



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 Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión num. 36/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 16 de octubre de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS POR LAS ENTIDADES TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U Y JAZZTEL TELECOM S.A.U CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 23 DE JULIO DE 2008 RECAIDA EN EL PROCEDIMIENTO MTZ 2008/668 SOBRE LA CONVENIENCIA DE INICIAR UN PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA OFERTA DEL BUCLE DE ABONADO COMO CONSECUENCIA DE LAS PROPUESTAS DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. RESPECTO DE LOS NUEVOS SERVICIOS MINORISTAS DE ACCESO DE BANDA ANCHA MEDIANTE ADSL.

En relación con los recursos de reposición interpuestos por TELEFONICA DE ESPAÑA SAU (en adelante, TESAU) y JAZZ TELECOM SAU (en adelante, JAZZTEL) contra la Resolución de esta Comisión, de fecha 23 de julio de 2008 relativa a la conveniencia de iniciar un procedimiento de modificación de la oferta del bucle de abonado como consecuencia de las propuestas de Telefónica de España, S.A.U. respecto de los nuevos servicios minoristas de acceso de banda ancha mediante ADSL, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 36/08 del día de la fecha, la siguiente Resolución (AJ 2008/1298):

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 23 de julio de 2008 el Consejo de esta Comisión dictó Resolución relativa al expediente MTZ 2008/668, cuyo resuelve es del siguiente tenor:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Primero.- En caso de proceder a un proceso de migración masiva de cualquier modalidad, Telefónica de España, S.A.U. deberá:

1. Comunicar a los operadores el cambio de criterio de validación (indicando que usará el mismo en sus conexiones minoristas) con al menos 45 días hábiles de antelación a la ejecución de la migración.

2. Antes de iniciar la migración, finalizar la ampliación de los pPAIs y EdS solicitados por los operadores alternativos si se hubieran pedido en los siguientes 10 días hábiles desde la comunicación del cambio de validación;

3. Proporcionar a cada operador, con al menos 30 días hábiles de antelación a la ejecución de la migración, un listado individualizado sin errores de todas las conexiones susceptibles de ser migradas a cada operador de acceso indirecto según la nueva validación.

4. Indicar, en el anterior listado, los pares no migrables por depender de DSLAMs saturados/congelados;

5. Realizar la migración fijando Ventanas de Cambio en horario nocturno e incluir un calendario de la migración;

6. Procesar las migraciones en bloque y no de forma individual mientras no esté disponible el nuevo procedimiento de migración masiva.

Segundo.- TESAU deberá permitir a los operadores alternativos la selección de la tecnología utilizada (ADSL o ADSL2+) en sus solicitudes de servicio mayorista y proveerlo siempre que sea factible. TESAU deberá cumplir el mismo requerimiento en la petición de una nueva modalidad mayorista.

SEGUNDO.- Con fecha 30 de julio de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por el representante de TESAU, en virtud del cual interpuso recurso de reposición contra la citada Resolución de fecha 23 de julio de 2008, concretamente, contra el punto 3 del Resuelve Primero, esto es contra la obligación impuesta a TESAU de

3. Proporcionar a cada operador, con al menos 30 días hábiles de antelación a la ejecución de la migración, un listado individualizado sin errores de todas las conexiones susceptibles de ser migradas a cada operador de acceso indirecto según la nueva validación.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con este punto de la Resolución, fundamentando su recurso en los siguientes aspectos:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que el contenido de dicho punto 3 del Resuelve Primero de la Resolución impugnada es desproporcionado y perjudicial para el interés general, siendo contrario al objetivo del artículo 3 c) de la Ley 32/2003 de *“promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones y la utilización de nuevos servicios”*
- Que TESAU tan sólo tiene intención de llevar a cabo una migración masiva de aquellos clientes que en la actualidad estén disfrutando de un servicio de acceso a Internet a velocidad de 3 Mbps en dirección descendente, no incluyendo por tanto, en este proceso masivo a aquellos clientes que tengan contratada cualquier otra modalidad de acceso a Internet.
- Que para garantizar la obligación de no discriminación de TESAU no es preciso que TESAU ponga a disposición de otros operadores todos aquellos accesos “migrables” desde cualquier modalidad de inferior velocidad a la que TESAU migre, sino que bastaría tan sólo con proporcionar las bases de datos que recojan aquellos accesos indirectos de 3 Mbps, que son los que TESAU pretende migrar en sus propios clientes minoristas.
- Que, en cuanto a la situación de los accesos de velocidades inferiores a 6 Mbps y que no son de 3 Mbps, los operadores ya disponen de la información correspondiente a los accesos indirectos a velocidad de 1 Mb, al habérseles comunicado en el marco de la migración efectuada en 2007, de 1 a 3 Mbps. Y con relación al resto de la planta susceptible de migración y a los accesos a 4Mbps, la entidad recurrente considera que son cuantitativamente poco significativos al representar un 6% y un 2%, respectivamente.
- Que TESAU no tiene inconveniente en proporcionar las plantas de las velocidades inferiores a la que se desea migrar y distintas a la de 3 M de la que disponen el pasado cuatro de julio, si bien no retrasando el proceso de migración.
- Que TESAU está en disposición de garantizar que los operadores tendrán el listado actualizado y sin errores de aquellos accesos indirectos a velocidades de 512, 1 M, 2 M y 4 M que deseen migrar, con anterioridad al inicio del proceso de migración masiva que llevará a cabo TESAU.

