



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión 20/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 29 de mayo de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA "ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL)" CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2005 SOBRE MODIFICACIÓN DE LA OBA COMO CONSECUENCIA DEL LANZAMIENTO POR PARTE DE "TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U" DE DETERMINADOS SERVICIOS MINORISTAS DE ACCESO A INTERNET Y EN LA QUE SE RESUELVE NO PARALIZAR LA COMERCIALIZACIÓN DE DICHSO SERVICIOS. (AJ 2005/1741).

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante ASTEL) contra la resolución de 4 de noviembre de 2005 recaída en el expediente DT 2005/1178 por la que se acuerda no paralizar la comercialización por Telefónica de España SAU (en adelante, TESAU) de los servicios de acceso a internet sobre tecnología ADSL2+ denominados "X2+0705_A1" y "ADSL TOP", el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado en su sesión número 20/2008 del día 29 de mayo de 2008, la siguiente Resolución:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

HECHOS

PRIMERO.- La Resolución de 4 de noviembre de 2005.

Con fecha 15 de julio de 2005 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante Comisión) escrito de en adelante TESAU por medio del cual este operador comunicaba que con fecha 1 de octubre de 2005 deseaba iniciar la comercialización de un servicio de acceso a Internet sobre tecnología ADSL2+ que denominaba "X2+0705_A1".

El 2 de agosto de 2005 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito de TESAU por medio del cual este operador comunicaba que con fecha 1 de octubre de 2005 tenía intención de iniciar la comercialización de un servicio de acceso a Internet sobre tecnología ADSL2+ que denominaba "ADSL TOP".

Posteriormente, con fecha 22 de septiembre de 2005 esta Comisión inició de oficio sendos procedimientos, con el objetivo de determinar si la replicabilidad por parte de los operadores alternativos de las nuevas modalidades de acceso a Internet a través de ADSL, propuestas por TESAU en fechas 15 de julio de 2005 (oferta "X2+0705_A1") y 2 de agosto de 2005 (oferta "ADSL TOP"), pudieran exigir la modificación de la OBA de TESAU.

A partir del estudio de las modalidades presentadas esta Comisión concluyó que las ofertas mayoristas existentes eran suficientes para garantizar que las condiciones para emular las ofertas de TESAU que tenían los operadores alternativos eran equitativas. De este modo, no resultaba necesaria la creación de un servicio mayorista adicional y, por tanto, el análisis de replicabilidad de los servicios "X2+0705_A1" y "ADSL TOP" se realizaría suponiendo el uso del acceso desagregado al bucle.

Una vez asegurada la existencia de los elementos mayoristas necesarios para la prestación de las ofertas comunicadas, es preciso determinar si el precio propuesto por TESAU permite ser replicado con una remuneración suficiente de todas las actividades necesarias para su producción por parte de un operador alternativo.

Analizados los precios, se concluyó que las ofertas comerciales "X2+0705_A1" y "ADSL TOP" notificadas por TESAU eran emulables a partir de los servicios mayoristas de desagregación de bucle ya existentes, teniendo en cuenta tanto su ámbito de aplicación, pues alcanzaban a centrales ya cubiertas, como los precios propuestos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por ello, la parte dispositiva de la Resolución recurrida de 4 de noviembre de 2005 es del siguiente tenor:

“Primero. Esta Comisión no ha advertido la necesidad de paralizar en este momento la comercialización de los servicios de acceso a Internet sobre tecnología ADSL2+ denominados “X2+0705_A1” y “ADSL TOP”, provistos en las coberturas de las centrales propuestas por TESAU.

Segundo. TESAU remitirá mensualmente a esta Comisión, en los términos fijados en el resuelve séptimo de la Resolución de 31 de marzo de 2004, por la que se modificaba la OBA, la siguiente información:

- Número de clientes del servicio de acceso a Internet sobre tecnología ADSL2+ denominado “ADSL TOP”, desglosados por centrales.*
- Número de clientes del servicio de acceso a Internet sobre tecnología ADSL2+ denominado “X2+0705_A1”, desglosados por centrales.*
- Cobertura de centrales y concentradores donde TESAU esté en disposición de ofrecer servicios de acceso a Internet sobre tecnología ADSL2+ como los denominados “X2+0705_A1” y “ADSL TOP”.”*

SEGUNDO.- Interposición de recurso por parte de ASTEL y solicitud de medidas cautelares.

