidas en la citada Resolución de fecha 18 de noviembre de 2008 para ser desplegados sin autorización expresa.



SEGUNDO.- Resolución recurrida.

La Resolución recurrida, de fecha 19 de noviembre de 2009, autorizaba a Telefónica la instalación de cuatro de los nueve nodos solicitados.

El motivo de la denegación de los otro cinco es la ponderación entre el perjuicio a los operadores cobubicados y el beneficio para los consumidores que supone la mejora de los servicios de banda ancha que pudieran ofrecerse por medio de los nodos solicitados. Así, en el caso de los nodos BD.MR029, RODV.A09 o SQDV.A20, se trataría de nodos que dan servicios a clientes potencialmente atractivos para los operadores cobubicados y situados a una distancia de ella que hace factible la prestación de servicios competitivos. Con respecto a estos nodos, la resolución impugnada considera que el uso por parte de Telefónica de técnicas avanzadas como VDSL2 con conformado espectral es más adecuado que el cese del servicio.

En cuanto a los nodos BG.SP y BG.PO, la resolución manifiesta que se trata de nodos que interceptan pares que pueden soportan la prestación de servicios en condiciones competitivas debido al uso que hacen los operadores de los pares interceptados y de su situación física.

TERCERO.- Recurso de reposición de Telefónica.

Contra la Resolución a la que se hecho referencia más arriba, Telefónica presentó un recurso de reposición por medio de un escrito que tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión el día 22 de diciembre de 2009.

Los motivos en los que fundamenta su impugnación son los siguientes:

1.- Falta de proporcionalidad. Telefónica considera que en la práctica es imposible acudir al conformado espectral de la señal en nodos como opción tecnológica debido a sus limitaciones técnicas y elevado coste económico.

Además, pone de manifiesto que los nodos objeto del recurso comenzaron a instalarse antes de que esta Comisión impusiera la necesidad de ser autorizados previamente y han supuesto un elevado coste para la recurrente, costes que serían irrecuperables en caso de no autorizarse finalmente los nodos.

2.- Falta de motivación. Según la recurrente, esta Comisión no habría justificado suficientemente la denegación de la autorización para la instalación de tres nodos cuyas características objetivas son similares a otros autorizados.

Por dichos motivos, Telefónica solicita la reposición de la resolución recurrida en el sentido de que se le autorice para instalar la totalidad de los nodos incluidos en sus peticiones iniciales, incluyendo los tres cuya instalación no se autoriza.

CUARTO.- Recurso de France Telecom España, S.A.

Contra la Resolución a la que se hace referencia en el Antecedente de Hecho Segundo de este escrito, France Telecom España, S.A. (France Telecom) ha presentado un recurso de reposición que ha tenido entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión el día 30 de diciembre de 2009.

Fundamenta su recurso en los siguientes motivos de impugnación:



1.- Falta de motivación y transparencia. France Telecom denuncia que la autorización de nodos que afectan a plantas de pares sobre las que existen elevados porcentajes de desagregaciones se ha realizado sin que Telefónica facilitara una serie de datos que aseguren la transparencia en el procedimiento.

Asimismo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no estaría respetando los criterios para la autorización individual de nodos establecidos en la resolución de igual fecha que la recurrida (expediente DT 2009/501). Así, basándose en unos cálculos estimados, estaría autorizando nodos que interceptan un gran porcentaje de pares que prestan servicios de banda ancha y éste es uno de los criterios que se deberían tener en cuenta.

2.- Infravaloración de los perjuicios causados a los operadores. La recurrente pone de manifiesto que la resolución recurrida valora en excesiva medida la reducción de los precios mayoristas de los servicios de banda ancha, sin tener en cuenta la importancia de las ofertas empaquetadas, en especial de servicios de voz y datos: mientras que los segundos pueden replicarse mediante servicios de acceso indirecto, los primeros deberán prestarse a través de las soluciones previstas en la Oferta de Acceso Mayorista a la Línea Telefónica (AMLT). Esta solución encarecería los costes mayoristas y desvirtuaría parcialmente la motivación de la resolución recurrida que, entre otras razones, se basa en la reducción de los precios de acceso indirecto para justificar la autorización de nodos. Por ello solicita que las compensaciones en los precios del acceso indirecto previstas en la resolución de fecha 18 de diciembre de 2008, sobre la solicitud de Telefónica de España, S.A.U. de modificación del plan de gestión del espectro de la OBA para el despliegue de señales XDSL en el subbucle (DT 2008/481) se complementen en aquellos casos en que el operador alternativo estuviera ofreciendo servicios de voz a través del bucle desagregado.

QUINTO.- Recurso de reposición de ASTEL.

La Asociación de Operadores y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) también presentó un recurso de reposición contra la Resolución de fecha 19 de noviembre de 2009 por medio de un escrito que tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión el día 30 de diciembre de 2009.

ASTEL basa su recurso en la insuficiente motivación e incongruencia de la resolución recurrida, lo que, a su juicio, le supone indefensión. Según la recurrente, esta Comisión habría cambiado el criterio para la autorización a Telefónica de los nodos solicitados respecto del informe de audiencia de sus servicios.

Además, se habría autorizado nodos para los que no se cumplen los requisitos previstos en la Resolución del expediente DT 2009/501. Esta resolución establecía que para autorizar nodos no comprendidos en las condiciones generales de autorización previstas en el expediente DT 2008/481 debería ponderarse el beneficio para los consumidores y operadores con el perjuicio para éstos que estuvieran cubiertos y prestando servicios mediante bucles desagregados. Sin embargo, la resolución recurrida, pese a atender a la excepcionalidad de la autorización de los nodos que no cumplen las condiciones generales, no motiva con suficiente detalle los criterios en los que basa la autorización.



ASTEL también denuncia falta de transparencia, puesto que Telefónica no habría facilitado la totalidad de la información recogida en el Anexo III de la resolución del expediente DT 2009/501, de igual fecha que la recurrida en el presente procedimiento,

Finalmente, a juicio de la recurrente, no sería suficiente la inclusión del nodo en la base de datos para comunicar los pares afectados, sino que la Resolución del expediente DT 2009/501 debería haber obligado expresamente a Telefónica a hacer una comunicación expresa a cada operador de los pares potencialmente afectados por la instalación del nodo.

