



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

CERTIFICA

Que en la Sesión número 41/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 22 de noviembre de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa a los recursos de reposición interpuestos por Jazz Telecom, S.A.U., R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A., Telefónica de España, S.A.U., Ibérica de Sonorización y Telecomunicaciones, Ibersontel, S.L. y France Telecom España, S.A.U. contra la Resolución de 5 de julio de 2012 de revisión de la Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos de Telefónica (AJ 2012/1771 y acumulados).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de 5 de julio de 2012.

Con fecha 5 de julio de 2012 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución, en el marco de la tramitación del expediente número MTZ 2011/1477, sobre la revisión de la Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (MARCo) de Telefónica de España, S.A.U.

La mencionada Resolución acuerda en su parte dispositiva lo siguiente:

<< PRIMERO.- Aprobar las modificaciones a la oferta de referencia para la prestación del servicio MARCo en los términos recogidos en el fundamento tercero de esta Resolución.

SEGUNDO.- Telefónica deberá publicar su oferta de referencia para la prestación del servicio MARCo en los términos recogidos en el anexo 6, en el plazo máximo de 10 días a partir del día siguiente a la notificación de esta Resolución.

TERCERO.- Antes del 31 de enero de 2013, Telefónica deberá actualizar sus sistemas de provisión mayoristas para acomodarlos a las nuevas especificaciones recogidas en el fundamento tercero, incluida la funcionalidad que permita incorporar y facilitar a los operadores información sobre las infraestructuras y sobre los recursos en ellas emplazados que tanto Telefónica como los operadores obtengan durante las intervenciones efectuadas en la planta externa.



CUARTO.- Telefónica deberá solventar las carencias que los sistemas ESCAPEX y NEON presenten con respecto a los empleados hasta la fecha (CARPE) y notificarlo a los operadores y la CMT. Si transcurrido el plazo de dos meses desde dicha notificación no se presentan reclamaciones debidamente justificadas por parte de los operadores, se concluirá que la resolución de las posibles deficiencias ha sido satisfactoria. De producirse reclamaciones la CMT procederá a evaluarlas y se pronunciará al respecto mediante procedimiento administrativo. Mientras dicho proceso de verificación no concluya Telefónica deberá mantener el sistema CARPE plenamente operativo (sin pérdida alguna de las actuales funcionalidades).

QUINTO.- Telefónica facilitará a la CMT el alta con perfil de supervisor a los sistemas de provisión, gestión de incidencias y visualización del servicio MARCo en NEON, CARPE y ESCAPEX, de forma que pueda supervisar la información de infraestructuras y consultar las solicitudes de todos los operadores autorizados, disponiendo de las mismas capacidades de consulta que la propia Telefónica.>>

SEGUNDO.- Recurso de reposición de Jazz Telecom, S.A.U.

Con fecha 21 de septiembre de 2012 se ha recibido en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la entidad Jazz Telecom, S.A.U. (en adelante, JAZZTEL) mediante el cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 5 de julio de 2012 a la que se refiere el Antecedente de Hecho Primero, alegando lo siguiente:

- Se opone a la delimitación a priori de una serie de usos permitidos y no permitidos a la hora de compartir infraestructuras de la Oferta MARCo.
- Solicita que se modifique la Resolución impugnada en el sentido de mantener el procedimiento establecido en el Resuelve Primero, en relación con el Fundamento de Derecho Segundo, Punto I.1.3, de la Resolución del Consejo de esta Comisión de 8 de abril de 2010 (expediente número AJ 2009/2131 y acumulados), que obligaba a Telefónica de España, S.A.U. a solicitar la adopción de una medida cautelar para poder denegar el acceso a sus infraestructuras.

TERCERO.- Recurso de reposición de R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A.

Con fecha 21 de septiembre de 2012 se ha recibido en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la entidad R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A. (en adelante, R CABLE) mediante el cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 5 de julio de 2012 a la que se refiere el Antecedente de Hecho Primero, alegando fundamentalmente lo siguiente:

1. Sobre el procedimiento de sustitución de postes, R CABLE se opone a lo dispuesto en el Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 4.18, de la Resolución impugnada en virtud del cual TESAU podría realizar la facturación mensual del coste de mantenimiento asociado a la compartición de los postes sustituidos aun cuando aún no esté disponible para su uso por el operador alternativo. La recurrente alega que esta Comisión suprimió, de manera inmotivada y sin fundamentar la decisión, la propuesta plasmada en su Informe de Audiencia que obligaba a TESAU a tener disponible la infraestructura (esto es, a sustituir los postes) antes de poder facturar al operador.



2. Sobre los costes relativos a la sustitución de postes (Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 5.5, de la Resolución impugnada), R CABLE alega que la Resolución recurrida, apartándose del criterio expuesto en su Informe de Audiencia y con una motivación insuficiente, mantiene la regulación antes vigente y repercute en los operadores entrantes todo el coste de sustitución e instalación de postes nuevos, sin descontar en los costes recurrentes los costes de sustitución ya asumidos por el operador alternativo y los costes de mantenimiento de la red de TESAU preexistente, y sin admitir que parte de esos trabajos de mantenimiento y mejora de los postes benefician también a la red de TESAU y que redundan en beneficio de la misma, de manera similar a lo establecido para las canalizaciones (Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 5.4, de la Resolución impugnada).
3. Sobre la interrupción del servicio por modificación de las infraestructuras (Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 5.10, de la Resolución impugnada), R CABLE solicita que se incluya la obligación de TESAU de informar de la existencia de cableado de otros operadores no sólo a los operadores implicados sino también al Promotor de las obras, para que contemple en las mismas el tendido de cableado de TESAU y del resto de operadores.
4. Sobre las modificaciones relativas a la migración de sistemas a los entornos NEON y EXCAPEX (Anexo 3 de la Resolución impugnada), RCABLE solicita nuevamente (ya lo alegó en el procedimiento) que se añada un nuevo campo adicional que indique si el poste es de inicio, fin, ángulo o línea, ya que en función de este dato la regulación y el procedimiento de cambio de postes son distintos.

CUARTO.- Recurso de reposición de Telefónica de España, S.A.U.

Con fecha 21 de septiembre de 2012 se ha recibido en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) mediante el cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 5 de julio de 2012 a la que se refiere el Antecedente de Hecho Primero, alegando fundamentalmente lo siguiente:

1. La obligación regulatoria de ofrecer un “acceso de supervisor” permanente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en los sistemas de gestión de los servicios de la Oferta MARCo, sería en su opinión nulo de pleno derecho por vulnerar el derecho fundamental al secreto de sus comunicaciones de empresa. A su juicio dicha medida sería una especie de “inspección continua e ilimitada” de carácter “prospectivo”, y por tanto desproporcionada y arbitraria, puesto que carecería de un objetivo concreto y limitado, de una motivación adecuada, de un procedimiento garantista y reglado, de cobertura legal suficiente y de la necesaria autorización judicial.
2. Algunas modificaciones introducidas en la Oferta MARCo serían contrarias al ordenamiento jurídico y arbitrarias, señalando expresamente las siguientes:
 - 2.1) La no obligatoriedad de los Anexos contractuales propuestos por TESAU en materia de prevención de riesgos laborales (Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 10 de la Resolución recurrida), haciendo un especial énfasis en las medidas de obturación de los conductos en espacios confinados cuando se utilicen “mallas flexibles” o “cables inadecuados”; y



- 2.2) La posibilidad de cesión de fibras entre operadores autorizados sin que medie autorización escrita previa de TESAU (Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 11.2 de la Resolución recurrida).
3. Algunas modificaciones introducidas en la Oferta MARCo estarían insuficientemente motivadas y también serían contrarias al ordenamiento jurídico, señalando expresamente las siguientes:
- 3.1) La eliminación de la necesidad de homologación, por parte de TESAU o subsidiariamente por laboratorios acreditados, de los recursos de subconducción para la compartición de infraestructuras de forma eficiente, siempre que se ajusten a las salvaguardas previstas en la Oferta MARCo, se responsabilicen de las averías e incidencias que se produzcan, y que cumplan la normativa de protección de riesgos laborales; (Fundamento de Derecho Tercero, Apartados 3.1 y 3.2 de la Resolución recurrida); y
- 3.2) TESAU se opone expresamente a la utilización del sistema de “mallas flexibles” porque a su juicio no permiten una correcta obturación de los conductos y existirían riesgos laborales para los trabajadores, además de incumplir las Normas UNE y la normativa interna de la recurrente.
4. Algunas obligaciones incluidas en la revisión de la Oferta MARCo tendrían un contenido imposible, señalando expresamente las siguientes:
- 4.1) se obliga a TESAU a permitir el uso de un nuevo tipo de cable de 512 fibras ópticas (Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 3.3 de la Resolución recurrida), que según la recurrente no está aún en el mercado ni está diseñado ni homologado; y
- 4.2) se establece un plazo máximo de 12 meses para que TESAU pueda verificar las instalaciones de los operadores (Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 4.15 de la Resolución recurrida), plazo que la recurrente considera inadecuado e insuficiente para poder revisar todas las infraestructuras compartidas existentes con los medios disponibles, y para poder detectar algunos defectos y deficiencias en las infraestructuras que sólo son conocidos a largo plazo o cuando se produce una incidencia, además de no existir un procedimiento de imputación de costes ni de aceptación en la Oferta MARCo.
5. Algunas obligaciones incluidas en la revisión de la Oferta MARCo serían desproporcionadas, señalando expresamente las siguientes:
- 5.1) Se obliga a TESAU a asumir el coste de actualización de sus sistemas de información sobre las infraestructuras y los recursos de red que contienen (Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 4.4 de la Resolución recurrida), coste que estima “muy elevado” tanto a nivel económico como de tiempo;
- 5.2) Se obliga a establecer un sistema de atención telefónica para validar las solicitudes (Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 4.7 de la Resolución recurrida), medida que igualmente estima que aumenta la carga de trabajo y los costes;
- 5.3) Se establecen unos límites de solicitudes de los operadores a atender por TESAU (Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 4.8 de la Resolución recurrida) muy elevados y desproporcionados ya que la demanda actual es limitada e irregular, los operadores tienen planificaciones muy diferentes y suelen incumplir y cambiar sus



previsiones, y además redimensionar constantemente los servicios de TESAU para atender dichos requerimientos tendría un coste muy elevado; y

5.4) Se obliga a TESAU a permitir que los operadores efectúen directamente la desobstrucción de los conductos y a asumir los costes de desobstrucción y de supervisión de los trabajos (Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 5.2 de la Resolución recurrida), a su juicio de manera desproporcionada y arbitraria.