Contra la Resolución de 4 de noviembre de 2005, ASTEL interpuso recurso potestativo de reposición, mediante un escrito fechado el día 16 de diciembre de 2005 cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 17 de diciembre de 2005.

Las alegaciones principales deducidas por la recurrente son las siguientes:

1ª.- Nulidad de la resolución impugnada por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento aplicable para la definición y de mercados y la modificación de las obligaciones de los operadores dominantes así como la adopción de medidas provisionales en tales procedimientos.

2ª.- Vulneración del deber de esta Comisión de supervisar la obligación de no discriminación impuesta a TESAU por la regulación vigente, respecto a la provisión de acceso a su bucle de abonado a operadores alternativos y vulneración de la normativa que regula dicha obligación de no discriminación, ya que las condiciones indicadas en la misma, a juicio de la recurrente, no permiten la replicabilidad de los servicios minoristas ofertados por TESAU y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

además se apartan inmotivadamente en opinión de la impugnante de anteriores resoluciones de esta Comisión.

3ª.- Falta de motivación de la resolución recurrida, que presuntamente ha causado indefensión a la entidad impugnante, y, en particular, por ausencia de datos de relevancia sustancial en el expediente y por falta de réplica a las alegaciones efectuadas por la recurrente.

Aparte de los fundamentos transcritos, al final del escrito del recurso se solicita la adopción de determinadas medidas cautelares mientras se esté tramitando, las cuales ya han sido objeto de la Resolución de 25 de enero de 2006 referida en el hecho siguiente.

TERCERO.- Resolución de 25 de enero de 2006 sobre medidas cautelares.

Mediante Resolución de 25 de enero de 2006 se resuelve negativamente sobre las medidas cautelares solicitadas en el recurso de reposición, siendo el resuelve del siguiente tenor:

“ÚNICO.- Denegar la solicitud de medidas cautelares presentadas por ASTEL incluida la suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 4 de noviembre de 2005 sobre la modificación de la OBA como consecuencia del lanzamiento por Telefónica de España SAU de los servicios de acceso a Internet sobre tecnología ADSL2+ denominados “x2+0705_a1” y “ADSL TOP”.

A los anteriores Hechos les son de aplicación los siguientes



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107 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 de anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 LRJPAC.

A su vez, el artículo 116.1LRJPAC 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.

ASTEL califica expresamente su escrito como recurso de reposición. Considerando lo anterior y que las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa tal y como prevé el apartado 17 del artículo 48 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, resulta procedente calificar el escrito de TESAU presentado a esta Comisión el día 27 de febrero de 2008 como recurso potestativo de reposición.

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente, ASTEL, ostenta la condición de interesada por ser la parte que promovió en su día el procedimiento administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.1.a) de la Ley 30/1992.

En atención a lo anterior, se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del recurso potestativo de reposición.

TERCERO.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 LRJPAC y según lo dispuesto en el artículo 4.2 de del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aprobado mediante Resolución de 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008) con relación a los artículos 22 y 32 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el presente recurso, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

CUARTO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 LRJPAC, los recursos de reposición que interpongan los interesados habrán de fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 LRJPAC.

El escrito presentado por ASTEL además de cumplir los requisitos del artículo 107.1 LRJPAC, cumple igualmente con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 LRJPAC y ha sido presentado en el plazo previsto en el artículo 117.1 LRJPAC, por lo que debe admitirse a trámite.

B) FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- INEXISTENCIA DEL MOTIVO DE NULIDAD ALEGADO POR LA ENTIDAD RECURRENTE.

El operador impugnante alega la existencia de una causa de nulidad por haberse dictado presuntamente prescindiendo total y absolutamente del procedimiento aplicable.