SEXTO.- Recurso de reposición de Vodafone España, S.A.U.

Finalmente, Vodafone España, S.A.U. (Vodafone) también ha recurrido la resolución de constante referencia por medio de un escrito que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 4 de enero de 2010. Vodafone denuncia la falta de motivación de la resolución recurrida, lo que le causaría indefensión, así como la infracción del artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones, que se refiere al principio de fomento de la competencia efectiva en la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

Los motivos concretos de su recurso son los siguientes:

1.- Incongruencia con la resolución del expediente DT 2009/501. La resolución de igual fecha que la recurrida, recaída en el expediente DT 2009/501, que también ha sido objeto de recurso de reposición por Vodafone y el resto de recurrentes en el presente procedimiento con idénticos argumentos, establecería, como requisito previo para la autorización de nodos, el acceso por parte de los operadores a determinada información (la recogida en su Anexo III). La recurrente alega que no ha tenido acceso a esa información durante la tramitación del presente procedimiento, circunstancia que habría puesto de manifiesto en sus diferentes escritos alegatorios. Pese a ello, esta Comisión habría autorizado la instalación de los nodos.

2.- Incumplimiento del principio de transparencia. Esta Comisión no especifica la manera en que Telefónica debe facilitar la información exigida en el Anexo III de la resolución del expediente DT 2009/501 junto a su solicitud de autorización de nodos. Su inclusión en los listados de centrales y nodos sería insuficiente, pues es un procedimiento lo suficientemente complejo como para ser operativo y satisfacer las obligaciones de transparencia exigibles a Telefónica. Ello impediría, a juicio de Vodafone, tener un conocimiento suficiente como para formular alegaciones a no ser que esa información se facilitara expresamente, tal y como se exige para activar un nodo previamente autorizado.

A juicio de Vodafone, el citado Anexo III no es lo suficientemente explícito en cuanto a la información que Telefónica debería poner a disposición del resto de operadores y propone que se amplíe al número administrativo de los pares que podrían verse afectados y a los pares adyacentes.

3.- Insuficiente concreción del procedimiento de activación de los nodos. En lo que se refiere a las condiciones de activación de los nodos, Vodafone pone de manifiesto que esta Comisión no detalla el procedimiento de migración y prevé dificultades entre los operadores que acabarán en conflictos, por lo que solicita que se declare expresamente que Telefónica no podrá activar un nodo hasta que se haga efectiva la migración de los clientes que los operadores hayan solicitado o, en su caso, que la migración y la activación sean simultáneas.



4.- Falta de motivación y cambio de criterio en la determinación de qué debe considerarse como servicios competitivos. A juicio de Vodafone, esta Comisión ha cambiado el criterio respecto del informe sometido a audiencia, así como respecto de la resolución del expediente DT 2008/481, en lo que se refiere a los supuestos de autorización general para el despliegue de nodos de interceptación de bucles.

En el informe de audiencia se establecerían dos criterios generales de rechazo de cualquier solicitud de autorización de instalación de nodos sin conformado espectral:

- a) La mera existencia de operadores cobucados.
- b) La finalidad de atender una zona de nueva construcción desde centrales ya existentes.

Si no se cumplían esos criterios, para autorizar la instalación de nodos se valoraría otra serie de condiciones, tales como el número de pares interceptados y su longitud, la velocidad de los servicios prestados sobre ellos o desde los nodos que se pretendan instalar.

Pues bien, Vodafone denuncia el apartamiento inmotivado de esos criterios en la resolución recurrida, al fundamentar su autorización en una supuesta mejora de los servicios que prestan pero sin concretar en qué medida lo hacen. De esta manera, a juicio de la recurrente, esta Comisión parece haber modificado su criterio acerca de lo que debe considerarse a estos efectos como servicios competitivos, permitiendo a Telefónica la prestación de servicios con velocidades superiores a 1 Mbs (servicios que sí se considerarían competitivos).

SÉPTIMO.- Trámite de audiencia.

En cumplimiento del trámite previsto en el artículo 112.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), se ha dado traslado de los cuatro recursos, acumulados en el mismo procedimiento por Resolución del Secretario de fecha 5 de enero de 2010, al resto de interesados en el procedimiento en el que se dictó la resolución recurrida.

Han presentado alegaciones los siguientes operadores:

- France Telecom, al recurso de Telefónica, por medio de escrito con fecha de entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión 26 de enero de 2010.

France Telecom entiende que Telefónica sobrevalora el beneficio que supone para los abonados la instalación de nodos intermedios, pero desprecia el perjuicio que, a su juicio, se produce a los clientes de los operadores alternativos, que dejarían de recibir servicios de VoIP y televisión.

France Telecom coincide con Telefónica en que la resolución no está lo suficientemente motivada, aunque discrepa en la consecuencia de dicha insuficiente justificación: al tratarse de casos excepcionales que no cumplen los criterios establecidos por la CMT, ésta no debiera ser otra que la denegación de la autorización.

Finalmente, Telefónica no habría concretado las dificultades técnicas alegadas en su recurso para el despliegue de nodos con soluciones VDSL2 y si esas dificultades supondrán el abandono definitivo de comercializar servicios desde nodos VDSL2.



- Ibérica de Sonorización y Telecomunicaciones Ibersontel, S.L. (Ibersontel), por medio de un escrito que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 28 de enero de 2010. Ibersontel pone de manifiesto la existencia de tecnologías que permiten optimizar el ancho de banda, de manera que permiten ampliar la distancia dentro de la cual pueden ofrecerse servicios. Estas posibilidades técnicas permiten ampliar al rango de servicios que podrían calificarse como “servicios atractivos para los usuarios”.