Asimismo TESAU, a través del primer otrosí digo solicitó la suspensión de la citada Resolución impugnada en virtud de lo dispuesto en el artículo 111.2 apartado a) de la LRJPAC, esto es, que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación a la entidad recurrente. La entidad impugnante alegaba que la inmediata ejecución del punto 3º del Resuelve Primero de la resolución recurrida supondría un retraso en las migraciones ya programadas por TESAU y en las del resto de operadores, quedando en consecuencia



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

afectados también los clientes finales, quienes no podrían disfrutar de la nueva velocidad en las fechas inicialmente previstas para ello.

TERCERO.- Con fecha 31 de julio de 2008 esta Comisión resolvió estimar la solicitud de suspensión contenida en el recurso de TESAU en los siguientes términos:

*“**ÚNICO.-** Estimar la solicitud de suspensión parcial de la eficacia inmediata del apartado 3 del resuelve primero de la Resolución de 23 de julio de 2008 (MTZ 2008/668) en lo que se refiere exclusivamente a las conexiones de velocidades distintas de aquéllas respecto de las cuales Telefónica de España SAU (TESAU) tenga previsto realizar la migración y mantener la aplicabilidad del plazo de 30 días hábiles de antelación a la ejecución de la migración previsto en dicho apartado sólo con respecto a todas las conexiones que efectivamente vayan a ser migradas por la recurrente. Por tanto, para las conexiones de velocidad distinta a aquélla que es objeto de migración por TESAU, el listado individualizado no tendrá que ser proporcionado con una antelación mínima de 30 día hábiles, pero sí, en todo caso, con anterioridad al comienzo de la migración por TESAU.”*

CUARTO.- Con fecha 8 de agosto de 2008, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por el representante de JAZZTEL, en virtud del cual interpone recurso de reposición contra la citada Resolución de fecha 23 de julio de 2008, concretamente, por no haberle sido notificada la apertura del trámite de audiencia y de la resolución recurrida.

El recurso de JAZZTEL se fundamenta, básicamente, en los siguientes puntos:

- Infracción de los artículos 31 y 58 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), al tener que haberle sido comunicado el inicio del procedimiento por su condición de parte interesada en el mismo. La entidad recurrente tuvo conocimiento de dicho procedimiento de forma indirecta, a través de la entidad ASTEL.
- Vulneración del artículo 105 de la Constitución y 84 LRJPAC, puesto que ambos preceptos facultan a los ciudadanos para participar en la audiencia previa de preparación de las disposiciones administrativas que les afectan. En este caso, la imposibilidad de participar en el procedimiento impidió a la recurrente la efectiva protección de sus derechos e intereses, constituyendo ello una causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.e) LRJPAC.

A los anteriores antecedentes de hecho les resultan de aplicación los siguientes,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Admisión a trámite.

Los escritos presentados por TESAU y JAZZTEL interponen sendos recursos de reposición, en fechas 30 de julio y 8 de agosto de 2008, respectivamente, contra la Resolución de 23 de julio de 2008 recaída en el expediente MTZ 2008/668.

Habida cuenta que los recursos de reposición presentados por las entidades TESAU y JAZZTEL se interponen contra una Resolución de esta Comisión, que resulta susceptible de recurso según lo dispuesto por los artículos 107 y 116 de la LRJPAC, y dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, procede admitir a trámite dichos recursos.

SEGUNDO.- Competencia para resolver.

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver ambos recursos de reposición, por ser el órgano que dictó la resolución recurrida (artículo 116.1 de la LRJPAC).

TERCERO.- Acumulación de procedimientos.

Mediante Resolución del Secretario de esta Comisión de 10 de septiembre de 2008 se acordó la acumulación de los recursos de TESAU y JAZZTEL anteriormente mencionados, los cuales son objeto de tramitación a través del presente procedimiento.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- SOBRE EL CONCEPTO DE INTERÉS GENERAL Y LOS OBJETIVOS DE LA LEY 32/2003, GENERAL DE TELECOMUNICACIONES.