Con relación a las causas de nulidad y anulabilidad de los actos y resoluciones administrativas, y dada la gravedad de las mismas, los Tribunales han requerido que no solamente sea debidamente razonada su concurrencia sino también oportunamente acreditada. Entre otras, cabe destacar la STS de 18 de diciembre de 1991 (RJ 1991\9455, Fundamento 2º) así como la S AN de 21 de abril de 1999 (RJCA 1999\2624, Fundamento 4º). En el Fundamento de Derecho Segundo de la STS de 18 de diciembre de 1991 se dice claramente que:

*“La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha venido reiteradamente manteniendo **que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación y cautela la teoría jurídica de las nulidades y anulabilidades**, advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad debe ponderarse la importancia que revista*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el derecho a que afecte, las derivaciones que motive, la situación y posición de los interesados en el expediente y, en fin, cuantas circunstancias concurran, insistiéndose en que la indefensión como vicio del procedimiento ha de ser real y efectiva, no simplemente aparential (...)”

En su elaboración, la Resolución impugnada ha seguido el procedimiento establecido tanto en las normas administrativas generales (Ley 30/1992, aplicable por el artículo 48.1 de la Ley 32/2003) como lo establecido en la Resolución de de 31 de marzo de 2004 de modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de Telefónica de España SAU.

Así se refleja en las diferentes etapas o hitos fijados en los Hechos de la Resolución impugnada (páginas 1 a 6): escrito inicial de TESAU comunicando su deseo de iniciar la comercialización de determinados servicios minoristas de acceso a Internet, apertura de periodo de información previa y posterior apertura de sendos procedimientos administrativos (DT 2005/1179 y DT 2005/1192) y tramitación de los mismos hasta su conclusión mediante resolución.

No obstante, en la página 9 del recurso interpuesto ASTEL manifiesta que:

“(..) se han establecido dos mercados y modificado obligaciones regulatorias en supuesta aplicación de las previsiones de la Resolución de 31 de marzo de 2004, que no autoriza a cambiar de modelo de referencia.”

Y, tras reiterar la misma cuestión en las siguientes páginas, concluye en la página 19 que

“Las medidas adoptadas (definición implícita de dos mercados y modificación de obligaciones) son provisionales por su propia naturaleza, dada la existencia de los citados procesos de análisis de los mercados 11 y 12. Sin embargo, no se han notificado como prevé el artículo 7.6 de la Directiva y el 5.6 del Reglamento de Mercados.

Por todo ello, ASTEL entiende que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento aplicable y que, por tanto, la Resolución recurrida incurre en nulidad de pleno derecho.(..)”

En cuanto a la alegación de la recurrente acerca de una presunta elusión por parte de esta Comisión del preceptivo análisis previo de mercado, ya nos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pronunciamos al respecto en los apartados 3 y 4 del Fundamento Cuarto de la Resolución impugnada, donde se dice que:

“Alegan los operadores, AUNA y BT, que la presente Resolución supone una revisión de las obligaciones mayoristas de TESAU en materia de desagregación y obligaciones de acceso, y en concreto, una reducción de las mismas sin haberse procedido al preceptivo análisis previo del mercado de referencia conforme al nuevo marco comunitario. Frente a esta alegación cabe contestar que, como se explica a continuación, la Resolución no modifica el régimen de obligaciones vigente para estos servicios durante el periodo transitorio que prevé el nuevo marco.

En efecto, la presente Resolución se aprueba con anterioridad a la finalización de los análisis de mercados relevantes para la misma (mercados 11 y 12 de la Recomendación de la Comisión Europea de 11 de febrero de 2003). Por tanto, ha de entenderse, como ya se señaló en el apartado segundo relativo a la competencia de esta Comisión, que su actuación en el presente procedimiento queda amparada por la Disposición transitoria primera 3 de la Ley 32/2003, y que, de hecho, no supone la creación, supresión o modificación de las obligaciones preexistentes sobre TESAU ni la regulación de mercados distintos.”

Además, debe traerse a colación el contenido del Resuelve Cuarto de la Resolución de 31 de marzo de 2004:

“en caso de desaparición o lanzamiento de modalidades técnicas en los servicios ADSL minoristas ofrecidos por Telefónica de España SAU, este operador deberá presentar a esta Comisión, con al menos 3 meses de antelación a su comercialización, una propuesta para modificar la OBA, de manera que, de ser necesario, se puedan introducir en esta oferta los cambios que permitan a los operadores alternativos competir con la oferta minorista de TESAU.”