Sobre las alegaciones de Telefónica relativas a la inviabilidad de la prestación de servicios en modos remotos mediante VDSL con conformado espectral, Ibersontel cree que sí que es una tecnología lo suficientemente madura para ser aplicada como alternativa a la fibra hasta el hogar (FTTH, en sus siglas inglesas). Sin embargo, Telefónica estaría desplegando una estructura FTTN con un reducido número de nodos y gran capacidad por usuario, lo que supone mayor sensibilidad a la distancia y, en definitiva, una utilización incorrecta de la tecnología VDSL2. Así, según la alegante, Telefónica podría desplegar FTTH incorporando micro-nodos VDSL2 con conformado espectral más próximos a sus abonados, de manera que elimine las limitaciones de alcance. De esta manera se mantendría la continuidad metálica y la posibilidad de que los operadores alternativos presten servicios mediante el uso del acceso indirecto.

- Jazz Telecom, S.A.U. (Jazztel), por medio de un escrito que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 1 de febrero de 2010. Alega que la instalación de los nodos autorizados a Telefónica le supone un grave perjuicio y aporta datos (confidenciales), acerca de los pares afectados por los nodos autorizados, así como las velocidades de los mismos. La alegante se opone también a la autorización general de varios nodos sin el análisis del impacto que ello puede suponer en el mercado, y considera que se debería exigir a Telefónica que informe a los operadores con suficiente antelación antes de solicitar la autorización de nuevos nodos, con inclusión de los pares potencialmente afectados, e incluso que presente un plan de despliegue de nodos.

Finalmente, Jazztel solicita que en la resolución se especifique que la migración de los clientes entre la central y el nodo intermedio deberá realizarse de forma simultánea y otros aspectos del proceso.

- ASTEL, al recurso de Telefónica, por medio de un escrito con fecha de entrada el 1 de febrero de 2010. ASTEL coincide con Telefónica en que la resolución recurrida carece de suficiente motivación, pero, al contrario, entiende, como ya hiciera en su propio recurso, que la consecuencia de ello debería ser la falta de autorización de todos los nodos cuya instalación solicitó Telefónica. En lo que respecta a las dificultades técnicas del conformado especial, ASTEL considera que Telefónica no las ha acreditado ni ha justificado si esas dificultades son definitivas o temporales.

ASTEL se refiere a la denuncia de Telefónica de que los nodos no autorizados habían empezado a instalarse antes de que se le notificara la Resolución de fecha 1 de diciembre de 2008. A su juicio, ya en la Resolución de fecha 31 de julio de 2008 sobre modificación de la OBA por los efectos de la introducción de nodos de acceso en el subbucle de par de cobre (expediente DT 2007/709), se preveía la obligación de Telefónica de comunicar a los operadores coubicados en el plazo de dos meses los despliegues de nuevos nodos ya iniciados, así como la previsión de despliegues futuros.

ASTEL también descarta que Telefónica se encuentre en desventaja respecto de otros operadores, pues dispone de la misma tecnología e infraestructuras.



Finalmente, ASTEL rechaza las afirmaciones de Telefónica en el sentido de que los servicios prestados a partir del servicio mayorista de acceso indirecto son lo suficientemente atractivos para los abonados. Sin embargo, la interceptación de pares impediría a los operadores alternativos continuar la provisión de servicios mediante VoIP, obligándoles a optar por otras soluciones mayoristas menos rentables, como el AMLT.

- Telefónica, al resto de recursos, mediante escrito con fecha de entrada en el Registro Electrónico 2 de febrero de 2010. Telefónica sostiene la inadmisibilidad de los recursos por no basarse en causas de nulidad o anulabilidad. Subsidiariamente, reitera las ventajas para los abonados e insiste en la imposibilidad técnica del empleo de técnicas de conformado espectral. También aporta datos sobre los pares de cada nodo, el número de pares desagregados y el porcentaje sobre la totalidad que éstos representan para acreditar que las tasas de desagregación son reducidas y subraya las ventajas para los operadores, que pueden acceder a servicios de acceso indirecto con mayores prestaciones y con mejores precios.

En lo que se refiere a la información facilitada en relación con los nodos para los que se solicitó la autorización, Telefónica manifiesta que remitió a esta Comisión la información más relevante, que bastaría para identificar la nueva red, lo que junto con los servicios de información previstos en la OBA permite conocer las características de todos los bucles. También, a través del Sistema de Gestión de Operadores de Telefónica, se podría obtener la relación de bucles de cables por caja terminal. Finalmente, señala que mensualmente se está informando a los operadores sobre los nodos que se van a abrir en los meses siguientes a cada envío y un fichero a cada operador con los datos de sus servicios que van a pasar al nodo, además de mantener reuniones con los operadores, con los que se está negociando individualmente los correspondientes procedimientos.

En cuanto a la solicitud de bonificaciones en la cuota del servicio AMLT, esta Comisión ya se habría pronunciado en el marco del expediente DT 2009/871, en el que recayó la resolución de fecha 18 de septiembre de 2009, sobre la modificación de los servicios actuales de acceso mayorista de banda ancha (actualmente recurrida en vía contencioso-administrativa por la propia Telefónica), en la que se señala que la cuota de abono sería la correspondiente al servicio de acceso indirecto “*naked*” con la facilidad de VoIP.

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 de la LRJAP y PAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, si éstos 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.



A su vez, el artículo 116.1 de la LRJAP y PAC 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.

Las recurrentes califican expresamente sus escritos como recursos de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la LGTel, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar los escritos presentados por Telefónica de España, S.A.U., ASTEL, Vodafone España, S.A.U, y France Telecom España, S.A.U. como recursos de reposición contra la Resolución del Consejo, de fecha 19 de noviembre de 2009, sobre la solicitud de Telefónica de España, S.A.U. sobre la solicitud de Telefónica de España, S.A.U. de autorización para la instalación de 9 nodos de acortamiento de bucle.

SEGUNDO.- Legitimación de las recurrentes.

El artículo 107 de la LRJAP y PAC exige la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. A su vez, el artículo 31 de la misma Ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

Todos los recurrentes tienen la condición de interesados porque ya lo eran en el procedimiento en el que recayó la resolución recurrida y en cualquier caso, por tratarse del operador que presentó la solicitud que inició el procedimiento, en el caso de Telefónica, y por tratarse de operadores que pueden verse afectados por la resolución recurrida, en el caso de los demás.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a los recurrentes para la interposición de sus respectivos recursos potestativos de reposición.