6. Sobre la utilización de las facilidades de la Oferta MARCo para efectuar tendidos de entrega de señal de los servicios de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) (Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 11.7 de la Resolución recurrida), TESAU reitera las alegaciones planteadas en su recurso de reposición tramitado con el número AJ 2012/1407 y acumulados, interpuesto contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 31 de mayo de 2012 de modificación del servicio de entrega de señal de la OBA (MTZ 2011/2045)¹, fundamentalmente las siguientes:

6.1) Se imponen nuevas obligaciones regulatorias a TESAU innecesarias e ineficientes y con omisión del procedimiento legalmente establecido para la revisión de los Mercados de referencia, puesto que se permite el uso de recursos de la Oferta MARCo, regulada únicamente para despliegues de nuevas redes NGA, para prestar servicios de entrega de señal de redes tradicionales, algo no previsto en las Resoluciones de definición y análisis de Mercados vigentes, ni en las Recomendaciones de Mercados, ni en la Directiva de Acceso;

6.2) Se considera innecesario y carente de motivación objetiva la aplicación de la nueva modalidad del servicio de entrega de señal basada en las facilidades de la Oferta MARCo en centrales en las que ya existen operadores coubicados; y

6.3) La recurrente manifiesta que su juicio con esta medida se incurre en inseguridad jurídica, falta de proporcionalidad y arbitrariedad.

TESAU concluye su escrito solicitando la anulación de la Resolución del Consejo de esta Comisión de 5 de julio de 2012 objeto de recurso.

QUINTO.- Recurso de reposición de Ibérica de Sonorización y Telecomunicaciones, Ibersontel, S.L.

Con fecha 21 de septiembre de 2012 se ha recibido en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la entidad Ibérica de Sonorización y Telecomunicaciones, Ibersontel, S.L. (en adelante, IBERSONTEL) mediante el cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 5 de julio de 2012 a la que se refiere el Antecedente de Hecho Primero, alegando lo siguiente:

- Para garantizar la suficiente capilaridad de las redes de los operadores alternativos es preciso acceder a las facilidades de uso de las salidas laterales de los registros (cámara o arqueta), y que aunque la recurrente lo alegó en el procedimiento, la Resolución recurrida no establece un procedimiento concreto para ello.
- Ante esa situación regulatoria, TESAU restringe a una el número de salidas laterales que los operadores pueden solicitar en cada Solicitud de Uso Compartido (SUC), aunque

¹ Recurso que ha sido desestimado íntegramente mediante Resolución del Consejo de esta Comisión de 8 de noviembre de 2012.



existan más en ese mismo registro, limitando el uso eficiente de las infraestructuras compartidas y la capilaridad de los despliegues de red de los operadores alternativos.

- IBERSONTEL solicita que se incluya expresamente la posibilidad de que los operadores puedan solicitar en la misma SUC el uso de distintas salidas laterales de un mismo registro que puedan necesitar para alcanzar los domicilios de los abonados, sin que se tengan que solicitar diferentes SUCs, y que TESAU no pueda rechazarlo, facilitando que desde un único empalme se puedan tender cables ópticos a distintos domicilios, aprovechando las diferentes salidas laterales existentes.

SEXTO.- Recurso de reposición de France Telecom España, S.A.U.

Con fecha 21 de septiembre de 2012 se ha recibido en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la entidad France Telecom España, S.A.U. (en adelante, ORANGE) mediante el cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 5 de julio de 2012 a la que se refiere el Antecedente de Hecho Primero, solicitando que se incluyan en el ámbito de la Oferta MARCo todas las infraestructuras de TESAU también en zonas no urbanas y no sólo las canalizaciones, y en particular incluyendo los postes.

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

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechado el día 21 de agosto de 2012, se informó a las entidades recurrentes y a los demás interesados del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación de los recursos de reposición antes citados, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

En el mismo escrito se les informaba de la acumulación de la tramitación de los recursos en virtud de lo establecido en el artículo 73 de la LRJPAC, habida cuenta de la íntima conexión e identidad sustancial del objeto de los mismos.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la misma LRJPAC, se dio traslado a los interesados de una copia no confidencial de los escritos de interposición de los recursos de reposición, informándoles de que disponían de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento si así lo estimaban conveniente a sus intereses.

OCTAVO.- Resolución de 21 de agosto de 2012 declarando la confidencialidad de parte de los escritos de interposición de los recursos de TESAU y de IBERSONTEL.

TESAU solicitaba en el Otrosí Digo y el Otrosí Solicito de su recurso que fuese declarada la confidencialidad de determinados datos, informaciones y gráficos contenidos en el escrito de interposición de su recurso señaladas expresamente como confidenciales, dado el carácter sensible de la misma y cuyo conocimiento por terceros, y especialmente por sus competidores, pudiera afectar a su secreto comercial e industrial de la recurrente.



Por otra parte, en el escrito de IBERSONTEL se adjuntan copias de varios correos electrónicos remitidos por empleados de la propia IBERSONTEL y de TESAU con detalles de la operativa interna de ambos operadores en ejecución de lo establecido en la Oferta MARCo, y además con datos personales de varios empleados de ambas entidades.

Mediante acto del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de agosto de 2012 se notificó a TESAU e IBERSONTEL y a los demás interesados que, de conformidad con lo establecido en el artículo 37.5.d) de la LRJPAC y en el artículo 9.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), se había resuelto lo siguiente:

- Declarar la confidencialidad frente a terceros de los datos, informaciones y gráficos contenidos en las páginas 40 a 44 del escrito de interposición del recurso de reposición de TESAU.
- Declarar la no confidencialidad de la información y datos contenidos en las páginas 35, 37, 38 y 39 del escrito de interposición del recurso de reposición de TESAU, por no afectar al secreto comercial e industrial de la recurrente.
- Declarar la confidencialidad frente a terceros de las copias de los correos electrónicos contenidas en la página 3 y en el Anexo 1 del escrito de interposición del recurso de reposición de IBERSONTEL.

NOVENO.- Alegaciones de los interesados.

9.1.- Alegaciones de TESAU.

TESAU efectuó alegaciones a los otros 4 recursos de reposición mediante 2 escritos cuya entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión fue registrada los días 22 y 31 de agosto de 2012, en los cuales manifestaba fundamentalmente lo siguiente:

- En general se opone a los 4 recursos por estimar que pretenden reabrir asuntos ya resueltos por esta Comisión en la Resolución recurrida en una especie de nuevo trámite de audiencia, y sin existir motivación alguna para ello, algo no previsto en la normativa reguladora de los recursos administrativos.
- En relación con el recurso de R CABLE, TESAU se opone además al mismo por querer imponer nuevas obligaciones, singularmente las de tener que facilitar información adicional sobre los postes y la de tener que asumir los costes de las visitas de campo. Por todo lo cual solicita que se desestime íntegramente el recurso de R CABLE.
- En relación con el recurso de JAZZTEL, TESAU se opone al mismo por estimar improcedente que se pretenda que tenga que admitir a *priori* todas las solicitudes del Servicio MARCo independientemente de su uso posterior correcto o incorrecto, pues estima que la normativa sectorial ya permite que los eventuales conflictos y discrepancias se diriman por esta Comisión mediante el oportuno procedimiento. Por todo lo cual solicita que se desestime íntegramente el recurso de JAZZTEL.
- En relación con el recurso de IBERSONTEL, TESAU se opone igualmente al mismo por no existir dificultad alguna en solicitar diferentes salidas laterales en la misma SUC, práctica habitual de otros operadores; y por no existir saturación real para poder instalar nuevos cables de salida en los registros, es decir, no es necesario solicitar un elemento



de empalme en cada salida. Por lo tanto, y entendiendo que lo solicitado por IBERSONTEL ya está contemplado en la Oferta MARCo, TESAU solicita que se desestime íntegramente su recurso.

- En relación con el recurso de ORANGE, TESAU se opone asimismo al mismo por querer ampliar el ámbito de la Oferta MARCo a las infraestructuras en general en zonas no urbanas y no circunscribirlo a las canalizaciones y conductos, que a juicio de TESAU es el alcance real de la Oferta MARCo. Por todo lo cual solicita que se desestime íntegramente el recurso de ORANGE.

En síntesis, TESAU solicita que se desestimen íntegramente los otros 4 recursos de reposición. Asimismo solicita que varios cuadros y gráficos contenidos en las páginas 5 y 6 de su escrito de 31 de agosto de 2012 y sus 4 Anexos (Anexos 1-A, 1-B, 2-A y 2-B) sean declarados confidenciales por afectar a su secreto comercial e industrial.

TESAU efectuó nuevamente alegaciones mediante un escrito cuya entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión fue registrada el día 24 de octubre de 2012, en el cual aportaba como Anexo un informe recopilando y sintetizando las alegaciones efectuadas en otros procedimientos relativas a la utilización de las mallas flexibles y de los minitubos rígidos para la compartición de canalizaciones y conductos:

- A juicio de TESAU, la utilización de las mallas flexibles resultaría problemática a nivel técnico y operativo, y propone como alternativa la utilización de los minitubos rígidos, detallando los aspectos técnicos y operativos de uno y otro sistema.
- Asimismo TESAU solicita que varias informaciones, datos, cuadros y gráficos contenidos en las páginas 3, 4, 6, 7, 8, 9, 12, 16, 17, 22, 25, 26, 27 y 31 del Anexo del escrito de alegaciones de 24 de octubre de 2012 sean declarados confidenciales por afectar a su secreto comercial e industrial.

9.2.- Alegaciones de Vodafone España, S.A.U.

La entidad Vodafone España, S.A.U. (en adelante, VODAFONE) efectuó alegaciones a los 5 recursos de reposición presentados mediante un escrito cuya entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión fue registrada el día 4 de septiembre de 2012, en el cual manifestaba fundamentalmente lo siguiente:

1. Muestra su conformidad con las manifestaciones y solicitudes formuladas en el recurso de JAZZTEL en relación con la necesidad de mantener la obligación de TESAU de tener que solicitar la adopción de una medida cautelar para poder denegar el acceso a sus infraestructuras.
2. Muestra su conformidad con las manifestaciones y solicitudes formuladas en el recurso de R CABLE en relación con el procedimiento y costes relativos a la sustitución de postes, en cuanto que suponen nuevos activos de la red de TESAU.
3. En relación con el recurso de TESAU, VODAFONE se opone al mismo en las siguientes cuestiones:
 - 3.1) Está de acuerdo con la provisión del acceso supervisor a esta Comisión y considera que se ajusta a Derecho;
 - 3.2) Estima que TESAU alega la normativa de prevención de riesgos laborales con el único fin de arrogarse un deber de vigilancia de los trabajos y entorpecer el despliegue



de red de otros operadores; por lo tanto, se muestra favorable a mantener la obligación de que tenga que solicitar una medida cautelar previa a esta Comisión para poder denegar el acceso a los conductos por motivos de seguridad laboral;

3.3) Se opone a la alegación de que las cesiones de fibras entre operadores tengan que obtener la autorización por escrito de TESAU, ya que la habilitación de un operador para utilizar los servicios de la Oferta MARCo puede comprobarse fácilmente consultando el Registro de Operadores, y señala que en otras Ofertas mayoristas no se requiere dicha autorización;

3.4) Se opone a la pretensión de que las diferentes alternativas de subconducción existentes en el mercado tengan que ser previamente homologadas por TESAU, y señala que lo resuelto por esta Comisión al respecto es una solución esencial para el aprovechamiento de los ductos y para el acceso de los operadores a los mismos;

3.5) Manifiesta que la información de los sistemas debe ser veraz y actualizada para el correcto funcionamiento de la Oferta MARCo, y al tener precios orientados a costes éstos deberían incluir, entre otros, los costes de actualización y mantenimiento de los sistemas, por lo que rechaza las alegaciones de TESAU sobre el excesivo coste de esos trabajos, del servicio de atención telefónica para la validación de las solicitudes, o de los trabajos para asumir el aumento del límite de SUCs, que es esencial para no ralentizar o paralizar los trabajos de despliegue NGN de los operadores alternativos;

3.6) Se opone a la alegación de TESAU de que la modificación de la Oferta MARCo para introducir una nueva modalidad de entrega de señal mediante ductos requeriría de una previa revisión del análisis del mercado relevante (Mercados 4 y 5), ya que la normativa no obliga a ello y dificultaría y ralentizaría cualquier revisión de las Ofertas una vez aprobadas, impidiendo su adaptación a las necesidades del mercado en cada momento.