En el Fundamento Único del recurso interpuesto por TESAU y concretamente, en la página 2 del mismo, dicha entidad declara que el contenido del punto 3 del Resuelve Primero impugnado puede causar

“un perjuicio al interés general, alejándose del objetivo recogido en el artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones, consistente en promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, así como la utilización de los nuevos servicios”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El “*interés general*”, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su STC 68/1984, de 11 de junio, es un concepto abierto e indeterminado cuya definición corresponde al Estado y que debe respetar, en todo caso, el principio de legalidad en cuanto a su aplicación o concreción. En este supuesto deberá observarse, por tanto, el contenido de la Ley básica sectorial, esto es, la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.

En el artículo 3 de la Ley 32/2003 se recoge como fines básicos de la misma los siguientes:

- a. *Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación.*
- b. *Garantizar el cumplimiento de las referidas condiciones y de las obligaciones de servicio público en la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, en especial las de servicio universal.*
- c. *Promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, así como la utilización de los nuevos servicios y el despliegue de redes, y el acceso a éstos, en condiciones de igualdad, e impulsar la cohesión territorial, económica y social.*
- d. *Hacer posible el uso eficaz de los recursos limitados de telecomunicaciones, como la numeración y el espectro radioeléctrico, y la adecuada protección de este último, y el acceso a los derechos de ocupación de la propiedad pública y privada.*
- e. *Defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad, y salvaguardar, en la prestación de éstos, la vigencia de los imperativos constitucionales, en particular, el de no discriminación, el del respeto a los derechos al honor, a la intimidad, a la protección de los datos personales y al secreto en las comunicaciones, el de la protección a la juventud y a la infancia y la satisfacción de las necesidades de los grupos con necesidades especiales, tales como las personas con discapacidad. A estos efectos, podrán imponerse obligaciones a los prestadores de los servicios para la garantía de dichos derechos.*
- f. *Fomentar, en la medida de lo posible, la neutralidad tecnológica en la regulación.*
- g. *Promover el desarrollo de la industria de productos y servicios de telecomunicaciones.*
- h. *Contribuir al desarrollo del mercado interior de servicios de comunicaciones electrónicas en la Unión Europea.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por su parte, en el artículo 8.2 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), se señala que:

“Las autoridades nacionales de reglamentación fomentarán la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicaciones electrónicas y recursos y servicios asociados, entre otras cosas:

a) velando por que los usuarios, incluidos los discapacitados, obtengan el máximo beneficio en cuanto a posibilidades de elección, precio y calidad;

b) velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas;

c) promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructura y fomentando la innovación; y

d) promoviendo un uso eficiente y velando por una gestión eficaz de las radiofrecuencias y de los recursos de numeración.”

Como se deduce de los dos textos reproducidos, la innovación y el desarrollo sectoriales alegados en la página 2 del recurso por TESAU se hallan entre los objetivos normativos (véanse los arts. 3 c) y g) de la Ley y el art.8.2.c) de la Directiva), pero no son los únicos a considerar por esta Comisión al dictar sus resoluciones en aplicación de la Ley 32/2003, como parece querer indicar la recurrente.

Otros objetivos, como, por ejemplo, el fomento de la competencia sectorial (art.3.a de la Ley y art.8.2.b) de la Directiva) y la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios de telecomunicaciones (art.3.e) de la Ley y art. 8.2.a) de la Directiva) también se incluyen entre las finalidades de la Ley estatal y de la Directiva europea, objetivos que deben ser tenidos en cuenta por esta Comisión.

El interés general, por tanto, se entenderá respetado, en el caso de la Ley 32/2003, no mediante el otorgamiento de una preferencia única y exclusiva a una de las finalidades legales, sino mediante una adecuada ponderación razonada de todas ellas y considerando como guía o directriz el fomento de la competencia sectorial, tarea encomendada específicamente a esta Comisión por el artículo 48.3.e) de la Ley 32/2003.

En esta misma línea, la propia Comisión Europea, en una comunicación de 11 de noviembre de 2005¹, manifiesta la necesidad por parte de las Autoridades



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Nacionales de Reglamentación de no considerar, en sus labores de análisis de mercados, única y exclusivamente el cumplimiento de una de las finalidades incluidas en el artículo 8.2 de la Directiva 2002/21/CE. De acuerdo con la Comisión, sin embargo, deberá tomarse siempre en consideración como guía interpretativa de dichas finalidades el fomento de la competencia en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas.

Concretamente, en las páginas 4 a 5 de la comunicación anteriormente citada la Comisión Europea manifestó que:

“De acuerdo con el artículo 8.2 de la Directiva Marco, las Autoridades Nacionales de Reglamentación deberán fomentar la competencia en la puesta a disposición de servicios de comunicaciones electrónicas. Por ello, resulta totalmente legítimo estimular las inversiones económicas en infraestructuras y el fomento de la innovación, sin embargo, también deberá considerarse que no se produzcan distorsiones o impedimentos a la competencia en el ámbito de las comunicaciones electrónicas y que los consumidores obtengan el mayor beneficio con relación a elección, precios y calidad.”