TERCERO.- Admisión a trámite.

Todos los recursos han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJAP y PAC.

Asimismo, se han interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que procede su admisión a trámite.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.2 de la LRJAP y PAC, 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. Tal como prevé el artículo 43.2 de la misma Ley, en defecto de notificación en plazo de la resolución expresa, el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio.



II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la falta de transparencia denunciada por los recurrentes.

El primer motivo que se examinará es si la resolución es nula, o en su caso anulable, porque los operadores alternativos no han tenido acceso a la información relativa a los nodos cuya autorización solicitaba Telefónica. Para alguno de los recurrentes ello es incongruente con las previsiones de la resolución recaída en el expediente DT 2009/501, que preveía en su Anexo III una serie de parámetros que se tendrían en cuenta para la evaluación del impacto competitivo de la instalación del nodo y les produce indefensión. A su juicio, el cumplimiento de la obligación de transparencia impuesta a Telefónica es un requisito imprescindible para la instalación de nodos sometidos a autorización expresa.

A este respecto, debe señalarse que el procedimiento en el que recayó la resolución recurrida tiene por único objeto el análisis de la afectación a la competencia de los nodos propuestos por Telefónica y, en consecuencia, la autorización, en su caso, de su instalación. La hipotética falta de verificación de las obligaciones de transparencia impuestas a Telefónica en la Resolución relativa a la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (expediente 2008/626) (Resolución de los mercados 4 y 5), así como en la Resolución de fecha 31 de julio de 2008, sobre la modificación de la OBA por efectos inmediatos de la introducción de nuevos nodos de acceso y nuevas infraestructuras de fibra óptica y señales VDSL2 en el subbucle de par de cobre (DT 2007/709), podría suponer, en todo caso, el incumplimiento de dichas resoluciones, pero no la ilegalidad de la resolución objeto del presente recurso.

En cuanto al procedimiento que nos ocupa, a juicio de los recurrentes, esa falta de información les supone indefensión ya que no podrían realizar sus alegaciones de forma suficientemente informada.

La información concreta a aportar por Telefónica en este tipo de procedimientos fue especificada en la resolución de igual fecha y objeto que la recurrida, recaída en el expediente de referencia DT 2009/501. De esta manera, Telefónica deberá aportar en sucesivas solicitudes los extremos allí enumerados. Al ser la que nos ocupa anterior, durante la tramitación del procedimiento se hizo un requerimiento de información a Telefónica en los siguientes términos:

“Para cada uno de los 9 nodos del Anexo a su escrito de solicitud en los cuales dentro de los motivos para instalarlo se mencione la saturación y la imposibilidad de ampliación de la red existente se indique:

- 1. Estado del RPCA de la central de la que dependen los pares interceptados por el nodo. Especificar el número de posiciones de la vertical sin pares conectados y el número de posiciones conectadas a pares inactivos, así como el porcentaje que representan respecto al total de posiciones horizontales del RPCA. Asimismo indicar los mismos datos respecto a la horizontal.*
- 2. Estado de los cables de pares que cubren los tramos entre la central y la ubicación del nodo. Aportar el número de pares libres no conectados a ninguna caja terminal y el número de pares conectados a cajas terminales pero inactivos, así como el porcentaje que representan respecto al número total de pares del cable.*



Asimismo para todos los nodos del Anexo especificar la capacidad que tendrá cada uno con los siguientes datos:

- 1. Número máximo de pares/usuarios que pueden estar conectados a los repartidores del nodo*
- 2. Número máximo de pares/usuarios que pueden recibir servicios de banda ancha tanto con los equipos con los que se equipará el nodo como con el máximo posible que podría admitir (si fueran valores diferentes)*
- 3. Número máximo de pares/usuarios que pueden recibir servicios de voz (STB) tanto con los equipos con los que se equipará el nodo como con el máximo posible que podría admitir (si ambos datos fueran diferentes)”.*

Telefónica cumplió el anterior requerimiento e interesó que los datos aportados se declarasen confidenciales. Por Resolución de fecha 31 de agosto de 2009 se rechazó dicha solicitud, declarándose públicos y por lo tanto accesibles al resto de interesados.

En futuras solicitudes de autorización de nodos toda la información necesaria, en virtud de lo dispuesto en el Resuelve tercero de la Resolución DT 2009/501, deberá formar parte de la propia solicitud y no ser confidencial (al deber ser accesible para todos los operadores, como se indica en el anexo III de dicha resolución), formado parte del expediente (al igual que lo han formado todas las informaciones aportadas hasta la fecha) sin perjuicio del derecho de acceso de los interesados al expediente en cualquier momento, pudiendo así obtener también información que sea aportada con posterioridad, si la hubiera.

Pues bien, en el expediente administrativo no consta que el resto de interesados haya ejercido su derecho a acceder a la citada documentación contenida en el expediente y declarada no confidencial, al amparo de lo dispuesto en el artículo 35.a) de la LRJPA y PAC.

Tampoco las recurrentes alegaron indefensión durante la tramitación del procedimiento, introduciendo de forma novedosa dicho motivo para justificar su petición de reposición del acto recurrido. Es cierto que algunos recurrentes en sus alegaciones iniciales denunciaron falta de transparencia por parte de Telefónica, pero en ningún caso justificaron que ello les supuso indefensión y, ni mucho menos, en qué consistió ésta. Sin embargo, posteriormente, tras conocer el informe de audiencia de los servicios de esta Comisión, más cercano a sus intereses, ninguno de ellos alegó (ni justificó) que se le hubiera causado indefensión. Ello pone de manifiesto la debilidad de su denuncia, pues la indefensión tiene que ver con las posibilidades de hacer alegaciones y proponer pruebas a lo largo del procedimiento y no con el sentido de la resolución que lo pone fin.