4. Muestra su conformidad con las manifestaciones y solicitudes formuladas en el recurso de IBERSONTEL en cuanto a la necesidad de concretar en la Oferta MARCo que los operadores pueden hacer uso de las distintas salidas laterales asociadas a un registro.
5. Muestra su conformidad con las manifestaciones y solicitudes formuladas en el recurso de ORANGE en lo relativo a la necesidad de incluir en la Oferta MARCo todas las infraestructuras de TESAU en zonas no urbanas, y no sólo las canalizaciones.

VODAFONE concluye su escrito solicitando que se tengan en cuenta sus alegaciones en la Resolución de los recursos de reposición objeto del presente procedimiento.

9.3.- Alegaciones de ORANGE.

ORANGE efectuó alegaciones al recurso de reposición de TESAU mediante un escrito cuya entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión fue registrada el día 5 de septiembre de 2012, en el cual manifestaba fundamentalmente lo siguiente:

1. Declara su conformidad general con la Resolución de 5 de julio de 2012 objeto de recurso.
2. Se opone a las alegaciones de TESAU sobre la presunta desproporción del coste de los trabajos para asumir el aumento del límite de SUCs de los operadores, ya que suponen una fracción menor del total de accesos gestionados (la mayoría para despliegue de red propia, es decir, en autoprestación), y estima que el aumento de carga de trabajo se



puede gestionar de manera eficiente con los recursos internos de TESAU; en opinión de ORANGE el aumento del límite de SUCs es esencial para no ralentizar o paralizar los trabajos de despliegue de red de los operadores alternativos, para poder emular los despliegues que está realizando TESAU, y denuncia prácticas de obstaculización y retrasos injustificados en la validación de los SUCs;

3. Está conforme con el nuevo servicio de validación telefónica de las SUCs, y frente a las alegaciones de TESAU de que le suponen costes desproporcionados económicos y de recursos, ORANGE alega que por el contrario el sistema permitirá ahorrar costes y tiempo al poderse aclarar y corregir a la mayor brevedad las posibles incorrecciones y carencias de las solicitudes.

ORANGE concluye su escrito de alegaciones solicitando que se desestime íntegramente el recurso de reposición de TESAU.

El resto de interesados no efectuaron alegaciones.

DÉCIMO.- Resolución de 31 de octubre de 2012 declarando la confidencialidad de parte de los escritos de alegaciones de TESAU.

TESAU solicitaba en sus escritos de alegaciones de 31 de agosto y de 24 de octubre de 2012 que fuese declarada la confidencialidad de determinados datos, informaciones y gráficos contenidos en ambos escritos señaladas expresamente como confidenciales, dado el carácter sensible de los mismos y cuyo conocimiento por terceros, y especialmente por sus competidores, podía afectar a su secreto comercial e industrial de la recurrente.

Mediante acto del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 31 de octubre de 2012 se notificó a TESAU y a los demás interesados que, de conformidad con lo establecido en el artículo 37.5.d) de la LRJPAC y en el artículo 9.1 de la LGTel, se había resuelto lo siguiente:

- Declarar la confidencialidad frente a terceros de los datos, informaciones y gráficos señalados expresamente como confidenciales y contenidos en las páginas 5 y 6 y el los Anexos 1-A, 1-B, 2-A y 2-B del escrito de alegaciones de TESAU de 31 de agosto de 2012, y en las páginas 8, 9, 12, 16, 17, 25, 26, 27 y 31 del Anexo del escrito de alegaciones de TESAU de 24 de octubre de 2012.
- Declarar la no confidencialidad de la información y datos contenidos en las páginas 3, 4, 6, 7 y 22 del Anexo del escrito de alegaciones de TESAU de 24 de octubre de 2012, por no afectar al secreto comercial e industrial de la recurrente.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación de los escritos de interposición de los recursos.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de



alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley, y cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma LRJPAC.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y en el artículo 117 se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

Los escritos presentados por JAZZTEL, R CABLE, TESAU, IBERSONTEL y ORANGE cumplen con los requisitos establecidos en los antes citados artículos 107.1 y 116.1 de la LRJPAC, ya que:

- El acto impugnado, la Resolución del Consejo de 5 de julio de 2012 sobre la revisión de la Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (MARCo) de Telefónica, es firme en vía administrativa, dado que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa (artículo 48.17 de la LGTel)
- Las entidades recurrentes califican expresamente sus escritos como recursos de reposición, e invocan varias causas de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad previstas en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC.
- Y los recursos han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley.

Por tanto procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar los escritos de JAZZTEL, R CABLE, TESAU, IBERSONTEL y ORANGE presentados los días 6, 7, 9 y 13 de agosto de 2012 como recursos potestativos de reposición interpuestos contra la Resolución del Consejo de 5 de julio de 2012 sobre la revisión de la Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (MARCo) de Telefónica.

SEGUNDO.- Legitimación de las entidades recurrentes.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. Las entidades recurrentes ostentan la condición de interesados, por cuanto que ya lo eran en el procedimiento número MTZ 2011/1477, y además se ven directamente afectados por las decisiones regulatorias adoptadas en la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 5 de julio de 2012 que le puso fin: en el caso de TESAU en cuanto titular de las redes de infraestructuras y conductos afectada por las obligaciones regulatorias de la Oferta MARCo; y en el caso de las demás entidades recurrentes, por ser potenciales entidades usuarias y beneficiarias de los servicios regulados en la Oferta MARCo.

En atención a lo anterior, se reconoce legitimación activa a JAZZTEL, R CABLE, TESAU, IBERSONTEL y ORANGE para la interposición de los recursos potestativos de reposición objeto de la presente Resolución.



TERCERO.- Admisión a trámite.

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

Los recursos de reposición interpuestos por JAZZTEL, R CABLE, TESAU, IBERSONTEL y ORANGE cumplen con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, se han presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y vienen fundamentados en varios motivos de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley:

- JAZZTEL solicita en su recurso que se modifique la Resolución impugnada en el sentido de mantener la obligación de TESAU de tener que solicitar la adopción de una medida cautelar para poder denegar el acceso a sus infraestructuras. Es decir, considera que la Resolución recurrida no se ajusta plenamente a la normativa sectorial de telecomunicaciones, lo que constituirá una causa de anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico (artículo 63.1 de la LRJPAC).
- R CABLE solicita en su recurso que se modifique la Resolución impugnada en relación con varios aspectos del reparto de los costes de sustitución y mantenimiento de los postes y de la migración de sistemas a los entornos NEON y EXCAPEX, y alega asimismo motivación insuficiente de algunas decisiones regulatorias contenidas en el acto impugnado en las citadas materias. Es decir, considera por una parte que la Resolución recurrida no se ajusta plenamente a la normativa sectorial de telecomunicaciones, lo que constituirá una causa de anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico (artículo 63.1 de la LRJPAC); y por otra parte alega motivación insuficiente, lo que constituirá una causa de nulidad de pleno derecho (artículo 62.1.e) de la LRJPAC).
- TESAU alega vulneración de sus derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la defensa (en lo relativo al acceso supervisor, que considera una medida desproporcionada), y asimismo alega motivación insuficiente e infracción del procedimiento legalmente establecido para la modificación de las Ofertas Mayoristas y la normativa sectorial de telecomunicaciones y de prevención de riesgos laborales, y para establecer obligaciones de contenido imposible y desproporcionadas. Es decir, considera por una parte que la Resolución recurrida no se ajusta plenamente a la normativa sectorial de telecomunicaciones, lo que constituirá una causa de anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico (artículo 63.1 de la LRJPAC); y por otra parte alega vulneración de sus derechos fundamentales, motivación insuficiente, vulneración del procedimiento legalmente establecido e imposición de actos de contenido imposible, lo que constituirán causas de nulidad de pleno derecho (artículo 62.1, letras a), c) y e) de la LRJPAC).
- IBERSONTEL solicita en su recurso que se incluya expresamente la posibilidad de que los operadores puedan solicitar en la misma SUC el uso de distintas salidas laterales de un mismo registro que puedan necesitar para alcanzar los domicilios de los abonados, sin que se tengan que solicitar diferentes SUCs, y que TESAU no pueda rechazarlo. Es decir, considera que la Resolución recurrida no se ajusta plenamente a la normativa sectorial de telecomunicaciones, lo que constituirá una causa de anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico (artículo 63.1 de la LRJPAC).



- ORANGE solicita en su recurso que se incluyan en el ámbito de la Oferta MARCo todas las infraestructuras de TESAU también en zonas no urbanas y no sólo las canalizaciones, y en particular incluyendo los postes. Es decir, considera que la Resolución recurrida no se ajusta plenamente a la normativa sectorial de telecomunicaciones, lo que constituirá una causa de anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico (artículo 63.1 de la LRJPAC).

Por todo lo anterior procede la admisión a trámite de los recursos de reposición de JAZZTEL, R CABLE, TESAU, IBERSONTEL y ORANGE.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver los recursos de reposición de JAZZTEL, R CABLE, TESAU, IBERSONTEL y ORANGE objeto de la presente Resolución corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

Los citados recursos de reposición deberán ser resueltos, y su Resolución notificada, en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del primero de los recursos mencionados, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley, y siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre las modificaciones técnicas y operativas solicitadas por las entidades recurrentes.

1.1.- Sobre el uso de varias salidas laterales de un mismo registro.

IBERSONTEL solicita que se incluya expresamente la posibilidad de que los operadores puedan solicitar en la misma SUC el uso de distintas salidas laterales de un mismo registro que puedan necesitar para alcanzar los domicilios de los abonados, sin que se tengan que solicitar diferentes SUCs, y que TESAU no pueda rechazarlo.

TESAU alega al respecto que las manifestaciones de IBERSONTEL son más propias de un trámite de audiencia, y en cualquier caso manifiesta que el actual procedimiento permite la solicitud de distintos laterales en una misma Solicitud de Uso Compartido (SUC), ya sea en distintos registros o en el mismo registro.