En este caso, como se desprende del Hecho Primero de esta resolución, se aborda una de las medidas adoptadas por esta Comisión con relación a la migración masiva entre modalidades de servicio de acceso a Internet de ADSL correspondientes a la entidad recurrente. Concretamente, se trata de la migración de los accesos de 3 a 6 Mbps.

Por ello, a continuación, se analizarán primeramente las garantías establecidas por esta Comisión en los procesos de migración, determinándose posteriormente si lo solicitado en el recurso de reposición de TESAU es compatible tanto con dichas garantías como con los objetivos del artículo 3 de la Ley 32/2003, considerando especialmente el fomento de la competencia previsto en el apartado a) de dicho artículo 3 en relación con el artículo 48.3.e) de la misma norma. También se considerarán las circunstancias específicas del proceso de migración en cuestión relativo al expediente MTZ 2008/668.

SEGUNDO.- SOBRE LAS GARANTÍAS ESTABLECIDAS POR ESTA COMISIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE MIGRACIÓN DE SERVICIOS CORRESPONDIENTES AL OPERADOR CON PODER SIGNIFICATIVO EN EL MERCADO MAYORISTA DE ACCESO DE BANDA ANCHA.

En la página 26 de nuestra anterior Resolución de 19 de julio de 2007 (AEM 2007/800), que abordó el tema de la migración masiva entre modalidades de servicios ADSL, ya se fijaron los principios básicos que debía respetar dicho proceso de migración, diciéndose que:

¹ SG-Greffe (2005) D/206128.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“De nuevo, y con el fin de **facilitar la migración de los operadores alternativos**, TESAU deberá realizar cambios de modalidad en bloque a partir de los listados de conexiones compatibles que proveerá a los operadores alternativos.*

*Con respecto a las solicitudes de cambio de modalidad, es necesario que **TESAU cumpla escrupulosamente con la obligación de no discriminación** a la hora de determinar el orden en que éstas se producen. TESAU manifiesta en su escrito que **no se discriminará “en ningún caso frente a los cambios de velocidad de las conexiones minoristas de Telefónica de España”**, siendo los plazos de provisión de estos movimientos “los especificados en la OBA”, no esperándose que dichos plazos se vean incrementados “por el volumen de migraciones previstas, si se distribuyen de manera uniforme en el plazo de 3 meses planteado por Telefónica”.*

*Como se ha comentado anteriormente, el volumen de migraciones que debe realizar TESAU no tiene parangón con los que deben realizar el resto de operadores. Por tanto, a la hora de analizar la distribución “uniforme” a lo largo de los tres meses, **este operador debe tener cuenta que sus propias necesidades no deben restringir de forma injustificada las migraciones del resto de operadores**, siendo esperable que las de éstos concluyan con anterioridad, dado su volumen, a las de la propia TESAU.”*

También en la página 11 de la propia Resolución recurrida de 23 de julio de 2008 (MTZ 2008/668) se señala que:

*“TESAU debe garantizar que se cumplan todas las condiciones para que un operador alternativo pueda migrar **igualmente** a sus clientes si así lo decide.”*

Como se observa, el principio básico es la obligación de *no discriminación* y el trato igual a los operadores alternativos con respecto al operador dominante. Esta obligación está expresamente prevista en el artículo 13.1.b) de la Ley 32/2003 y le fue impuesta expresamente a TESAU en la Resolución de 1 de junio de 2006 (AEM 2005/1454), por la que se define y analiza el mercado mayorista de acceso de banda ancha (mercado 12 de la Recomendación CE de 2003).

Efectivamente, en el artículo 13.1.b) se contempla, como uno de los deberes que pueden imponerse al operador declarado con poder significativo en el mercado, el de:

“No discriminación, que garantizarán, en particular, que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otros



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones.”

Por su parte, en la página 72 de la Resolución de 1 de junio de 2006, y respecto a esta obligación de no discriminación, se añade que:

“El mantenimiento de esta obligación se concreta en la aplicación de todas las previsiones relativas al acceso indirecto al bucle del abonado contenidas en la actual Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (...).”

Como se observa, la obligación de no discriminación está estrechamente vinculada a la de transparencia, como se desprende del artículo 13.1.a) de la Ley 32/2003:

“En particular, cuando se impongan obligaciones de no discriminación a un operador, se le podrá exigir que publique una oferta de referencia.”

En la Resolución de 1 de junio de 2006 (véase páginas 69 a 72) se impone también a TESAU la obligación de publicar una oferta de referencia, oferta cuya modificación es objeto, precisamente, de la resolución impugnada.