Finalmente, el supuesto desconocimiento por parte de los operadores de sus clientes que van a ser interceptados no es motivo para reponer la resolución recurrida por causar indefensión a los interesados ya que el impacto sobre la competencia de los nodos solicitados (que es el criterio que debe analizarse para autorizar o no su instalación) no depende del operador al que afectan, tal y como se ha explicado en la reciente resolución de fecha 18 de febrero de 2010, sobre la solicitud de Telefónica de España, S.A.U. de autorización para la instalación de nodos de acortamiento de bucle (DT 2009/950) (FD Cuarto, página 8 de 12).



SEGUNDO.- Sobre la motivación de la resolución recurrida.

Las recurrentes, sin excepción, alegan desconocer los motivos por los cuales se ha dictado la resolución recurrida debido a, en su opinión, su insuficiente motivación.

En primer lugar, debe señalarse que, con carácter general, la motivación de los actos administrativos es una exigencia del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho relacionada con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el control que corresponde a los Tribunales de la legalidad de la acción administrativa y de ese sometimiento a la Ley, de manera que se garantice la seguridad jurídica y la igual aplicación de la Ley.

Con independencia de otras funciones en el orden interno (como asegurar el rigor en la formación de la voluntad de la Administración), la motivación de la acción administrativa es un requisito para su validez en la medida que permite a los interesados conocer las razones por las cuales se adoptó la decisión. Además, la necesidad de motivación del acto administrativo se conecta con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al derecho de defensa.

La motivación puede definirse como la exigencia de hacer públicas las razones de hecho y de Derecho que fundamentan el acto adoptado por el órgano administrativo para que las partes puedan conocer las razones que condujeron a la decisión adoptada y permitir, de esta manera, su control judicial. Como elemento formal aspira a que el administrado pueda conocer claramente el fundamento de la decisión administrativa para poder impugnarla criticando sus bases y a que el órgano que decide los recursos pueda desarrollar el control que le corresponde con plenitud, examinando con todos los datos si el acto se ajusta o no a Derecho.

El Tribunal Supremo señala que la motivación del acto administrativo no requiere una extensa exposición de razonamientos y basta, aunque sea de forma escueta, que contenga la razón esencial de la decisión de la Administración con la suficiente amplitud que permita al destinatario su adecuada defensa, por lo que *“la brevedad de los términos y la concisión expresiva de un acto administrativo no puede confundirse con su falta de motivación”* (STS de 12 de diciembre de 1990, RJ 1990/9918), sino que *“la suficiencia de la motivación viene determinada por un punto de referencia obligado, cual es la mayor o menor necesidad de un razonamiento más extenso o conciso, según las circunstancias que hayan de explicarse y las fundamentaciones que se precisen para que, en su virtud, las partes, puedan adecuadamente defenderse e invoquen cuantas alegaciones de hecho y de derecho tengan por conveniente, lo que constituye la genuina finalidad de la motivación legalmente exigida”* (STS 12 de enero de 1998, RJ 1998/819).

La autorización de nodos como los que nos ocupan implica un complejo análisis por parte de esta Comisión. Es fácil entender que para Telefónica la falta de autorización siempre supondrá un perjuicio para sus abonados y, a su juicio, un intolerable freno a la inversión en infraestructuras, y así lo denuncia. Por el otro lado, los operadores que utilizan los servicios mayoristas de Telefónica ponen de manifiesto el riesgo que la interceptación de los bucles desagregados supone para sus respectivos negocios y a largo plazo para la competencia efectiva y sostenible en el mercado. Equilibrar esos intereses legítimos y reconocidos en el artículo 3 de la LGTel es una tarea compleja, como pone de manifiesto la presentación de los recursos que la presente resolución resuelve y como ha señalado esta Comisión ya desde la aprobación de sus *Principios y Líneas Maestras de la Futura Regulación de las Redes de Acceso de Nueva Generación*¹.

¹ Aprobadas por la Resolución de fecha 17 de enero de 2008, por la que se aprueban las conclusiones a la consulta pública sobre las redes de acceso de nueva generación.



Como punto de partida, esta Comisión ha optado por una autorización general para todos los nodos que cumplan determinadas características técnicas relativas a la calidad de los servicios que soportan. De esta manera Telefónica y el resto de operadores pueden saber por adelantado y con absoluta certeza si podrá instalarse un nodo con esas características. En caso contrario, esta Comisión ha acordado analizar individualmente cada solicitud y valorar en qué medida se puede producir un impacto negativo a los operadores alternativos que supere los beneficios al interés general que toda mejora en la red conlleva.

El análisis individualizado de cada nodo y de su impacto en el mercado no debe hacerse en detrimento de la seguridad jurídica, por lo que esta Comisión ha acordado la utilización de criterios previsibles y conocidos por los operadores, fundamentalmente los siguientes:

1. Presencia de operadores en la central.
2. Tipo de cliente final objeto del nodo: empresas o residencial.
3. Distancia entre el nodo y la central.
4. Cuota de clientes de los operadores coubicados en la central de la que dependen los pares interceptados respecto del total de pares activos de la central.
5. Cuota de clientes de los operadores coubicados en la central en los pares interceptados por el nodo respecto del total de pares interceptados.
6. Número de pares desagregados interceptados por el nodo.

Esto se ha hecho así porque en cada situación se quiere tener la posibilidad de hacer un análisis más particularizado, ante posibles variaciones y diferentes consideraciones en el futuro. De esta manera, se puede evaluar de manera conjunta (y sin que ningún parámetro tenga una determinancia absoluta) el impacto de los nodos sobre la competencia y en qué medida, globalmente, su impacto supera al beneficio que conllevan a usuarios y operadores.

La transparencia en el procedimiento se asegura porque los datos relativos a la red de acceso requeridos a Telefónica junto con su solicitud (enumerados en el Anexo III de la resolución del expediente DT 2009/501) son accesibles para todos los operadores (excepto el motivo para su instalación), ya que no se han declarado confidenciales. En este caso, la mayor parte de esos datos fueron expresamente requeridos a Telefónica.