En respuesta a la alegación de IBERSONTEL hay que poner de manifiesto que los operadores ya vienen utilizando las distintas salidas laterales existentes en los registros cursando distintas SUCs, sin que hasta la fecha se hayan comunicado a esta Comisión que existan problemas asociados relativos a dicha práctica. El procedimiento vigente consiste en solicitar el registro tantas veces como salidas laterales se vayan a emplear, tal y como alega TESAU, y esta Comisión considera adecuado y no restrictivo de las necesidades de los operadores, por lo que no resulta necesario modificar la Oferta MARCo en este punto.



1.2.- Sobre el uso de las diferentes infraestructuras de TESAU en ámbitos no urbanos.

ORANGE y VODAFONE alegan que en el Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 11.6 de la Resolución recurrida (página 76), al ampliar el uso de las infraestructuras de TESAU al ámbito no urbano, se recurre al término “canalizaciones” en lugar de “infraestructuras”, lo que a su juicio puede ocasionar que TESAU pueda acogerse a dicho matiz gramatical para permitir el uso de los conductos en zonas no urbanas pero no el de otras infraestructuras asociadas, por ejemplo las cámaras de registros o los postes.

A dichas alegaciones debe responderse que, efectivamente, el acceso de los operadores en zonas no urbanas no se limita a las canalizaciones y conductos sino que se extiende a todas las infraestructuras de obra civil asociadas y necesarias para la prestación de los servicios de la Oferta MARCo (incluidos los registros y los postes). Si bien esta Comisión cree que dicho alcance se puede deducir fácilmente del espíritu de la Oferta MARCo, ante la posible ambigüedad y confusión que pueda crearse con el uso indistinto de los términos “canalizaciones” e “infraestructuras” en algunos párrafos del Punto 11.6 de la Resolución recurrida, esta Comisión considera procedente estimar el recurso de reposición de ORANGE y las alegaciones de VODAFONE en este extremo y modificar la redacción del último párrafo del Apartado 11.6 del Fundamento de Derecho Tercero de la Resolución de 5 de julio de 2012 (página 76), debiendo quedar redactada en los siguientes términos:

“Modificación de la oferta

*El ámbito de aplicación de la oferta de referencia abarcará todas aquellas **infraestructuras de obra civil** de Telefónica que los operadores necesiten para desplegar sus redes de acceso NGA, entendiéndose incluidos los tramos ubicados en zonas no urbanas.”*

1.3.- Sobre el pago recurrente de los postes tras la disponibilidad de la infraestructura.

R CABLE alega que los pagos recurrentes que deben sufragarse cuando se lleva a cabo un cambio de postes deberían hacerse efectivos solamente a partir del momento en que las infraestructuras están disponibles para el operador, y no antes (en el informe de audiencia se había establecido así, aunque en la Resolución se excluyó sin motivo aparente).

A dicha alegación debe responderse que resulta justificada la solicitud de R CABLE puesto que de acuerdo con el principio de proporcionalidad y con el espíritu de la normativa sectorial de telecomunicaciones, este servicio, y en general cualquier servicio mayorista, debe facturarse únicamente desde la fecha de su efectiva disponibilidad para el operador. De hecho ya se exponía de esta manera en el Informe de Audiencia (Fundamento Tercero, Apartado 4.18, página 33) remitido a los interesados. En consecuencia esta Comisión admite la procedencia de estimar el recurso de reposición de R CABLE en este extremo y modificar la redacción del Apartado 4.18 del Fundamento de Derecho Tercero de la Resolución de 5 de julio de 2012 (página 39), añadiéndose un nuevo ítem al sub-apartado “Modificación de la oferta”, debiendo quedar redactado en los siguientes términos:

“Modificación de la oferta

Se añadirán a la oferta los puntos siguientes:



- *Cuando concurra la necesidad de sustituir un poste por otro de superiores prestaciones, Telefónica deberá remitir al operador un proyecto que justifique la necesidad de emplear el modelo propuesto.*
- *Tras la aprobación del proyecto por parte del operador, Telefónica deberá registrar la fecha en que solicite las autorizaciones administrativas oportunas, así como la fecha en que se le concedan.*
- *La instalación/sustitución de los postes por parte de Telefónica deberá efectuarse en el plazo máximo de 40 días laborales, contados a partir de la obtención de los permisos correspondientes.*
- *El proceso de instalación/sustitución de postes deberá quedar reflejado de forma adecuada en la herramienta NEON.*
- ***La fecha de inicio de la facturación irá ligada al instante en que Telefónica confirme al Operador que ya ha realizado la sustitución de los postes, puesto que sólo entonces está disponible la infraestructura.***

1.4.- Sobre el reparto de los costes relativos a la sustitución de postes.

R CABLE y VODAFONE alegan que los costes de sustitución de postes deberían ser, al menos, compartidos por TESAU, en lugar de ser íntegramente sufragados por los operadores, ya que a su juicio parte de esos trabajos de mantenimiento y mejora de los postes benefician también a TESAU, de manera similar a lo establecido para las canalizaciones.

A dicha alegación debe responderse que en la Resolución recurrida (ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 5.5, páginas 45 a 47) ya se argumentó que, de manera similar a lo que ocurre en el caso de las canalizaciones, los costes se imputan en función de cuál es el operador realmente beneficiario de los trabajos. Por tanto, cuando la sustitución de postes se lleva a cabo a petición del operador y es éste el único operador que utiliza estos postes, debe asumir los costes, ya que TESAU no incurriría en costes de sustitución si el operador no lo requiriese (páginas 46 y 47). Cuando los beneficiarios de la sustitución o mantenimiento de los postes sean varios operadores, los costes se distribuirán entre ellos.

En las alegaciones de las recurrentes no se aportan nuevos argumentos que justifiquen modificar lo dispuesto.

No obstante lo anterior debe recordarse que, tal y como alega R CABLE, TESAU no puede repercutir al operador el coste recurrente mensual de los postes sustituidos cuyo coste de sustitución ya ha asumido íntegramente. En efecto, dicho criterio es el que se viene empleando cuando un operador construye una nueva infraestructura por saturación de las existentes (por ejemplo, un ramal), y carecería de lógica y de justificación que en estas situaciones TESAU repercutiese costes mensuales por el uso de una infraestructura sufragada por los operadores.

1.5.- Sobre la interrupción del servicio por obras de modificación de las infraestructuras.



R CABLE considera que cuando se ejecuten obras de modificación de infraestructuras civiles TESAU debería informar a los Promotores que vayan a llevar a cabo las obras de todos aquellos operadores que se encuentran ubicados en la infraestructura, de forma que los mismos puedan participar en la gestión del desvío.

En respuesta a esta alegación hay que indicar que en la Resolución objeto de recurso (ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 5.10, páginas 54 a 56) ya se ha impuesto a TESAU la obligación de informar sobre la existencia de un expediente administrativo a todos aquellos operadores que pudieran verse afectados por la modificación de infraestructuras *“tan pronto como conozca de su existencia, y en todo caso en un plazo máximo de veinte días”* (ver páginas 55 y 56 de la Resolución recurrida, en el apartado de modificación de la cláusula 19.1 del documento Anexo VIII “Contrato-Tipo” de la Oferta MARCo, en especial el párrafo segundo, página 56), por lo que los operadores deberían disponer del tiempo suficiente para poder planificar la posible modificación de su red.

Por otra parte, la propuesta de R CABLE de extender las obligaciones de comunicación de TESAU más allá de las relaciones que en el contexto de la Oferta MARCo ha de mantener con operadores terceros sería una medida desproporcionada. En efecto, una vez efectuada la comunicación a los operadores por parte de TESAU relativa a la modificación de infraestructuras, deberán ser los propios operadores afectados los que gestionen con las respectivas administraciones públicas o promotores de las obras el desvío de sus infraestructuras.

1.6.- Sobre los usos permitidos y no permitidos por la Oferta MARCo.

JAZZTEL se muestra disconforme con la eliminación del requisito previo de solicitud de una medida cautelar para denegar una petición de acceso cuando TESAU considere que la solicitud corresponde a un uso no acorde con lo permitido en la Oferta MARCo.

En respuesta a esta alegación hay que señalar que es reiterativa de la realizada en la fase de tramitación del procedimiento y que la Resolución recurrida ya responde a la misma (ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 11.1, páginas 68 y 69) en los siguientes términos:

- La necesidad de dictar una medida cautelar era una medida excepcional, que respondía a una salvaguarda que se introdujo con la puesta en marcha del Servicio Marco por tratarse éste de un servicio incipiente, y con el objetivo de poder controlar y evitar el riesgo de numerosas denegaciones por parte del operador con poder significativo en el mercado (Operador con PSM).
- Transcurrido un plazo prudencial desde la puesta en marcha del servicio, y teniendo en cuenta que la conflictividad ha sido relativamente baja, en la actual revisión de la Oferta MARCo se ha considerado innecesario mantener esta cautela.
- En todo caso, al igual que con el resto de ofertas mayoristas, si TESAU denegara el acceso a los operadores alternativos de forma injustificada, éstos siempre podrían plantear el correspondiente conflicto ante esta Comisión para que adopte todas las medidas que estime necesarias para que quede asegurado el efectivo cumplimiento por parte de TESAU de sus obligaciones como Operador con PSM en este mercado mayorista de acceso.



1.7.- Sobre la no inclusión de los Anexos en materia de prevención de riesgos laborales.

TESAU solicita que se incluyan en la Oferta MARCo la obligatoriedad de suscribir por parte de los operadores los Anexos contractuales en materia de prevención de riesgos laborales (ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 10, páginas 65 a 67).

VODAFONE, por el contrario, considera que TESAU alega la normativa de prevención de riesgos laborales con el único fin de arrogarse un deber de vigilancia de los trabajos y entorpecer el despliegue de red de otros operadores, y señala que si se incorporasen dichos Anexos con carácter obligatorio, se estaría vulnerando el ordenamiento jurídico.

A estas alegaciones ya se responde en la Resolución recurrida (ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 10, página 67), en el siguiente sentido:

- Por una parte no es necesaria la inclusión de los Anexos de prevención de riesgos laborales ya que existe la obligación general de todos los operadores de actuar respetando el ordenamiento jurídico vigente, dentro del cual está la normativa de prevención de riesgos laborales.
- Por lo tanto, y ante la falta de consenso de los interesados sobre la inclusión de dicha obligación en los Anexos contractuales que proponía TESAU, se adoptó un enfoque prudente y se acordó no incorporarlos al Contrato-Tipo de la Oferta MARCo, pues dado el contenido altamente especializado de dichos anexos, es difícil apreciar el impacto que dicha inclusión puede tener en la prestación del servicio.
- Sin perjuicio de lo anterior, los operadores pueden suscribir tales acuerdos de forma voluntaria (según TESAU algunos operadores han firmado los Anexos de prevención de riesgos laborales de forma voluntaria) por lo que no parece que en la práctica existan motivos regulatorios suficientes que hagan necesario un pronunciamiento de esta Comisión al respecto.
- Por otra parte, y no obstante todo lo anterior, al no haberse cuestionado su inclusión en la oferta MARCo por parte de los citados operadores, sí se ha incorporado al Contrato-Tipo de la Oferta MARCo el “Anexo VII. g) Procedimiento de Telefónica de PRL en postes de madera” y el “Anexo VII. h) Parte de seguridad de trabajos en espacios confinados”.