Como ha reiterado esta Comisión en distintas Resoluciones, no basta con la publicación de la oferta de referencia para que se entienda cumplido el deber de transparencia por parte del operador obligado, sino que es necesario tener en funcionamiento las herramientas precisas para poder poner en práctica el contenido de dicha oferta de referencia (cumplimiento material y efectivo). Así, en las páginas 14 a 15 de la Resolución de 26 de junio de 2003 (AJ 2003/81), se decía que:

*“No obstante, como tal oferta, **la mera publicación no puede entenderse por sí sola como cumplimiento de la obligación de disponer de ella en las condiciones establecidas por esta Comisión, sino que dicha publicación ha de ir acompañada de la implementación efectiva de los medios necesarios para atender la demanda de servicios que se pudiera producir por parte de los operadores autorizados.**”*

De todo lo anterior se deriva que, en los procedimientos de migración del operador dominante, como garantías básicas respecto a los operadores alternativos y para asegurar la pluralidad de la oferta de servicios contemplada en el art. 48.3.e) de la Ley 32/2003, deberá considerarse especialmente el principio de *no discriminación*, estrechamente vinculado con el de transparencia, como se ha visto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- ANÁLISIS DE LA FINALIDAD Y CONTENIDO DEL RECURSO INTERPUESTO POR TESAU.

En el Solicito de la impugnación presentada por TESAU, la entidad recurrente solicita que se acuerde:

*“no obligar a Telefónica a retrasar la migración 30 días hábiles desde la remisión de información a los operadores de acceso indirecto relativa a todas las conexiones susceptibles de ser migradas, sino sólo de las que se correspondan con la velocidad de las que **efectivamente vayan a ser migradas por Telefónica, es decir, las de 3 Mbps**”*

Tal y como se desprende de la solicitud inserta en el recurso, TESAU solicita que la medida concreta acordada por esta Comisión de suministrar determinada información treinta días antes de la migración de 3 a 6 Mbps afecte solamente a las conexiones que se correspondan con la velocidad de las que van a ser migradas por TESAU, y no a todas las que sean susceptibles de migración desde otras velocidades.. Esto es, que afecte a las conexiones de 3 Mbps susceptibles de ser migradas a 6 Mbps.

Si se considera, como hemos señalado en el Fundamento anterior, que en las migraciones efectuadas por el operador dominante debe respetarse el principio de no discriminación para asegurar un trato equivalente en los nuevos servicios prestados por el operador dominante a sí mismo y en los prestados por éste a los operadores alternativos, dicho principio cobra mayor sentido en los casos en que el operador dominante se preste o vaya a prestarse esos nuevos servicios de forma efectiva.

En efecto, en estos supuestos se encuentra más presente un “*término de comparación*” para determinar si concurre o no una posible “desigualdad” o “discriminación” entre las condiciones prestadas a sí mismo y las prestadas a los operadores alternativos. Así, el Tribunal Constitucional, en repetidas sentencias, y entre otras, en las SSTC 30/2008, de 25 de febrero, 181/2007, de 10 de septiembre, 107/2003, de 2 de junio y 138/2000, de 29 de mayo, viene solicitando la necesidad de un “*término de comparación*” adecuado al enjuiciar casos de presunto trato discriminatorio.

En el Fundamento Sexto de la STC 30/2008, de 25 de febrero el Tribunal Constitucional recuerda que:

“(…) lo que de suyo exige la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad.”

Y, a falta de un término de comparación idóneo, el mismo Tribunal Constitucional rechaza la posibilidad de efectuar un juicio sobre posible trato discriminatorio, como se desprende, por ejemplo, del Fundamento Sexto de la STC 181/2007:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“En atención a lo expuesto, debe concluirse que no concurre el necesario requisito de que se haya aportado por la recurrente un término de comparación idóneo del que quepa derivar un tratamiento desigual, toda vez que los casos no son supuestos sustancialmente idénticos en lo referido a su presupuesto fáctico.”

A la vista de la doctrina jurisprudencial que se acaba de señalar, resultaría plausible, para este caso concreto, la solicitud contenida en el recurso de TESAU de que el plazo de 30 días hábiles de antelación en la provisión de información quedara acotada únicamente a las conexiones que “se correspondan con la velocidad de las que efectivamente vayan a ser migradas por Telefónica”, esto es, en la migración de 3 a 6 Mbps. Y ello porque este tipo de conexiones constituirían un “término de comparación” más adecuado o idóneo que el resto de conexiones para poder efectuar el juicio de igualdad y determinar la existencia o no de trato discriminatorio con relación al resto de operadores que también fuesen a migrar o hubieran migrado hacia esa misma clase de conexión.

No obstante, con el objeto de respetar el principio de *transparencia* y de que los operadores alternativos pudieran disponer de la información necesaria para aplicar correctamente la OBA, también resultaría necesario mantener para el resto de conexiones la obligación por parte de TESAU de facilitar el listado individualizado de las mismas con anterioridad al comienzo de la migración.