La resolución recurrida, así como el resto de resoluciones que hasta la fecha se han dictado con idéntico objeto², se ha motivado a partir de los citados criterios. Así, en el caso que nos ocupa, se remite a la ya citada resolución de igual fecha que la recurrida, expediente 2009/501, para delimitar los criterios considerados para analizar las solicitudes de Telefónica. Dichos criterios son los que se tienen en cuenta para ponderar los beneficios para los consumidores y a los operadores y los perjuicios para éstos y desventajas sobre la competencia en el mercado.

Dentro de los factores analizados, la propia Resolución se remite a la presencia de operadores coubicados en la central, la distancia a la que se sitúa el nodo, la longitud de los pares interceptados y el grado de presencia de los operadores coubicados en la central y en el nodo.

² La ya citada resolución del expediente DT 2009/501, por sobre la solicitud de Telefónica de España, S.A.U. de autorización para la instalación de 18 nodos de acortamiento de bucle, así como la resolución de fecha 18 de febrero de 2010, sobre la solicitud de Telefónica de España, S.A.U. de autorización para la instalación de nodos de acortamiento de bucle (expediente DT 2009/950)



En este sentido, en su Fundamento de Derecho Cuarto, razona los motivos por los cuales sí se autoriza unos nodos y no se hace lo propio en el caso de otros. Así, se explica que en nodos como los denominados CORB.A06 o BG.ES no se aprecia un impacto relevante debido a la mejora de los servicios de banda ancha que posibilitan. En el caso del nodo RUB.A058, el factor decisivo es la gran distancia a la central.

Por el contrario, la resolución recurrida señala que los nodos BD.MR029, RODV.A09 o SQDV.A20 dan servicio a polígonos industriales y, por lo tanto, a clientes potencialmente atractivos, como son los empresariales, que demandan servicios de mayor calidad, lo que los diferencia de otros nodos similares pero no idénticos. A mayor abundamiento, se señala que Telefónica tiene la posibilidad de aplicar tecnologías que le permitan prestar servicios competitivos sin interrumpir la continuidad metálica, y que los mayores costes a que hace referencia Telefónica (por uso del splitter, modem VDSL2 e instalación del nodo) resultan más justificados en un entorno como el empresarial donde se trata de clientes que generalmente proporcionan mayores ingresos y demandan servicios de mayor valor añadido.

En lo que respecta a los nodos BG.SP y BG.PO, se hace referencia a su situación y al uso de los pares interceptados (es decir, número de pares interceptados, porcentaje en nodo y en central de operadores cubiertos, etc) como factores más determinantes para que esta Comisión llegue al convencimiento de que dan servicios competitivos y atractivos para los operadores alternativos y, por lo tanto, que su interceptación provocaría un perjuicio al mercado superior a los beneficios que conlleva la mejora de la red.

Por todo lo anterior se considera que la motivación contenida en la resolución recurrida es suficiente y no produce la indefensión denunciada.

La falta de motivación alegada debe relacionarse con el supuesto cambio de criterio alegado por algunos de los recurrentes, que creen que se está modificando el régimen general establecido en la Resolución de fecha 18 de diciembre, sobre la solicitud de Telefónica de modificación del plan de gestión del espectro de la OBA para el despliegue de señales XDSL en el subbucle (Expediente 2008/481), así como en el informe de audiencia. En esa resolución se consideraría que la autorización del despliegue de nodos sin conformado espectral se justificaba en que no eran aptos para prestar servicios de 1 Mbs, al considerar que esos servicios eran "competitivos". Sin embargo, en la resolución recurrida se modificaría el razonamiento sobre qué debía entenderse por servicio competitivo, al habilitar a Telefónica para prestar servicios con velocidades superiores aunque haya operadores ubicados en las centrales afectadas.

Esta Comisión no comparte la interpretación de los recurrentes. La autorización general de los nodos en los términos previstos en la Resolución de fecha 18 de diciembre de 2008 estaba condicionada a la concurrencia de dos condiciones alternativas, pero en ningún caso se impedía la autorización de nodos que no las cumplieran. En ese supuesto, se debía estudiar, caso por caso, la afectación a la competencia sobre la base de una serie de criterios (los ya citados más arriba).

En lo que respecta a la supuesta indefensión que habría generado para algunos de los recurrentes el cambio en la decisión de esta Comisión respecto del informe de los Servicios es preciso señalar que la Audiencia Nacional³ ha confirmado el carácter no vinculante del informe

³ Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 30 de julio de 2005 (RJCA 2006/26). Concretamente la citada Audiencia, en un recurso contra una resolución de esta Comisión:

"se denuncia por la actora la ausencia de justificación expresa del apartamiento de la CMT de los criterios y



elaborado por los servicios de un órgano administrativo evacuado en el marco del trámite de audiencia para su órgano decisorio, lo que determina que el cambio de criterio que se pueda producir en el acto final aprobado respecto del manifestado en el citado informe no requiere la motivación exigida en el apartado c) del artículo 54.1 de la LRJAP y PAC relativo a la especial motivación que deben tener aquellos actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes.

Finalmente, ha de recordarse que la supuesta falta de motivación no puede provocar inseguridad jurídica o indefensión, ni constituiría una causa de nulidad, puesto que los interesados siempre tienen la oportunidad de alegar cuanto estimen conveniente, e incluso mostrar su oposición, a través de los recursos procedentes⁴.

TERCERO.- Sobre la congruencia de la resolución recurrida.

Hay que tener en cuenta que la resolución recurrida se dictó en un procedimiento iniciado a solicitud de Telefónica. Son solicitudes las peticiones que, amparándose en una norma material cualquiera, pretenden su aplicación a favor del solicitante o de otra persona. Con carácter general, los procedimientos iniciados por solicitud del administrado deben respetar los principios de congruencia y prohibición de *reformatio in peius* recogido en el artículo 89.2 de la LRJAP y PAC. A juicio de esta Comisión, sin perjuicio de la consideración de interesados que puedan tener el resto de operadores y las exigencias del interés público que en el procedimiento administrativo pueden atenuar el deber de congruencia, ello supone que en el procedimiento en el que se dictó la resolución recurrida está vedado el conocimiento de otras cuestiones diferentes a las planteadas en la propia solicitud. Todo ello no impide que los operadores puedan solicitar el estudio de dichas cuestiones en un procedimiento al efecto.