Del tenor literal del anterior Resuelve se deduce, tal y como concluye la resolución impugnada en su página 12, que:

“entre las obligaciones impuestas a TESAU actualmente en vigor no figura la de que todo lanzamiento de una nueva modalidad técnica en el servicio ADSL necesariamente deba poder ser replicable mediante un acceso indirecto (es decir, mediante una solución específica GigADSL)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aunque sí mediante una solución mayorista, de forma que, de ser necesario, habrán de introducirse con carácter previo y suficiente antelación en la OBA, los cambios que permitan a los operadores alternativos competir con la oferta minorista de TESAU. Se trata de permitir la competencia con la oferta minorista de TESAU, para lo cual bastará con asegurar la replicabilidad del producto mediante servicios mayoristas, que en nuestro caso significan el acceso indirecto o la desagregación del bucle según sea necesario.

Es decir, establecido un derecho de acceso al bucle en condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias, la solución regulatoria que en cada caso haya de adoptarse, dependerá de la necesidad de la medida para asegurar la posibilidad de competir y de la proporcionalidad de la misma.”

Finalmente, no concurre la presunta infracción de doctrina anterior denunciada por la recurrente en las páginas 17 y 18 de su escrito, tal y como se señaló en el Fundamento Sexto apartado a) de la resolución impugnada (página 23). Y ello porque la problemática planteada en la Resolución recurrida es distinta a la existente en ocasiones anteriores, como se indica en dicho Fundamento Sexto:

“ASTEL denuncia que en los informes de los servicios de la CMT no se hace referencia a los precedentes pronunciamientos de esta Comisión respecto a tecnologías ADSL2+, en especial, a la Resolución de 19 de mayo de 2005, en expediente DT 2005/418 sobre adecuación de la OBA a la elevación de velocidades de ADSL. Solicita que se declaren nulos de pleno derecho dichos informes, redactándose unos nuevos y concediendo un nuevo plazo de audiencia a las partes.

Esta alegación de ASTEL parece obviar que en la citada Resolución de 19 de mayo de 2005 no se planteaba, como sucede ahora, el lanzamiento de nuevos servicios sobre ADSL2+. En efecto, lo que allí se discutía era la posibilidad de ofrecer con ADSL2+ las mismas modalidades que ya estaban siendo comercializadas por TESAU, de manera que determinadas líneas que tuvieran dificultades para soportar dichas modalidades con ADSL básico, pudieran hacerlo empleando en su lugar ADSL2+.

En aquella ocasión se exigió a TESAU garantizar que los operadores alternativos pudieran emplear esta tecnología de la misma forma en que TESAU la utilizara en sus servicios minoristas, para lo que simplemente se introdujo la posibilidad de utilizar ADSL2+ en las modalidades de GigADSL existentes. La problemática ahora planteada es radicalmente diferente por cuanto que no se trata de un mero cambio en la tecnología



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ADSL de determinadas conexiones, sino del planteamiento de nuevos productos comerciales a nivel minorista.”

A mayor abundamiento, con posterioridad han sido dictadas sendas resoluciones por esta Comisión en los expedientes AEM 2005/1454 y MTZ 2006/1019, referidas al mercado de acceso de banda ancha al por mayor, por las que se modifica el contenido de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) que vienen a dar respuesta a las cuestiones planteadas en el recurso. Concretamente, en las páginas 41, 57, 391 y 392 del nuevo texto de la OBA se recogen las modificaciones de la Oferta que se ha estimado conveniente por esta Comisión para dar cumplida respuesta a las inquietudes planteadas por la recurrente.

Por tanto, procede desestimar la alegación de nulidad pretendida por la recurrente.

SEGUNDO.- SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN POR PARTE DE ESTA COMISIÓN DE SU DEBER DE SUPERVISIÓN.

En la página 21 de su recurso, la entidad impugnante alega que:

“En la Resolución recurrida esa Comisión no ha aplicado debidamente la normativa por la que debe supervisar las obligaciones específicas que debe cumplir el operador dominante en el mercado de redes fijas disponibles al público, en concreto, la obligación de dar acceso al bucle en condiciones no discriminatorias. La Resolución citada supone asimismo una vulneración directa de la normativa citada que rige tales obligaciones regulatorias del operador dominante.