Por otro, lado, también debe señalarse que en su Resolución de 19 de julio de 2007 (AEM 2007/800), anteriormente citada y referente también a un caso de migración de ADSL, esta Comisión acotó el *tipo de conexión* migrada respecto de la cual TESAU debía proporcionar la información. Concretamente, en el Resuelve Segundo de la Resolución de 19 de julio de 2007 se acordó que:

*“**Segundo.-** Telefónica de España, S.A.U., con el fin de facilitar el proceso de migración de las conexiones de sus servicios mayoristas de acceso indirecto al bucle, proporcionará un listado de conexiones asociadas al servicio de acceso indirecto susceptibles de ser migradas a 3 Mb/s a los operadores afectados en un plazo máximo de 10 días hábiles desde la notificación de la presente Resolución, dando cuenta simultáneamente a la CMT del envío del citado listado. Asimismo deberá procesar las migraciones en bloque y no de forma individual de forma no discriminatoria.”*

En cuanto a la adecuación de la solicitud del recurso de TESAU a los principios del artículo 3 de la Ley 32/2003 indicados en el Fundamento Primero de esta resolución, debemos decir, como se razonará seguidamente, que dicha solicitud se encontraría, a priori, en consonancia con los mismos.

De un lado, el proceso de migración supone, por sí mismo, y como se indica también en la página 2 del recurso de TESAU, la implantación de servicios más avanzados de ADSL en beneficio de los usuarios, lo cual estaría de acuerdo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

con los objetivos de los apartados **c)** (*“promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones así como la utilización de nuevos servicios”*), **e)** (*“defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas...”*) y **g)** (*“promover el desarrollo de la industria de productos y servicios de telecomunicaciones”*) del artículo 3 de la Ley 32/2003.

De otro lado, la solicitud concreta efectuada por TESAU en su recurso no sería contraria al principio rector del fomento de la competencia sectorial de los artículos 3.a) y 48.3.e), porque la “pluralidad de la oferta del servicio” (esto es, la garantía de elección entre distintos operadores) podría verse afectada a priori y en mayor medida en aquellas conexiones en las que TESAU sí hubiera procedido o procediera a efectuar la migración para prestar los nuevos servicios ADSL y en que los operadores alternativos podrían recibir un posible trato desigual por parte del operador dominante. Esto es, en las migraciones de 3 a 6 Mbps. Con relación al resto de conexiones, como se ha indicado anteriormente y para respetar el principio de transparencia, TESAU debería facilitar el listado individualizado. Dicho listado no tendría que ser proporcionado con una antelación determinada pero sí, y en todo caso, antes del inicio de la migración de TESAU.

No obstante las anteriores consideraciones, es necesario determinar la adecuación de la solicitud de TESAU al proceso de migración concreto objeto del expediente MTZ 2008/668. Efectivamente, como ya recordó esta Comisión en la página 7 de la Resolución de 23 de julio de 2008 al contestar las alegaciones de France Telecom en el citado expediente MTZ 2008/668, no todas las situaciones y procesos tienen características idénticas, por lo que deben ser objeto de análisis individualizado.

CUARTO.- EL PROCESO DE MIGRACIÓN OBJETO DEL EXPEDIENTE 2008/668.

Como se indica en las Conclusiones (pág.14) de la propia Resolución de 23 de julio de 2008 recaída en el expediente MTZ 2008/668, nos hallamos ante el lanzamiento por parte de TESAU de servicios ADSL minoristas de 6 Mbps. De conformidad con la Resolución citada, un operador alternativo podría emular tanto técnica como económicamente dichas ofertas minoristas a partir de los servicios mayoristas regulados de 8 Mbps. En todo caso, TESAU deberá garantizar que los operadores alternativos puedan migrar a sus clientes en las mismas condiciones en las que la propia TESAU migre a los suyos.

En relación con las migraciones en bloque, como se indica también en la página 13 de la Resolución de 23 de julio de 2008, esta Comisión incluyó esta opción en su Resolución de 27 de marzo de 2008 (MTZ 2006/1019). Las migraciones en bloque, como se recoge en la OBA, deben realizarse en la fecha y hora acordadas por ambas partes y garantizando que ninguno de los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

usuarios afectados se vea privado del servicio por un periodo de tiempo superior a una hora por motivos imputables a TESAU.

En este caso concreto, TESAU se dispone a efectuar un proceso de migración exclusivamente de 3 a 6 Mbps y por tanto, esta Comisión entiende que debe asegurarse con mayor fuerza la replicabilidad o emulabilidad de la migración en esa modalidad específica. Por ello resulta lógico mantener para dicha modalidad y con carácter íntegro la obligación de TESAU de suministrar la información con 30 días de antelación prevista en el apartado 3 de nuestra anterior Resolución de 23 de julio de 2008.