También debe considerarse que la actuación de esta Comisión ha de estar presidida por el principio de mínima intervención. Por ejemplo, establecer condiciones en previsión de hipotéticos futuros problemas excede el marco en el cual se dictó el acto recurrido y, desde luego, los términos en que Telefónica planteó su solicitud⁵.

Asimismo, con carácter general, se debe rechazar la consideración de motivos y alegaciones que ya fueron expuestas a lo largo de la tramitación del expediente en la resolución de recursos administrativos, pues éstos tienen por objeto exclusivamente una revisión del acto recurrido por motivos de legalidad, sin que quepa hacer una segunda instrucción y aunque la motivación del acto recurrido pueda completarse en la resolución del recurso, lo que no empece, por otra parte, su suficiencia. Por lo tanto, respecto de una serie de cuestiones planteadas por los operadores en sus respectivos recursos, esta Comisión se remite a lo ya expuesto en la resolución recurrida, en la de igual fecha recaída en el expediente DT 2009/501 y en la reciente Resolución de fecha 18 de febrero de 2010, sobre otra solicitud de Telefónica de autorización para la instalación de nodos de

formula contenidos en el Informe elaborado por sus servicios, queja que no puede ser acogida. Como ya hemos indicado con anterioridad, la naturaleza no vinculante de este dictamen implica que su contenido no condiciona la posición de la CMT a la hora de adoptar la decisión y no conlleva, como se pretende por la actora, una exigencia a la CMT de exposición de las concretas razones que determinaron que no siguiera la propuesta del informe³, ya que tal apartamiento no precisa, en principio, ser formal ni materialmente justificado, siendo suficiente y válida la motivación ofrecida en los acuerdos impugnados sobre las razones por las que se llega a la solución adoptada sin necesidad de posicionamiento o valoración expresa del dictamen”

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2000 (RJ 2000/4801).

⁵ A este respecto, ha de tenerse en cuenta que Telefónica ha manifestado que está enviando la información requerida con una antelación de tres meses y manteniendo reuniones con los operadores para hacer un seguimiento de las migraciones a servicios de acceso indirecto.



acortamiento de bucle (DT 2009/950), por tratarse de alegaciones idénticas a las planteadas durante la instrucción del presente procedimiento y, en especial, en lo que respecta a los siguientes extremos:

- La solicitud de que se especifique el procedimiento de migración de los clientes de los operadores a otros servicios, como el acceso indirecto.
- La solicitud de que se bonifique la cuota mayorista del AMLT o los accesos *naked* a los operadores que estén ofreciendo servicios de voz y resulten interceptados por nodos.
- La solicitud de que se amplíe la información mínima a aportar por Telefónica con sus solicitudes con datos como las coordenadas de las cajas terminales o los números administrativos de los bucles activos de cada operador.
- La solicitud de que se facilite información estadística del conjunto de bucles que van a ser interceptados.
- La solicitud de ampliación de la OBA para incluir la mención a los pares adyacentes a los interceptados.
- La alegada falta de determinación de las condiciones en que Telefónica debe cumplir sus obligaciones de transparencia y la solicitud de que se notifique expresamente a los operadores la información recogida en el Anexo III de la resolución.
- La solicitud de que no se permita la activación de nodos hasta que no se produzca la efectiva migración de los abonados de los operadores cobucados.

No obstante lo anterior, se debe hacer una mención expresa a la solicitud de France Telecom de un descuento para AMLT porque los pares interceptados prestaban en un 50% servicios de voz, recordando que los aspectos técnicos y argumentativos han sido contestados en la Resolución DT 2009/950, y en concreto los servicios AMLT ya cuentan con un descuento y tienen un precio equivalente al del acceso *naked* (según se dispuso en el expediente DT 2009/871), en tanto que Telefónica no disponga de un acceso indirecto que permita prestar VoIP con calidad.

CUARTO.- Sobre el supuesto perjuicio causado a Telefónica.

Uno de los principales motivos que alega Telefónica en su recurso (también en sus alegaciones a los demás recursos), como ya hiciera a lo largo de la instrucción del procedimiento, es que los nodos cuya instalación no se autoriza fueron planeados antes de la notificación de la resolución de fecha 18 de diciembre de 2008 sobre la solicitud de Telefónica de España S.A.U. de modificación del Plan de Gestión del Espectro de la OBA para el despliegue de señales xDSL en el subbucle (DT 2008/481), que establecían la necesidad de obtener la autorización expresa de esta Comisión para la instalación de determinados bucles.

A este respecto debe indicarse que la necesidad de transparencia y antelación informativa en la evolución de la red fue uno de los principios adelantados en los *Principios y Líneas Maestras de la Futura Regulación de las Redes de Acceso de Nueva Generación* aprobados por esta Comisión por Resolución de fecha 17 de enero de 2008, por la que se publican las conclusiones de la Consulta Pública sobre Redes de Acceso de Nueva Generación, que en su punto 3.3 (página 31



de 57) ya indican que se regularía el plazo de antelación con el que Telefónica debería informar de los cambios que afectasen su red legada.

Asimismo, en la Resolución de los mercados 4 y 5 se establece, como se recuerda en la resolución recurrida, en su página 104 de 233, punto II.4.3.4. un régimen de autorización previa para la instalación de nodos que supongan la imposibilidad de desagregar bucles.

Semejante medida estaba prevista en el informe de audiencia elaborado por los Servicios de esta Comisión (página 59 de 167) dentro del citado expediente.

La obligación de informar a esta Comisión y a los operadores coubicados sobre sus despliegues ya se recogía en la resolución de fecha 31 de julio de 2008, sobre la modificación de la OBA por los efectos de la introducción de nodos de acceso en el subbucle de par de cobre.