1.8.- Sobre los acuerdos de cesión de fibra entre operadores.

TESAU considera que la modificación introducida en la Resolución recurrida, en relación con la posibilidad de que los operadores compartan o cedan capacidad sobre su red, concretamente la posibilidad de cesión de fibras entre operadores autorizados, sin que medie autorización escrita previa de TESAU puede dar lugar a que los operadores alternativos cedan su fibra a receptores que hagan un uso indebido del Servicio MARCo (como podría ser que las Administraciones Públicas presten servicios en autoprestación), o a otros operadores u organismos que no cumplan las garantías exigidas por la citada Oferta MARCo.



En contestación a esta alegación, que en realidad es una reiteración de la ya realizada en la fase de instrucción del procedimiento culminado mediante la Resolución recurrida, nos remitimos a lo manifestado en la Resolución recurrida (ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 11.2, páginas 69 a 71), que se expresaba en el sentido siguiente:

- Mediante la firma del contrato de servicios de la Oferta MARCo, TESAU se compromete a ceder parte de su infraestructura al operador autorizado el cual, a su vez, se obliga a realizar un “uso autorizado” de aquellas infraestructuras sobre las que ostentará un derecho de uso (de conformidad con la Cláusula 9.1 del Contrato-Tipo). Esta previsión también es de aplicación en aquellos supuestos en los que el operador autorizado decida ceder parte de su capacidad a un tercer operador.
- En este sentido se afirmaba que *“ni la Resolución de mercados 4 y 5 ni la Resolución MARCo han impuesto la necesidad de que el servicio minorista deba ser prestado directamente por el operador que despliega la red, por lo que no existe en principio límite alguno para que un operador pueda ceder sus fibras a otro operador con el objetivo último de prestar un servicio minorista.”*, y se añadía que *“la compartición/cesión de fibras en ningún caso conllevaría una transmisión total o parcial a terceros de derechos y obligaciones dimanantes del contrato de servicios de la Oferta MARCo, con lo que no sería necesaria la previa autorización de la otra parte (en este caso de Telefónica) para llevar a cabo la citada transmisión.”*
- Por tanto, no cabe sino reiterar lo dispuesto en la Resolución recurrida y no se estima necesario realizar ninguna modificación al respecto en la oferta de referencia, ya que queda suficientemente claro que la cesión de fibras a operadores no autorizados para hacer uso de los servicios de la Oferta MARCo no supondría un uso conforme con las obligaciones que el operador cedente debe asumir en el contexto de los servicios de la Oferta MARCo.

1.9.- Sobre la correcta obturación de los conductos en relación con el uso de soluciones de subconductación alternativas no homologadas por TESAU.

TESAU se opone expresamente a la utilización del sistema de “mallas flexibles” porque a su juicio está acreditado que esta solución técnica no permite una correcta obturación de los conductos y existirían riesgos laborales para los trabajadores, además de incumplir las Normas UNE y la normativa interna de la recurrente. Asimismo indica que tampoco lo permite el uso de determinados cables en los conductos de 40mm.

La recurrente propone que se introduzca en la Oferta MARCo la necesidad de homologación, por parte de TESAU o subsidiariamente por laboratorios acreditados, de los recursos de subconductación para la compartición de infraestructuras de forma eficiente, y señala que ya existe una solución alternativa a las mallas flexibles, los “minitubos rígidos”, ya homologados por TESAU y que sí permitirían una correcta obturación de los conductos.

En respuesta a estas alegaciones hay que poner de manifiesto que las mismas son reiterativas de las ya efectuadas en la fase de instrucción del procedimiento cuya Resolución es objeto de recurso, así como en otros procedimientos previos, y que ya han sido respondidas en la Resolución de 5 de julio de 2012 de constante referencia (ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartados 3.1 y 3.2, páginas 6 a 13). Y en este sentido hay que poner de manifiesto que TESAU no ha aportado, en el momento procedimental oportuno, ningún documento o medio de prueba que acredite fehacientemente que esta



solución técnica impida el cumplimiento de la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales o de la normativa UNE; y que la función de la revisión en vía administrativa es revisar la legalidad del acto y no volver a decidir sobre la oportunidad o la idoneidad de las alternativas posibles. Por lo tanto, nos remitimos a lo ya manifestado en la Resolución impugnada en el siguiente sentido:

- Por una parte ya se ha señalado la existencia de la obligación general de todos los operadores de actuar respetando el ordenamiento jurídico vigente, dentro del cual está la normativa de prevención de riesgos laborales. En este sentido esta Comisión es consciente de la importancia de las políticas de prevención de los riesgos laborales, y así se ha reflejado en la Oferta MARCo, al establecerse que los operadores deben circunscribir sus actuaciones a dichas políticas, y asumir las consecuencias legales de su incumplimiento cuando no lo hagan.
- No obstante lo anterior, y frente a las pretensiones de TESAU de asumir en exclusiva el control de las soluciones de subconductación a utilizar y de imponer sus criterios de homologación de soluciones (que en la práctica posibilitaría que TESAU pudiera impedir la utilización de otras soluciones de subconductación existentes en el mercado y propuestas por los operadores), en la Oferta MARCo se ha optado por rechazar esas pretensiones, y por otorgar la misma credibilidad a todos los operadores (a TESAU y a los operadores alternativos) a la hora de determinar qué soluciones técnicas de subconductación resultan acordes con la normativa y las políticas de prevención de riesgos laborales, bajo la premisa de que dichos operadores también son capaces llevar a cabo procesos de prueba y validación de soluciones. De hecho VODAFONE y ORANGE, entre otros, han comunicado a esta Comisión la realización de pruebas e instalaciones de las soluciones contempladas en la Oferta MARCo en infraestructuras -distintas a las de TESAU-, con resultados positivos (todo esto ya se respondió en la Resolución recurrida, ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 3.1, página 9).
- En consecuencia, esta Comisión no puede acceder a las pretensiones de TESAU e imponer la solución de los minitubos cuando los operadores prefieran optar por las mallas flexibles, siendo ambas soluciones perfectamente válidas a nivel regulatorio siempre que se instalen respetando la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales, y siendo ambas soluciones ya probadas en el mercado y en varios países de nuestro entorno. Los operadores deberán elegir una u otra solución –mallas flexibles o minitubos rígidos- e instalarlas respetando la citada normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales (también a nivel de obturación de conductos, cuestión que parece preocupar especialmente a TESAU), y en el caso de que incumplan dicha normativa, deberán responsabilizarse de las consecuencias de la avería o incidencia producida (todo esto ya se respondió en la Resolución recurrida, ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 3.1, páginas 10 y 11).

1.10.- Sobre el uso de cables de 512 fibras ópticas de salida de las centrales.

TESAU se opone a la nueva obligación impuesta en la Resolución recurrida por la cual se le obliga a permitir el uso de un nuevo tipo de cable de 512 fibras ópticas (ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 3.3, páginas 13 a 15), que según la recurrente no está aún en el mercado ni está diseñado ni homologado, e indica que ella misma no emplea cables de 512 fibras en el interior de los edificios. Señala que de forma previa a su uso deberían ser homologados para verificar ciertos parámetros de protección contra incendios (propagación de llama, emisión de humos, etc.).



A esta alegación debe responderse que, tal y como ya se contestó en la Resolución recurrida (ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 3.3, página 14):

- El uso de cable de 512 fibras, de mayor capacidad que los instalados hasta ahora, redundaría en el mejor aprovechamiento del espacio disponible y reduce los costes de despliegue, por lo que se considera muy positivo para facilitar y potenciar el incipiente despliegue de redes FTTH de los operadores alternativos; *“Más preocupante sería lo contrario, es decir, la instalación de cables de baja capacidad en los tramos de salida de las centrales, lo que consume idénticos recursos –un subconducto por cable- y resulta en un aprovechamiento poco óptimo de los mismos”.*
- Puesto que es TESAU quien instala dichos cables bajo demanda de los operadores, tiene en cualquier caso la opción de seleccionar el fabricante y modelo que ofrezca las garantías de calidad y seguridad requeridas. Cabe señalar que los modelos de cables ya validados por TESAU ofrecerán garantías muy similares con independencia de su capacidad, ya sea 128, 256 ó 512 fibras, garantías que en cualquier caso serán muy superiores a las que presenten los numerosos cables instalados décadas atrás en las centrales de TESAU.
- Lo que carecería de sentido sería establecer barreras de entrada a los operadores de forma arbitraria cuando lo requerido en este caso no tiene un impacto negativo –más bien al contrario- en la infraestructura de TESAU.

En definitiva, no se observan motivos para que los operadores no puedan requerir a TESAU la instalación de cables de 512 fibras.

1.11.- Sobre el plazo máximo para verificar y dar por cerrada la instalación del operador.

Según TESAU, el plazo de 12 meses para dar por cerrada una instalación de un operador es inadecuado e insuficiente para poder revisar todas las infraestructuras compartidas existentes con los medios disponibles, y para poder detectar algunos defectos y deficiencias en las infraestructuras que sólo son conocidos a largo plazo o cuando se produce una incidencia, además de no existir un procedimiento de imputación de costes ni de aceptación en la Oferta MARCO.

Esta alegación es reiterativa de las efectuadas en la fase de instrucción del procedimiento cuya Resolución se recurre, y no se aportan argumentos ni datos adicionales sobre el supuesto contenido imposible de la obligación, por lo que hay que remitirse a lo expuesto en la Resolución de 5 de julio de 2012 (ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 4.15, página 37):

- Un plazo de verificación excesivamente corto puede acarrear mayores riesgos que beneficios puesto que, al condicionarse la obligación del operador alternativo de reparar un posible defecto de obra a que TESAU lo detecte en un plazo excesivamente corto, se está dificultando la labor de verificación de instalaciones y detección de incorrecciones y, al no poder obligarse al responsable de los defectos a realizar la reparación de los mismos, se está poniendo en peligro la integridad de las infraestructuras. En este sentido las instalaciones defectuosas por parte de los operadores de hecho se están produciendo en la práctica, por lo que la adopción de medidas dirigidas a paliar dichas prácticas es justificable.



- No obstante lo señalado, tampoco es aceptable que TESAU pueda reclamar con carácter indefinido por supuestas incorrecciones cuya responsabilidad pueda atribuirse a los operadores. Por lo tanto debe establecerse una ventana temporal para limitar dicha responsabilidad, aunque debe ser lo bastante amplia para que TESAU pueda realizar las tareas de verificación de los trabajos efectuados. Así, se considera que un plazo de 12 meses cumple los requisitos señalados, es un plazo suficiente, sin que pueda calificarse de cumplimiento imposible, pero al mismo tiempo no es indefinido.