Esa Comisión ha interpretado en reiteradas resoluciones el principio de no discriminación como la posibilidad de que los competidores de TESAU puedan replicar, mediante los servicios mayoristas de acceso (directo o indirecto) al bucle de abonado que TESAU ofrece, los servicios minoristas ofrecidos por esa misma entidad o sus divisiones minoristas, sus filiales o empresas participadas.”

Del análisis de la resolución recurrida se deduce, no obstante, lo contrario: que el principio de no discriminación en su acepción de “replicabilidad” ha sido debidamente valorado. Así, mientras el Fundamento Cuarto de la resolución expone la “*justificación del análisis de replicabilidad desde el derecho de la competencia*” (páginas 8 a 18), en el Fundamento Quinto de la misma (páginas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

18 a 23) se analiza propiamente *“la replicabilidad de las ofertas comunicadas por TESAU”*.

Así, en la página 19 de la resolución impugnada se dice que:

“De acuerdo con los principios recogidos en el Fundamento Cuarto de la presente resolución, las diferentes modalidades de acceso al bucle del abonado han de ser complementarias entre ellas, de tal forma que, en conjunto, deben asegurar que los operadores alternativos cuentan con unas condiciones para competir adecuadas, teniendo en cuenta que reducciones de precios que impidan a los operadores alternativos obtener una rentabilidad suficiente están prohibidas per se, pero para distinguir las conductas abusivas de un operador dominante de las que constituyen un legítimo esfuerzo competitivo es necesario examinar las condiciones adicionales en las ofertas, garantizando la proporcionalidad de la intervención regulatoria. (...)

Siguiendo la lógica anterior, se debe considerar si los operadores alternativos cuentan, dados los servicios mayoristas actuales, con unas condiciones equitativas para replicar las ofertas de TESAU.”

Y tras analizar las ofertas de TESAU, esta Comisión llega a la conclusión (página 23) de que dichas ofertas son replicables o emulables por los operadores alternativos:

“Las ofertas comerciales “X2+0705_A1” y “ADSL TOP” notificadas por TESAU objeto del presente procedimiento son emulables a partir de los servicios mayoristas de desagregación de bucle ya existentes, teniendo en cuenta tanto su ámbito de aplicación, pues alcanzan a centrales ya cubiertas, como los precios propuestos.

*No hay pues, motivos para suponer que **la oferta presentada afectará negativamente al desarrollo de la competencia en servicios de banda ancha, siempre y cuando no se produzcan incumplimientos por parte de TESAU de las condiciones reguladas de los servicios mayoristas**, en cuyo caso, además de las correspondientes sanciones, podría resultar necesaria la adopción por parte de esta Comisión de medidas dirigidas a asegurar dicha emulabilidad real, en salvaguarda de la competencia, implementando, en su caso, mecanismos de desagregación de bucle virtual.”*

Como se desprende del texto literal de la Resolución recurrida, esta Comisión no hace ni ha hecho dejación de sus funciones supervisoras. Lo sucedido es



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que, después de analizar la situación existente en el mercado, estimó que las ofertas presentadas por TESAU únicamente podrían perjudicar el desarrollo de la competencia en el supuesto de que TESAU incumpliera las condiciones reguladas de los servicios mayoristas

Por lo anterior, no cabe tampoco en este caso acoger la alegación de la entidad impugnante.

TERCERO.- CONCURRENCIA DE MOTIVACIÓN SUFICIENTE EN LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA.

En la páginas 28 a 31 de su recurso ASTEL alega una presunta falta de motivación de la Resolución recurrida y, en particular, una

“ausencia de motivación del rechazo de nuestras alegaciones”

Es conveniente recordar, antes de contestar esta alegación, el contenido del artículo 54.1 LRJPAC y la doctrina sentada por el Tribunal Supremo sobre la motivación de los actos y resoluciones administrativas.

De un lado, el artículo 54.1 LRJPAC señala 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. Entre otras podemos citar, y respecto a resoluciones emanadas de esta propia Comisión, las SSTs de 9 de marzo de 2006 (RJ 2006\1004) y de de 20 de enero de 2005 (RJ 2005\4).