Así las cosas, es posible que Telefónica hubiera comenzado la instalación de los nodos antes de que se le notificara la Resolución de los mercados 4 y 5, así como la resolución de 18 de diciembre de 2008 (DR 2008/481), pero no ha acreditado la fecha exacta de inicio de los trabajos, de manera que no ha podido comprobarse que lo hubiera hecho en una fecha en la que fuera imprevisible la imposición de semejante medida.

En estas circunstancias, no se considera que la decisión de esta Comisión suponga la introducción sorpresiva de un criterio inesperado y por ello un perjuicio injusto para Telefónica, que asumió libre y unilateralmente un inevitable riesgo regulatorio al iniciar (según ella), la instalación de nodos en las circunstancias descritas (desarrollo incipiente de tecnologías, proceso de definición del marco jurídico, etc). Aún reconociendo que las normas y la acción administrativa deberían dotar de una cierta estabilidad a los marcos reguladores de las actividades económicas, los problemas que supone para la consecución de los objetivos enumerados en el artículo 3 de la LGTel la instalación de nodos que interrumpen la continuidad metálica de pares desagregados ha sido puesta de manifiesto desde el primer momento por los operadores alternativos y consideradas por esta Comisión. Por lo tanto, se concluye que Telefónica debía haber previsto la imposición de exigencias sobre la instalación de nodos como los que se recogen en la solicitud de la que trae causa la resolución recurrida y no se produce una confianza legítima de Telefónica para instalar libremente nodos de esas características, caso en el cual podría plantearse si se atenta contra la seguridad jurídica y si este motivo es una causa de nulidad de la resolución recurrida.

QUINTO.- Sobre el uso de la tecnología VDSL2.

Telefónica alega la imposibilidad de cumplir la resolución recurrida porque, entre los motivos para denegar la instalación de los tres nodos, se cita la posibilidad de utilizar tecnologías alternativas, como VDSL2 con conformado especial. Telefónica cree que esta tecnología no es una alternativa viable por ser técnicamente imposible.

En primer lugar, hay que recordar que la existencia de alternativas técnicas no es el criterio único y definitivo para denegar la instalación de los nodos, de manera que aunque no existiera una tecnología alternativa, ello no supondría su autorización.

A este respecto, debe señalarse que VDSL2 es una tecnología que está siendo desplegada desde hace años, y a gran escala, en otros países europeos, por lo que no cabe hablar de dificultades técnicas por ser tecnología reciente. En particular, es una opción de despliegue NGA que está



siendo usada desde hace años en otros países (Bélgica, Alemania, Holanda, Dinamarca, Suiza, Reino Unido), alcanzando por ejemplo en Alemania velocidades de hasta 50 Mb/s desde nodos, con una cobertura de casi 11 millones de personas en 50 ciudades en marzo de 2009⁶.

En cuanto a la restricción alegada por Telefónica en el sentido de que VDSL2 que está prevista para bucles muy cortos y menciona restricciones por longitudes de bucle (600 m en central y 300 m en nodos), hay que responder que nada en VDSL2 impide su uso en bucles más largos, si bien es cierto que para bucles muy largos su comportamiento tiende al de ADSL2+. Las restricciones mencionadas de 600 m y 300 m son autoimpuestas por Telefónica, dados sus objetivos de velocidad (mayores de 25 Mb/s). Nada impide usar esta tecnología en un nodo para proporcionar servicios de banda ancha de menor velocidad (por ejemplo 15 Mb/s), con lo que su alcance sería mayor.

En definitiva, usar VDSL2 cumpliría el objetivo de mejorar el servicio de banda ancha y se podría usar el conformado espectral para proteger las señales de los operadores que hacen uso de la desagregación de bucle desde central.

A mayor abundamiento, la propia Telefónica realizó una prueba piloto en la que evaluó y confirmó la viabilidad del conformado espectral en VDSL2 para proteger las señales desde central, lo que parece contradecir ahora el recurso interpuesto. Como se resume en la Resolución DT 2008/481, *“Por otro lado Telefónica presentó un escrito con resultados de la prueba piloto efectuada, donde se muestran mediciones de las prestaciones de servicios ADSL2+ con usuarios reales desplegados desde central, antes y después de la puesta en servicio de señales VDSL2 desplegadas desde un nodo intermedio. Ante la falta de variaciones significativas de las prestaciones más allá de valores razonables, se concluye sobre la correcta aplicación del conformado, que implica la independencia entre el nivel interferente y el punto de despliegue de la señal VDSL2”* y también *“Por último, la aplicación del conformado espectral también en varios países de nuestro entorno como se ha descrito anteriormente y la existencia del despliegue de señales VDSL2 tanto en el subbucle como desde central, es otro elemento indicativo de la aceptación y madurez de las técnicas de conformado para adaptar el despliegue al subbucle”*.

Telefónica no aclara por qué algo que ella confirmó empíricamente que era viable, que forma parte desde hace años de los estándares y que está siendo usado en otros países no es ahora viable.

En todo caso, y a falta de acreditación de que efectivamente esa tecnología VDSL2 es de imposible utilización, esta Comisión considera que la experiencia de otros países desmiente rotundamente la afirmación de Telefónica. Su utilización podrá ser más o menos compleja, pero en ningún caso imposible, requisito necesario para la nulidad del acto administrativo, que es válido aunque su cumplimiento sea oneroso para su destinatario. Precisamente, la resolución recurrida vincula esa tecnología a clientes empresariales, que son clientes con mayor atractivo comercial porque demandan servicios de mayor calidad por los que están dispuestos a pagar un mayor precio, en cuyo caso se mitiga el mayor coste del servicio. De esta manera, esta Comisión no propone la introducción masiva de ese tipo de tecnología, sino para el caso concreto de algunos nodos no autorizados precisamente por el tipo de clientes a los que prestan servicios.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

⁶ <http://www.telekom.com/dtag/cms/content/dt/en/629574>



RESUELVE:

ÚNICO.- Desestimar íntegramente los recursos de reposición presentados por Telefónica de España, S.A.U., France Telecom España, S.A, la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones y Vodafone España, S.A.U. contra la resolución de fecha 19 de noviembre de 2009, sobre la solicitud de Telefónica de España, S.A.U. de autorización para la instalación de 9 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.