1.12.- Sobre la actualización de la información del estado de las infraestructuras.

Según TESAU, incorporar a los sistemas la información sobre el estado de las infraestructuras tiene un coste muy elevado tanto a nivel económico como de tiempo, aun cuando esta Comisión admitió que no era necesario registrar la asignación jerárquica de cables, subconductos y conductos. Afirma que de hecho no realiza este trabajo en autoprestación por su elevado coste.

VODAFONE indica al respecto que los precios de los servicios de la Oferta MARCo están orientados a los costes de producción que deberían incluir todos los trabajos de actualización de los sistemas de información, más un determinado margen, por lo que en ningún caso las obligaciones que recaen sobre TESAU en cuanto a recopilación de información van a suponerle una carga injustificada.

Esta alegaciones son reiterativas de las efectuadas en la fase de instrucción del procedimiento cuya Resolución se recurre, y no se aportan argumentos ni datos adicionales sobre el supuesto contenido imposible de la obligación, por lo que hay que remitirse a lo expuesto en la Resolución impugnada (ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 4.4, páginas 24 y 25):

- La disponibilidad de una base de datos de infraestructuras de obra civil de TESAU y de los cables en ella tendidos, no sólo es necesaria para el eficiente desarrollo de los servicios mayoristas, sino que además viene promovida por la normativa comunitaria vigente².
- Aunque hasta ahora no se haya elaborado dicha base de datos, en la medida en la que el despliegue de fibra óptica de TESAU y el uso de los servicios de la Oferta MARCO se extiende, TESAU está recopilando la información necesaria para crear dicha herramienta y deberá incorporarla a sus sistemas de información (CARPE/ESCAPEX) y ponerla a disposición de los operadores que hagan uso del servicio mayorista.
- Para que el coste no sea excesivo no se obliga a realizar auditorías, como reclamaba algún operador, sino que la obligación se limita a registrar el grado de ocupación de las canalizaciones, prescindiendo de su asignación jerárquica, que permita estimar con bastante aproximación el grado de ocupación de las infraestructuras, lo que supone una

² Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de acceso); 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); Recomendación de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2007 (2007/879/CE) relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva marco; y Recomendación de la Comisión Europea de 20 de septiembre de 2010 (2010/572/UE) relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación (NGAs).



mejora apreciable en la calidad de la información facilitada a la vez que evita un sobrecoste significativo.

- En sucesivos procedimientos de revisión de precios mayoristas TESAU podrá aportar datos que justifiquen cualquier incremento en los costes que se haya producido, de forma que esta Comisión pueda actualizarlos debidamente.

1.13.- Sobre el sistema de atención telefónica para la validación de solicitudes.

Según TESAU, incorporar un nivel de interlocución telefónica para realizar las validaciones de las SUCs conlleva un alto coste.

VODAFONE manifiesta por el contrario que no existe carga injustificada por tener que asumir los costes en los precios orientados a costes, y además que el servicio es esencial para no ralentizar o paralizar los trabajos de despliegue NGN de los operadores alternativos. En este mismo sentido ORANGE afirma que dicha medida en ningún caso supone un aumento en el consumo de recursos de ninguna de las partes, sino todo lo contrario, que permitirá ahorrar costes y tiempo al poderse aclarar y corregir a la mayor brevedad las posibles incorrecciones y carencias de las solicitudes más problemáticas.

A esta alegación de TESAU debe responderse nuevamente que en la Resolución de 5 de julio de 2012 (ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 4.7, páginas 28 y 29) ya se señaló que *“Es necesario identificar mecanismos que permitan disminuir el porcentaje de solicitudes con errores, en particular cuando dichos errores se producen reiteradamente, hasta una proporción más razonable. Dichos mecanismos deben ser funcionales y operativos”*, y en consecuencia que *“se estima adecuado, tal como requieren algunos operadores, establecer un nivel de interlocución por vía telefónica al que puedan recurrir los operadores ante situaciones de rechazo reiterado, esto es, desde el momento en que una SUC sea declarada incorrecta por segunda vez”* (página 29).

Asimismo ya se ha señalado que en sucesivos procedimientos de revisión de precios mayoristas TESAU podrá aportar datos que justifiquen cualquier incremento en los costes que se haya producido, de forma que esta Comisión pueda actualizarlos debidamente.

1.14.- Sobre nuevos límites de solicitudes a atender semanalmente por TESAU.

Según TESAU, los nuevos límites establecidos en el número de solicitudes SUC que pueden cursarse semanalmente son demasiado elevados y desproporcionados ya que la demanda actual es limitada e irregular, los operadores tienen planificaciones muy diferentes y suelen incumplir y cambiar sus previsiones, y además redimensionar constantemente los servicios de TESAU para atender dichos requerimientos tendría un coste muy elevado.

VODAFONE y ORANGE reiteran sus anteriores alegaciones sobre los costes (que deben estar incluidos en los precios mayoristas del servicio, y por tanto no cabe alegar desproporción en la medida) y consideran adecuado adaptar los volúmenes de peticiones a tramitar al ritmo de despliegue de los operadores. Además alegan que las pretensiones de TESAU de restringir el número máximo de solicitudes a tramitar semanalmente no pueden servir para limitar la capacidad de los operadores de realizar despliegues de red comparables a los del incumbente.



A esta alegación de TESAU debe responderse que, tal y como se ha expuesto en la Resolución recurrida (ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 4.8, página 30), *“La oferta de referencia no puede establecer condicionantes que coarten la iniciativa de operadores con voluntad de inversión. Telefónica no se autoimpone tal tipo de limitaciones, por lo que la exigencia de las mismas de modo generalizado a los operadores alternativos vulneraría el principio de no discriminación. En este sentido, los datos de despliegue facilitados por algunos operadores parecen evidenciar que los actuales cupos resultan excesivamente restrictivos”*. En consecuencia, los límites en el número de solicitudes que pueden cursarse deben adaptarse al ritmo de despliegue de los operadores, y no al revés, puesto que si se adopta el enfoque contrario, como parece sugerir TESAU, se estaría obstaculizando el despliegue de redes NGA en España. Y es evidente que la política regulatoria de esta Comisión no puede tener de ninguna manera dicho efecto.

Asimismo, en cuanto a la reiterativa alegación del sobrecoste del servicio, ya se ha señalado que en sucesivos procedimientos de revisión de precios mayoristas TESAU podrá aportar datos históricos que justifiquen cualquier incremento en los costes que se haya producido, de forma que esta Comisión pueda actualizarlos debidamente y, en su caso, incorporarlos al procedimiento de determinación del precio mayorista del servicio.

1.15.- Sobre la intervención directa de los operadores en la reparación de obstrucciones de los conductos.

TESAU alega que, ante la decisión regulatoria de permitir que los operadores efectúen directamente la desobstrucción de los conductos y de obligar a TESAU a asumir los costes asociados a la desobstrucción, debería dársele la oportunidad de aceptar los costes asociados de forma previa a la intervención. Asimismo solicita que se le puedan facturar al operador los costes de acompañamiento si TESAU decide supervisar los trabajos. Y señala además que la reparación de obstrucciones nunca ha sido motivo de retraso.

En respuesta a estas alegaciones debe señalarse en primer lugar que el objetivo de la regulación en este asunto es evitar retrasos en las reparaciones de las canalizaciones, y hay que señalar que si TESAU no incurriese en retrasos significativos en la reparación de averías por obstrucción difícilmente optarían los operadores por encargarse personalmente de dicha tarea. La medida se ha dispuesto en la Resolución impugnada (ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 5.2, páginas 41 y 42) precisamente para evitar, como diversos operadores vienen denunciando, demoras sustanciales en la reparación de las canalizaciones por parte de TESAU. En este sentido, si se admitiese la facultad de TESAU de aceptar el presupuesto de reparación del operador, la medida podría devenir ineficiente al otorgarse a TESAU la posibilidad de incurrir en retrasos adicionales, e incluso de bloquear completamente la reparación mediante el rechazo del presupuesto.

Igualmente hay que poner de manifiesto que la facturación al operador por tareas de acompañamiento y supervisión de TESAU equivale a vaciar de sentido a la presente medida, dado el desincentivo que supone al operador el tener que afrontar costes adicionales si opta por llevar a cabo directamente la reparación. Debe tenerse en cuenta que la posibilidad de supervisar los trabajos del operador se incorpora en la oferta como medida voluntaria para que TESAU pueda constatar, si lo desea, que los trabajos se desarrollan con normalidad, pero en ningún momento es el operador quien lo solicita o precisa para realizar los trabajos.



1.16.- Sobre el uso de los servicios de la Oferta MARCo para efectuar tendidos de entrega de señal de los servicios de la OBA.

En relación con el uso de las canalizaciones de la Oferta MARCo efectuar tendidos de entrega de señal de los servicios de la OBA, TESAU se opone a dicha medida regulatoria sobre la base de las mismas alegaciones que ya efectuó en la fase de tramitación del procedimiento cuya Resolución se recurre, así como en anteriores procedimientos (singularmente en el número MTZ 2011/2045, culminado mediante la Resolución de 31 de mayo de 2012, y en el recurso de reposición planteado contra la misma, número AJ 2012/1407, íntegramente desestimado mediante la Resolución de 8 de noviembre de 2012), y que se resumen en la alegación general de que ni en las Resoluciones de definición y análisis de Mercados vigentes, ni en las Recomendaciones de Mercados y de redes NGAs, ni en la Directiva de Acceso se prevé que se puedan utilizar recursos de la Oferta MARCo, regulada únicamente para despliegues de nuevas redes NGA, para prestar servicios de la OBA de entrega de señal de redes tradicionales de cobre.

A esta alegación debe responderse reiterando lo ya manifestado al respecto en la Resolución de 5 de julio de 2012 (ver Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 11.7, páginas 76 a 78):

- La medida regulatoria de permitir a los operadores el uso de las canalizaciones de la Oferta MARCo efectuar tendidos de entrega de señal de los servicios de la OBA está justificada para permitir a los operadores alternativos *“mejorar la eficiencia de su red de transporte en las zonas sin presencia de medios propios y donde el alquiler de capacidad impide a los operadores alternativos crecer eficientemente según se incrementa el número de usuarios y sus demandas de capacidad”* (página 77).
- Esta medida, solicitada por algunos operadores, constituye una solución intermedia entre el despliegue de medios propios (infraestructuras) y el alquiler de capacidad, *“que permitan a los operadores alternativos competir eficientemente y en igualdad de condiciones en zonas donde las soluciones actualmente existentes no son óptimas”* (página 77), y se justifica en que *“Telefónica ostenta una posición de ventaja al disponer de recursos que le permiten competir más eficientemente en el segmento de conectividad de equipos OBA con su red de transporte. Está por tanto justificado que se dispongan facilidades equivalentes para los operadores”* (página 77).
- En cuanto al incremento en el consumo del espacio disponible en las canalizaciones de salida de las centrales, *“su impacto potencial en la efectividad de la compartición de recursos es limitado puesto que en el presente procedimiento se han dispuesto las medidas necesarias para optimizar el uso racional de los mismos (técnicas de subconductación de eficiencia mejorada)”* (página 77).
- Asimismo debe tenerse en cuenta que el cableado que los operadores instalen como consecuencia de esta medida, *“si bien será empleado en primera instancia para el Servicio de Entrega de Señal para la red de acceso de cobre, tenderá en el futuro, debido a la evolución natural de las redes y servicios, a emplearse como soporte para las redes de acceso sobre fibra óptica que los operadores desplieguen”* (página 77).
- Y en todo caso el uso de esta facilidad queda condicionada *“a las limitaciones que se establezcan en la OBA en lo concerniente al tamaño de las centrales”* y a *“aquellas canalizaciones donde no concurren las situaciones de escasez de espacio recogidas en el anexo técnico de la oferta MARCo”* (página 78).