En el Fundamento Tercero de la STS de 9 de marzo de 2006 se dice textualmente que:

“(…) puede señalarse que el acto de requerimiento, tal cual señala la sentencia de instancia, tiene la motivación suficiente, con referencia a hechos -publicación de la noticia del concurso en la prensa-, y fundamentos de derecho -relación de potestades que determinan el requerimiento-, lo que unido a desarrollarse el trámite dentro de un determinado procedimiento informativo con un objeto concreto, hay que considerar cumplido el requisito del artículo 54 mencionado, que solo exige sucinta «referencia a hechos y fundamentos de derecho”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el mismo sentido se pronuncia el Fundamento Segundo de la STS de 20 de enero de 2005, también relativa a un Resolución dictada por esta Comisión, añadiendo que la motivación, aun siendo parca o sucinta, debe permitir *“colegir la lógica de la decisión adoptada”*.

Pues bien, en la Resolución indicada se incluye una más que suficiente motivación, que hallamos básicamente en los Fundamentos Cuarto a Sexto (páginas 8 a 26). Y en estos Fundamentos se contestan las distintas alegaciones de ASTEL. Así, entre otras,

- Frente a la alegación de ASTEL de que no se ha considerado la replicabilidad sobre el mercado nacional de las ofertas de TESAU sino únicamente sobre una parte del mismo, esta Comisión contesta que en tanto que TESAU se está dando el mismo trato a sí misma que al resto de sus competidores, puesto que no propone prestar los servicios minoristas de referencia en todo el territorio, no es posible realizar el análisis que requiere ASTEL (véase página 14 de la Resolución).
- Frente a la alegación de ASTEL de que se establecen condiciones de competencia diferentes para distintas zonas del territorio, esta Comisión señala que el hecho de que el despliegue de una cierta tecnología sea progresivo o bien que los operadores no accedan en un periodo corto de tiempo al acceso desagregado no supone que las condiciones de competencia al nivel nacional se hayan modificado (véase página 15 de la Resolución).
- Frente a la solicitud de ASTEL de una redefinición de las condiciones exigibles para que una central se considere con capacidad operativa para competir con TESAU, esta Comisión contestó, de un lado, que en todas las centrales afectadas por la oferta de TESAU existía ya al menos un operador coubicado (indicativo de la capacidad de emulación de las ofertas); y, de otro lado, se decía que la solución propuesta por ASTEL supondría condicionar la capacidad comercial de TESAU y la configuración de su oferta al consumidor final a la estrategia comercial de sus competidores, lo cual no resulta proporcionado con el bien jurídico que se pretende proteger (véase página 24 de la Resolución).

Como se ve, sí ha existido motivación y respuesta a las alegaciones formuladas por la recurrente. Otra cosa muy distinta es que dicha recurrente esté o no de acuerdo con la misma, como señala el Fundamento Primero de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

STS de 30 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8343), referida a otra Resolución dictada por esta Comisión,

(...) podrá compartirse o no la motivación de la resolución impugnada, pero no resulta posible negar la evidencia de su existencia (..)

Finalmente, debemos recordar el carácter restrictivo con que deben interpretarse las solicitudes de un operador de introducir modificaciones o alteraciones en la OBA, tal y como se recoge en el Fundamento II.2 de la Resolución de 20 de marzo de 2003 (DT 2003/315):

“En consecuencia, como norma general esta Comisión no es partidaria de llevar a cabo modificaciones puntuales y no urgentes de la OBA como respuesta a las peticiones que de manera continua pudieran presentar los operadores implicados. Por el contrario, se estima más acertado el concentrar estas peticiones concretas para que sean tratadas dentro de único expediente que examine la revisión de esta oferta en su conjunto.

*La excepción a esta regla general sólo tendrá sentido cuando se trate de **modificaciones urgentes y muy motivadas**, que tengan como objetivo el subsanar determinados aspectos o incluir nuevas condiciones o facilidades **sin las cuales se estuviese dañando gravemente el acceso en competencia al bucle de abonado.** “*

Procede por tanto desestimar la alegación deducida por la recurrente de una presunta falta de motivación.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Desestimar íntegramente el recurso potestativo de reposición interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL) contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 4 de noviembre de 2005 dictada en el marco del expediente DT 2005/1178.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de 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 la que se refiere el presente certificado, que resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta apartado 5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL VICEPRESIDENTE

EL SECRETARIO

Marcel Coderch Collell
P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre
(B.O.E. de 25 de septiembre de 1996)

Ignacio Redondo Andreu