Ello no obstante, los operadores alternativos han de estar en disponibilidad de replicar también cualquier migración desde cualquier conexión de velocidad inferior. Y por ello, esta Comisión considera necesario mantener, en todo caso, la obligación impuesta a TESAU de suministrar la información contemplada en el apartado 3 del Resuelve de la Resolución de 23 de julio de 2008, con el plazo de antelación mínimo de 30 días

No obstante, en el caso concreto del proceso de migración de 3 a 6 Mbps, atendiendo a las especiales circunstancias que concurren, parece razonable que para accesos a migrar desde otras velocidades distintas a 3 Mbps, dicha información se suministre por parte de TESAU sin tener que atenerse al plazo de 30 días de antelación aunque sí, en todo caso, con anterioridad al inicio del proceso de cada migración. Y ello porque, de un lado, para aquellos accesos indirectos a velocidad de 1 Mbps (que serían los más numerosos) los operadores ya disponen de la mayor parte de esa información al habérsela comunicado TESAU en el marco de la migración anterior de 1 a 3 Mbps y en cumplimiento de nuestra anterior Resolución de 19 de julio de 2007 (AEM 2007/800). Y de otro lado, como señala la recurrente en la página 3 de su escrito de 29 de julio de 2008, el resto de la planta susceptible de migración es cuantitativamente poco significativa al representar apenas un 6% de los accesos indirectos.

QUINTO.- FALTA DE CONCURRENCIA DE LA CAUSA DE NULIDAD DENUNCIADA EN EL RECURSO DE JAZZTEL.

En el segundo recurso objeto de acumulación en este procedimiento, el interpuesto por JAZZTEL mediante escrito de fecha 4 de agosto de 2008, la entidad impugnante denuncia la concurrencia de la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992.

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 manifestado, para apreciar la existencia de una causa de nulidad, que no solamente sea debidamente razonada su concurrencia sino que también deba quedar oportunamente acreditada la misma. Entre otras, cabe destacar la STS de 18 de diciembre de 1991 (RJ 1991\9455, Fundamento 2º) así como la S AN



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 el derecho a que afecte, las derivaciones que motive, la situación y posición de los interesados en el expediente (...).”*

Y más concretamente, respecto a las causa de nulidad por presunta infracción del procedimiento administrativo del artículo 62.1.e) de la Ley , la jurisprudencia prevé la necesaria concurrencia de una serie de requisitos específicos, señalados, entre otras, por las SSTS de 17 de octubre de 2000 (RJ 2000\8997) y de 15 de octubre de 1997 (RJ 1997\7457).

En el apartado a) del Fundamento Segundo de la STS de 17 de octubre de 2000 (RJ 2000\8997) se dice claramente que:

*“(...) con fundamento en el artículo 62.1.e) de la Ley 4/1999, que la jurisprudencia establece que para declarar la nulidad en la omisión del procedimiento legalmente establecido, han de concurrir los requisitos, como sostiene la sentencia de 15 de octubre de 1997 de esta Sala y jurisprudencia precedente, (desde la sentencia de 21 de marzo de 1988) que dicha infracción ha de ser clara, manifiesta y ostensible, **lo que supone que dentro del supuesto legal de nulidad, se comprendan los casos de ausencia total del trámite o de seguir un procedimiento distinto**, lo que no ha sucedido en la cuestión examinada, como en un asunto precedente también hemos reconocido: STS de 10 de octubre de 2000, 3ª, 7ª, núm. 219/1999.”*

En la situación denunciada, en cambio, no es que se haya prescindido de procedimiento o bien se haya empleado otro diferente, sino que, como reconoce la propia recurrente, dicho procedimiento no le fue objeto de notificación. Así, en la página 5 de su recurso JAZZTEL declara que

“como consecuencia de la no notificación a Jazztel por parte de esta Comisión de la apertura del trámite de audiencia y de la posterior Resolución del pasado 23 de julio de 2008, y consecuentemente, la posibilidad de participar dentro del procedimiento, que como he manifestado reiteradamente, impidieron una efectiva protección de los derechos e intereses de Jazztel, fueron incumplidos los preceptos constitucionales y legales descritos en el presente recurso, situación que, de conformidad con el artículo 62.1.e) de la LRJPAC, ocasiona la nulidad de la resolución aquí recurrida.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, en ningún caso nos encontraríamos en un supuesto de nulidad del apartado e) del artículo 62.1 de la LRJPAC sino, o bien en una posible nulidad por infracción del derecho a la defensa del artículo 24 de la Constitución con relación al apartado a) del artículo 62.1 de la LRJPAC (*“los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”*), o bien, en una anulabilidad del artículo 63.2 de la LRJPAC por defecto formal susceptible de provocar indefensión en el interesado.