En definitiva, que la medida se ajusta a la normativa y la regulación vigente, es proporcional y está justificada y suficientemente motivada.

SEGUNDO.- Sobre las alegaciones de TESAU relativas a la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la recurrente por la obligación de facilitar el acceso supervisor a esta Comisión.

Según TESAU, la obligación regulatoria de ofrecer un “acceso de supervisor” permanente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en los sistemas de gestión de los servicios de la Oferta MARCo, sería en su opinión nulo de pleno derecho por vulnerar el derecho fundamental al secreto de sus comunicaciones de empresa. A su juicio dicha medida sería una especie de “inspección continua e ilimitada” de carácter “prospectivo”, y por tanto desproporcionada y arbitraria, puesto que carecería de un objetivo concreto y limitado, de una motivación adecuada, de un procedimiento garantista y reglado, de cobertura legal suficiente y de la necesaria autorización judicial.

Vodafone por su parte considera que no se vulnera el secreto de las comunicaciones, y que esta Comisión posee habilitación competencial suficiente.

En respuesta a la alegación de TESAU cabe realizar las siguientes consideraciones:

- 2.1. El mero acceso en modo consulta a una plataforma informática no puede calificarse en modo alguno de “intervención”, ya que no pretende modificar los datos contenidos en la misma ni orientar en modo alguno la actividad de sus usuarios, es decir, influir en los procesos comerciales entre operadores y TESAU. El acceso en modo lectura por parte de esta Comisión a interfaces de comunicación entre operadores no es un hecho excepcional y aislado fruto de este procedimiento, sino que ya ha sido exigido anteriormente, por ejemplo en materia de acceso al nodo central de portabilidad móvil para el correcto cumplimiento de sus atribuciones en esta materia (ver página 10 y apartado 6.1.3, página 12, del Anexo de la Resolución del Consejo de esta Comisión de 7 de julio de 2011 sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles (expediente número DT 2009-1660).
- 2.2. En el mismo sentido, es importante señalar que, en contra de lo afirmado por TESAU, la presente medida responde a los mismos objetivos (control de una Oferta Mayorista regulada, en este caso, la Oferta MARCo) y es de una intensidad equiparable a la medida impuesta por esta Comisión mediante la Resolución de su Consejo de 10 de noviembre de 2011 (expediente DT 2011/738) en relación con el acceso por la CMT a los módulos de la plataforma NEON responsables de la gestión de información, averías e incidencias de provisión del conjunto de servicios mayoristas ofrecidos al amparo de ofertas reguladas (ver Fundamento 7.7, página 27).
- 2.3. Tampoco cabe calificar este acceso como medida “desproporcionada”, pues guarda relación directa con el objetivo que se persigue, que es precisamente la supervisión de las obligaciones específicas que TESAU tiene en relación con sus servicios mayoristas, y que han venido siendo expresamente fijadas a través de la regulación ex ante de mercados (en particular, la regulación de los mercados mayoristas de banda ancha, Mercados 4 y 5).



- 2.4. Para que esta supervisión sea efectiva es necesario disponer de información de primera mano, cosa que no está garantizada en el caso de apoyarse en informes facilitados por la parte supervisada, esto es, la propia TESAU. Información que, como se deduce del propio texto recurrido, procederá de todos los aspectos del servicio mayorista a supervisar (gestión de las solicitudes de provisión y su progresión por los sistemas, ciclo de vida de las incidencias asociadas a estos procesos de provisión, gestión de las averías asociadas al servicio, y servicios de información asociados a las infraestructuras de soporte y planta), dado que todos estos aspectos generan información que, como tal, es gestionada por la plataforma NEON (y actualmente, las plataformas CARPE/EXCAPEX). El acceso supervisor por parte de esta Comisión a esta información se limita por tanto a la mera labor de supervisión del correcto funcionamiento en la prestación del servicio mayorista regulado, conforme a los parámetros y obligaciones que TESAU ha debido asumir en tanto operador con poder significativo de mercado.
- 2.5. Además, dicha supervisión se verificaría mediante el acceso a la información por los medios ya dispuestos por TESAU para el resto de usuarios, con lo que el impacto de la medida en cuanto a costes debería ser lógicamente reducido. De hecho, se trata de una medida de gran eficiencia desde el punto de vista operativo, puesto que se facilitará así a esta Comisión la información que necesita de manera rápida, eficaz, barata y ágil para TESAU, evitando lo que de otro modo serían voluminosas peticiones periódicas de información que resultarían engorrosas a la hora de ser atendidas mediante procedimientos manuales. Esta Comisión se limita por tanto a hacer uso de una herramienta que TESAU ha debido implementar y poner a disposición de terceros, en aras de garantizar la efectividad en el funcionamiento de la citada herramienta.
- 2.6. Respecto de la causa inmediata que justifica la medida, es notoria para esta Comisión, y a ello se ha referido en varias de sus Resoluciones sobre otras Ofertas Mayoristas³: la existencia de una cierta conflictividad en las relaciones entre TESAU y los operadores que hacen uso de sus servicios mayoristas regulados. A fin de resolver posibles situaciones contradictorias, donde las versiones de las partes pueden ser profundamente dispares, es preciso disponer de información fiable e independiente, y así pueden considerarse, hasta cierto punto, los datos obtenidos en bruto directamente de la plataforma NEON y plataformas equivalentes, al tratarse de datos perfectamente neutros y a los que esta Comisión accede en modo consulta, de manera puramente pasiva. El acceso a la citada información permitirá a la Comisión disponer además de los instrumentos adecuados para ir perfilando las áreas que son susceptibles de mejora en la provisión de servicios mayoristas, en el caso que del análisis de la información disponible se detecten deficiencias que requieran su modificación.
- 2.7. En cuanto a si la presente es una obligación de las derivadas del análisis de los mercados de referencia que llevó a cabo esta Comisión, cabe reiterar que la presente medida se enmarca dentro de las obligaciones de transparencia en el sentido más evidente del término, entendida como una obligación mayorista esencial para garantizar el desarrollo del mercado en condiciones de competencia efectiva. Permitir el acceso del regulador, de forma directa, a los parámetros indicadores del devenir del mercado mayorista es un claro ejercicio de transparencia que debe poder ser exigible a un

³ Ver, por ejemplo, entre las más recientes, las Resoluciones del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de julio de 2011 sobre la modificación de la OBA en relación a los traspasos de operador y al Plan de Gestión del Espectro para la señal VDSL2 (DT 2010/1756); y de 24 de noviembre de 2011 de Revisión de la Oferta AMLT (DT 2011/1216).



operador con peso significativo en el mercado considerado. El alcance de la obligación de transparencia debe ser el que establezca la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y no la propia TESAU, ya que conforme al artículo 9.3 de la Directiva de acceso corresponde a esta Comisión determinar “*la información concreta que deberá ponerse a disposición, el nivel de detalle exigido y la modalidad de publicación.*” El artículo 7.2 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, se expresa en estos mismos términos.

- 2.8. Además, conforme al artículo 48.3 de la LGTel, esta Comisión tiene precisamente por objeto la supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones, y en virtud del artículo 9 de la LGTel tiene atribuida la facultad de requerir en el ámbito de su actuación la información necesaria para el cumplimiento de sus fines. Es decir, la Comisión tiene competencias para recabar de TESAU toda la información que requiera para llevar a cabo sus funciones de supervisión de las obligaciones que le han sido impuestas. En este sentido, el nuevo artículo 8.5 de la Directiva marco establece en su letra b) que las Autoridades Nacionales de Regulación (ANRs) “*aplicarán principios reguladores objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados (...) garantizando que, en circunstancias similares, no se dispense un trato discriminatorio a las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.*” Es tal la relevancia de este precepto (referido a la supervisión de la obligación de no discriminación), que la Comisión Europea ha iniciado el proceso para fijar los criterios comunes que deberían ser asumidos por las ANRs en la aplicación de este principio⁴.
- 2.9. Por último, y debido a todo lo anterior, no cabe calificar esta medida de supervisión regulatoria como una inspección, ni una “inspección continua”, porque no lo es. No persigue unos objetivos particulares, ni está limitada en el tiempo, ni tiene la consideración formal de actuación previa a la incoación de un expediente sancionador. Obviamente, si el análisis de estos datos ofreciese indicios de que se está cometiendo de una infracción, ello podría dar lugar a la realización de una inspección formal que eventualmente lo constatare, pero como una actividad completamente separada e independiente de la ahora considerada, y en un procedimiento *ad hoc*, diferente de las actividades supervisoras. Es decir, cualquier actividad de inspección a resultados de la cual pudiera derivarse la existencia de responsabilidad del operador declarado con poder significativo de mercado (OPSM) sería un procedimiento diferente y singular y estaría en todo caso sometida a los cauces legalmente previstos, atendiendo en particular a las previsiones contenidas en el artículo 50 de la LGTel y con pleno respeto de los derechos de TESAU.

En todo caso, esta cuestión también ha sido planteada por TESAU en vía contencioso-administrativa⁵, por lo que al ser un asunto que está *sub iudice*, esta Comisión no puede

⁴ La Comisión Europea ha sacado a consulta el pasado 3 de octubre de 2011 un cuestionario sobre la aplicación y supervisión de la obligación de no discriminación: *Questionnaire for the public consultation on the application of a nondiscrimination obligation under article 10 of the Access directive (including functional separation under article 13a)*. Está disponible en la siguiente dirección URL en Internet:

http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomms/doc/library/public_consult/non_discrimination/non_discrimination_questionnaire.pdf

⁵ TESAU ha presentado un recurso contencioso-administrativo presentado ante la Audiencia Nacional el día 11 de septiembre de 2012 por presunta vulneración de los artículos 18 y 24 de la Constitución, y tramitado por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de dicho órganos judicial con el número de procedimiento Derechos Fundamentales 14/2012.



modificar de ninguna manera su decisión hasta que haya una resolución judicial firme al respecto.

En definitiva, el acceso supervisor regulado es una actividad ordinaria en el ejercicio de las competencias de supervisión del mercado propias de esta Comisión, y en consecuencia ni es una inspección, ni vulnera el secreto de las comunicaciones de TESAU.

TERCERO.- Sobre las alegaciones genéricas relativas a la existencia de indefensión por una presunta vulneración de los derechos de la recurrente.

TESAU alega por último en varias partes de su escrito que determinadas medidas regulatorias adoptadas en la Resolución recurrida serían desproporcionadas y arbitrarias y que vulnerarían su derecho fundamental a la defensa y que le podrían causar indefensión, fundamentalmente por haberse dado una vulneración del procedimiento legalmente establecido para la revisión de las Ofertas Mayoristas; y por establecerse algunas obligaciones desproporcionadas y arbitrarias o de contenido imposible, y con una motivación insuficiente.

En este sentido basta responder reiterando, una vez más, los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales⁶ expuestos en numerosas Resoluciones de esta Comisión en el sentido de negar radicalmente la existencia de indefensión alguna en este tipo de supuestos, ya que de conformidad con la doctrina jurisprudencial y constitucional vigente en esta materia, no cabe invocar el principio constitucional del derecho fundamental a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, contenido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, en el marco de un procedimiento administrativo de carácter no sancionador ya que la resolución del mismo es impugnabile en vía judicial y serán los jueces y Tribunales los que enjuicien eventuales vulneraciones del ordenamiento jurídico por parte de las Administraciones Públicas. La indefensión se produciría, en su caso, si se impidiese el acceso a la vía judicial.

Cabe indicar asimismo que TESAU ha tenido la posibilidad de impugnar potestativamente en vía administrativa, y en todo caso en vía contencioso-administrativa (hay que recordar que recurrir en reposición es potestativo, como establece el artículo 116.1 de la LRJPAC) la Resolución recurrida desde que fue notificada la misma, y asimismo la recurrente podrá hacerlo en vía contencioso-administrativa desde que sea notificada de la Resolución del presente recurso potestativo de reposición.

Frente a las alegaciones de TESAU sobre la existencia de supuestos incumplimientos del procedimiento legalmente establecido para la adopción de la Resolución recurrida, hay que responder nuevamente que, tal y como consta en los Antecedentes de Hecho y en los Fundamentos de Derecho de la Resolución impugnada, esta Comisión ha cumplido fielmente el procedimiento establecido para la revisión de la Oferta MARCo⁷ y en general toda la normativa sectorial nacional⁸ y europea⁹ aplicable.

⁶ Ver entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de fecha 15 de junio de 2004 (RJ 2004/7632) y de 26 de mayo de 2000 (RJ 2000/4801), y las Sentencias del Tribunal Constitucional número 65/1994, de 28 de febrero (RTC 1994-65), y número 178/1998, de 14 de septiembre (RTC 1998-178).

⁷ Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 22 de enero de 2009 de definición y análisis de los mercados de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (Mercados 4 y 5, expediente número MTZ 2008/626).

⁸ Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que



En definitiva, no resulta procedente atender la alegación de indefensión de la recurrente, ya que del contenido del expediente administrativo del procedimiento tramitado y de la Resolución impugnada se desprende claramente que se ha respetado en todo momento la legalidad vigente y la interpretación jurisprudencial de la misma, tanto a nivel procedimental general como en la aplicación de la normativa aplicable a los procedimientos de revisión de las Ofertas Mayoristas.

CUARTO.- Sobre la presunta falta de motivación de la Resolución recurrida.

Como ya se ha apuntado en los Antecedentes de Hecho y en el algunos apartados del Fundamento Jurídico Material Primero, a juicio de TESAU y de R CABLE la Resolución recurrida está incurso en causa de nulidad de pleno derecho, prevista en el artículo 62.1.a) de la LRJPAC, en relación con el artículo 54 de la LRJPAC, por carecer de motivación suficiente en algunos de sus aspectos. En concreto, TESAU alega motivación insuficiente para la modificación de las Ofertas Mayoristas y la normativa sectorial de telecomunicaciones y de prevención de riesgos laborales, y para establecer algunas obligaciones regulatorias, en especial para permitir el uso de algunos de sus recursos de red y para el reparto de determinados costes; y R CABLE alega asimismo motivación insuficiente de algunas decisiones regulatorias contenidas en el acto impugnado en lo relativo al reparto de costes en el tendido y mantenimiento de postes.

En respuesta a dichas alegaciones hay que señalar que, en relación a los requisitos de motivación de los actos y resoluciones administrativos, el artículo 54.1 de la LRJPAC establece que la motivación requerirá una “*sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho*”. El carácter “*sucinto*” de la motivación administrativa ha sido ratificado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias. En casos de motivación sucinta pero existente por parte de esta Comisión, los tribunales han declarado la plena validez del acto o resolución. Entre otras pueden citarse las SSTs de 15 de diciembre de 2009¹⁰, de 26 de mayo de 2009¹¹ y de 7 de marzo de 2006¹².

Por otro lado, y como ha señalado el Tribunal Supremo en distintas sentencias, y, entre otras, en la de de 3 de diciembre de 1996¹³ y de 3 de mayo de 1995¹⁴, la motivación de las resoluciones administrativas no exige una contestación exhaustiva y pormenorizada de la totalidad de las alegaciones efectuadas por los interesados a lo largo del procedimiento.

Pues bien, en el supuesto concreto de la Resolución recurrida se indican de forma pormenorizada las razones técnicas y jurídicas que han motivado todos aquellos aspectos respecto de los que TESAU y R CABLE manifiestan su disconformidad y que han llevado a esta Comisión a adoptar la decisión acordada y, siendo esto así, del contenido de la Resolución puede colegirse claramente las razones que determinaron la decisión final de esta Comisión, en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en sus Sentencias de 15 de enero de 2009¹⁵, 20 de mayo de 2008¹⁶ y 8 de marzo de 2006¹⁷.

se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.

⁹ Las antes mencionadas Directivas de acceso y marco de 2002 (modificadas en 2009), Recomendación de mercados pertinentes de 2007, y Recomendación de redes de acceso de nueva generación (NGAs) de 2010.

¹⁰ RC 2694/2007.

¹¹ RJ 2009\4401.

¹² RJ 2006\1668.

¹³ RJ 1996\8930.

¹⁴ RJ 1995\4050.



En la última Sentencia citada se dice que “*el controvertido acto administrativo estuvo suficientemente motivado: porque expresó la fundamentación fáctica y la justificación normativa de su decisión*”.

Y en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 2007¹⁸ relativa a una Resolución de esta Comisión y confirmada posteriormente por la antes citada STS de 15 de diciembre de 2009, se declara que:

“(…) es necesario tener en cuenta la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera idóneo, para el cumplimiento de los fines de la motivación del acto administrativo, dar a conocer al destinatario las auténticas razones de la decisión que se adopta y permitir frente a ella la adecuada defensa. Y, en el presente caso, no es posible ignorar que la resolución de la CMT de 16 de mayo 2005, además de aludir a la necesidad de información para satisfacción de necesidades estadísticas o de análisis de la situación de los distintos mercados que confluyen en la prestación de servicio y explotación de redes del sector de las comunicaciones electrónicas y audiovisuales, justifica la petición de información a Sogecable por su relevancia en el mercado de la televisión de pago, ante la necesidad que tiene la CMT, como regulador, de conocer las principales variables que, en cada modelo de negocio, resultan imprescindibles para la supervisión de un correcto desarrollo de la competencia en el mercado en cuestión.”

Otra cosa distinta es que TESAU y R CABLE no compartan los criterios utilizados por esta Comisión en la motivación de la Resolución recurrida, como recuerda la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 2007 al final de su Fundamento de Derecho Tercero:

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

Finalmente, cabe decir que una falta de motivación nunca constituye causa de nulidad del acto o resolución impugnados sino, en todo caso, su anulabilidad y siempre que produzca indefensión material y efectiva, y no meramente formal, tal y como indica el Tribunal Supremo en su jurisprudencia y, entre otras, en sus Sentencias de 8 de mayo de 2008¹⁹, de 13 de julio de 2004²⁰ y de 16 de julio de 2001²¹. Ello no sucede en el supuesto de la Resolución de 5 de julio de 2012 objeto de recurso, tal y como se ha razonado a lo largo de la presente Resolución.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar íntegramente el recurso de reposición de France Telecom España, S.A.U. contra la Resolución de 5 de julio de 2012, dictada en el marco de la tramitación del expediente número MTZ 2011/1477, sobre la revisión de la Oferta Mayorista de Acceso a

¹⁵ RJ 2009\467.

¹⁶ RJ 2008\5296.

¹⁷ RJ 2006\5702.

¹⁸ JUR 2007\52343.

¹⁹ RJ 2008\2642.

²⁰ RJ 2004\4203.

²¹ RJ 2001\6684.



Registros y Conductos (MARCo) de Telefónica, y en consecuencia modificar la redacción del último párrafo del Apartado 11.6 del Fundamento de Derecho Tercero de la misma (página 76), quedando redactada en los siguientes términos:

“Modificación de la oferta

*El ámbito de aplicación de la oferta de referencia abarcará todas aquellas **infraestructuras de obra civil** de Telefónica que los operadores necesiten para desplegar sus redes de acceso NGA, entendiéndose incluidos los tramos ubicados en zonas no urbanas.”*

SEGUNDO.- Estimar parcialmente el recurso de reposición de R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A. contra la Resolución de 5 de julio de 2012, dictada en el marco de la tramitación del expediente número MTZ 2011/1477, sobre la revisión de la Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (MARCo) de Telefónica y, en consecuencia, modificar la redacción del Apartado 4.18 del Fundamento de Derecho Tercero de la misma (página 39), añadiéndose un nuevo ítem al sub apartado “Modificación de la oferta”, debiendo quedar redactado en los siguientes términos:

“Modificación de la oferta

Se añadirán a la oferta los puntos siguientes:

- *Cuando concurra la necesidad de sustituir un poste por otro de superiores prestaciones, Telefónica deberá remitir al operador un proyecto que justifique la necesidad de emplear el modelo propuesto.*
- *Tras la aprobación del proyecto por parte del operador, Telefónica deberá registrar la fecha en que solicite las autorizaciones administrativas oportunas, así como la fecha en que se le concedan.*
- *La instalación/sustitución de los postes por parte de Telefónica deberá efectuarse en el plazo máximo de 40 días laborales, contados a partir de la obtención de los permisos correspondientes.*
- *El proceso de instalación/sustitución de postes deberá quedar reflejado de forma adecuada en la herramienta NEON.*
- ***La fecha de inicio de la facturación irá ligada al instante en que Telefónica confirme al Operador que ya ha realizado la sustitución de los postes, puesto que sólo entonces está disponible la infraestructura.”***

El recurso de reposición de R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A. se desestima en el resto de cuestiones planteadas.

TERCERO.- Desestimar íntegramente los recursos de reposición de Jazz Telecom, S.A.U., Telefónica de España, S.A.U. e Ibérica de Sonorización y Telecomunicaciones, Ibersontel, S.L. contra la Resolución de 5 de julio de 2012, dictada en el marco de la tramitación del expediente número MTZ 2011/1477, sobre la revisión de la Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (MARCo) de Telefónica.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del



Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 22.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, el artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

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