Sin embargo, tanto en el caso del artículo 62.1.a) como en el artículo 63 de la LRJPAC los tribunales vienen exigiendo la necesidad que concurra una efectiva “indefensión”, esto es, una verdadera “indefensión material” frente a una “indefensión aparente” o “indefensión formal”.

En la STS de 3 de noviembre de 2005 (RJ 2006\4148) se manifiesta que:

“la indefensión, como vicio invalidante, ha de tener un carácter material y no meramente formal; para que la omisión de un trámite genere una indefensión con efectos anulatorios debe haber dejado al administrado en una situación en la que le haya sido imposible alegar o defenderse (...).”

Y en la STS de 18 de diciembre de 1991 (RJ 1991\9455) se dice claramente que:

“la indefensión como vicio del procedimiento ha de ser real y efectiva, no simplemente aparential (...).”

Por su parte, en las Sentencias del Tribunal Constitucional 65/1994, de 28 de febrero y 110/1997, de 3 de junio se recuerda que el conocimiento del procedimiento administrativo, a través de cualquier medio y por parte del administrado, excluye su posible indefensión. En la STC 110/1997 el Tribunal Constitucional declara:

“el incumplimiento de esta obligación de emplazamiento personal que el art. 24 CE impone a los órganos jurisdiccionales y que, tras la reforma operada por la Ley 10/1992 (RCL 1992\1027) también se exige a la Administración autora del acto o disposición impugnados, no implica por sí sola una indefensión material contraria al citado derecho fundamental. Para que la falta de emplazamiento personal ocasione una indefensión constitucionalmente relevante es necesario, además, que el demandante de amparo actúe con la debida diligencia y que no tuviese conocimiento extraprocesal de la existencia del litigio.”

Esta idea es también recogida por el Tribunal Supremo, entre otras, en la STS de 22 de enero de 2008 (RJ 2008\169), donde dicho Tribunal señala que:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Pero en todo caso, no hay duda de que su contenido fue conocido de modo suficiente por... lo que excluye la indefensión.”

En este caso, JAZZTEL no sólo tuvo conocimiento de la Resolución, como reconoce ella misma en el propio recurso, sino también del propio procedimiento iniciado.

En efecto, en la página 4 de dicho recurso la recurrente manifiesta que:

“tuvo conocimiento a través de ASTEL de la resolución que mediante la presente se recurre”

Debemos señalar, por un lado, que JAZZTEL es miembro de pleno derecho de la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL). Y, de acuerdo con el artículo 2.d) de los últimos Estatutos publicados de dicha Asociación, se atribuye a la misma no solamente la facultad de comparecer ante la Administración en defensa de sus propios intereses sino también de los de sus miembros, al decirse que ASTEL podrá

“d) Ejercitar (...) acciones judiciales o administrativas ante cualquier tipo de autoridades y tribunales, nacionales o internacionales, en defensa de los intereses de la Asociación y de sus miembros, así como personarse (...) en los procedimientos o procesos judiciales o administrativos (...).”

En el caso del expediente MTZ 2008/668 del que trae causa la Resolución impugnada, ASTEL ha comparecido en el mismo en nombre y representación de sus empresas asociadas, entre ellas, JAZZTEL, habiendo comunicado esta Asociación a sus asociados (inclusive JAZZTEL por lo que se deduce de la página 4 del recurso) el resultado de sus actuaciones.

Por lo anterior, procede desestimar íntegramente el recurso interpuesto por JAZZTEL.

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar íntegramente el recurso interpuesto por JAZZTEL contra la Resolución de 23 de julio de 2008 recaída en el expediente MTZ 2008/668.

SEGUNDO.- Estimar en parte el recurso de TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU contra la Resolución de 23 de julio de 2008 recaída en el expediente MTZ 2008/668, en el sentido de modificar el apartado 3 del Resuelve Primero de dicha Resolución, que pasa a tener el siguiente contenido:

“3. Proporcionar a cada operador, con al menos 30 días hábiles de antelación a la ejecución de la migración,, un listado individualizado sin errores de todas las conexiones susceptibles de ser migradas a cada operador de acceso indirecto según la nueva validación.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin perjuicio de lo anterior, para el proceso de migración masiva a 6 Mbps, y atendiendo a las especiales circunstancias de este caso concreto, el plazo de antelación mínimo de 30 días establecido en el párrfo anterior sólo será de aplicación con respecto a las conexiones de 3 Mbps susceptibles de ser migradas a 6 Mbps. Con respecto al resto de conexiones susceptibles de ser migradas a 6 Mbps, bastará con proporcionar a cada operador el mismo listado individualizado sin errores con anterioridad al comienzo del proceso de migración.

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 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 PRESIDENTE

Reinaldo Rodríguez Illera

EL SECRETARIO

Ignacio Redondo Andreu