



AUDIENCIA NACIONAL
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección: 008
MADRID

PSS14 AUTO NO HA LUGAR SUSPENSION

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2008 0004664

Procedimiento: PIEZA SEPARADA DE SUSPENSION 0000765 /2008
0001

Sobre: ACCION ADMINISTRATIVA
De D./Dña. FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.
Procurador Sr./a. D./Dña. GUMERSINDO LUIS GARCIA FERNANDEZ
Contra COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES,
TELEFONICA DE ESPAÑA SAU
ABOGADO DEL ESTADO
CODEMANDADO: TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U
PROCURADOR: MANUEL LANCHARES PERLADO

AUTO

ILMO./A SR./SRA. PRESIDENTE/A

JOSE LUIS SANCHEZ DIAZ

ILMOS/AS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS

JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA

ISABEL PERELLÓ DOMENECH

JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

EDUARDO ORTEGA MARTIN

En MADRID, a treinta de Octubre de dos mil ocho

Dada cuenta; los anteriores escritos únanse a la presente pieza separada de suspensión, con entrega de copia a la parte contraria, y;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de France Telecom España, S.A. (FTES), ha interpuesto recurso contencioso administrativo contra las siguientes Resoluciones del la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones:

a) 8 de mayo de 2.008, por la que se adoptan de medidas cautelares en relación con el procedimiento para la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y la revisión del mercado de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles

metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales (MTZ 2008/626);

b) 31 de julio de 2.008 mediante la que se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Telefónica de España, S.A.U., Euskatel, S.A., France Telecom España, S.A., Cableuropa, S.A.U., y Tenaria S.A., Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL), Jazz Telecom, S.A.U., y Colt Telecom. España, S.A.U, contra la anterior resolución.

Por medio de otrosí solicita la adopción de las siguientes medidas cautelares:

a) la aplicación provisional del servicio mayorista denominado bucle virtual FTTH/GPON, previsto en la propia Resolución de 8 de mayo de 2.008 recurrida, sin la limitación temporal y condicional impuesta en el párrafo segundo de la página 14 de dicha resolución; b) subsidiariamente, para el solo caso de que no se estimara la solicitud de la medida cautelar indicada en el apartado a) anterior, la medida cautelar consistente en suspender la eficacia de la Resolución dictada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con fecha 31 de julio de 2.008, manteniendo la aplicación de la Resolución dictada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 8 de mayo de 2.008, y, en particular, la aplicación provisional del servicio mayorista denominado bucle virtual FTTH/GPON, previsto en la propia resolución de 8 de mayo de 2.008 recurrida, en los mismos términos en ella establecidos.

Adicional y acumulativamente a lo solicitado en las letras a) y b), solicita la adopción de la medida cautelar consistente en que, con carácter previo a la comercialización por TESAU de los servicios minoristas correspondientes a través del sistema FTTH/GPON, la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones proceda a la verificación de la efectiva disponibilidad para los operadores alternativos a TESAU de un servicio mayorista que permita a tales operadores la replicabilidad de los servicios minoristas de TESAU; la verificación por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones será condición previa y obligatoria a la comercialización.

SEGUNDO.- Las resoluciones impugnadas, respecto de las que se interesa la adopción de medidas cautelares, contienen, en síntesis, los siguientes pronunciamientos:

Resolución de 8 de mayo de 2.008.

1. En relación con la obligación de proporcionar acceso a las infraestructuras de obra civil instaladas en el dominio

público: a) atender las solicitudes razonables de acceso a las infraestructuras de obra civil, lo que incluye, entre otras, las canalizaciones, cámaras, conductos y postes; b) ofrecer el acceso a las infraestructuras de obra civil a precios orientados en función de los costes de producción a los operadores que así lo soliciten; c) no discriminación en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil; d) transparencia en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil.

2. En relación con la obligación de proporcionar el servicio bucle virtual FTTH/GPON, deberá ofrecer a los operadores que habiendo realizado dicha solicitud razonable así lo requieran, un servicio mayorista de bucle virtual FTTH/GPON que satisfaga las siguientes obligaciones: a) atender las solicitudes razonables de bucle virtual FTTH/GPON, lo que implica ofrecer a los operadores alternativos un servicio mayorista de bucle virtual FTTH/GPON que garantice la replicabilidad técnica de las capacidades de la red FTTH/GPON que se auto-presta para la realización de sus ofertas en el mercado minorista, servicio que deberá estar disponible en las centrales cabecera óptica FTTH/GPON desde las que TESAU accede a los edificios conectados a redes locales FTTH/GPON, y que deberá tener plenamente operativo y haberlo comunicado a la CMT y a los operadores que lo soliciten, en el plazo de 4 meses desde la publicación de la resolución. Transcurrido este plazo, TESAU deberá prestar el servicio en cada una de las centrales cabecera en que se solicite en el plazo de 1 mes desde la solicitud; b) ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de bucle virtual FTTH/GPON a los accesos FTTH; c) obligación de no discriminación en las condiciones de acceso virtual a los servicios de bucle virtual FTTH/GPON; d) transparencia en las condiciones de suministro del bucle virtual FTTH/GPON.

Resolución de 31 de julio de 2.008.

1. Estima parcialmente el recurso de reposición interpuesto por telefónica de España, S.A.

2. Elimina la obligación de proporcionar el servicio de bucle virtual FTTH/GPON.

3. Establece como condición previa para la comercialización de los servicios minoristas de Telefónica de España, SAU, la comprobación por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones del cumplimiento de los plazos comunicados por aquella en su escrito de 28 de julio.

TERCERO.- Formada pieza separada para la tramitación de las medidas cautelares, han evacuando alegaciones la Abogacía del Estado, Telefónica de España, SAU, y Asociación de

Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL).

CUARTO.- El Presidente de la Sección, don José Luis Sánchez Díaz, formula voto particular.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El planteamiento de las partes, en pro y en contra de las medidas cautelares, es el siguiente:

A) France Telecom España, S.A., se alza frente a las decisiones de la Comisión del Mercado de las telecomunicaciones, y con objeto de que sean adoptadas las cautelas que interesa, argumenta:

a) De no adoptarse las medidas provisionales sufriría un perjuicio grave e irreparable, pues desde el mes de octubre de 2.008 TESAU procederá a comercializar servicios minoristas a través de redes FTTH/GPON sin posibilidad de réplica por los operadores alternativos. Añade que TESAU está comercializando nuevos servicios minoristas sobre fibra óptica, denominados "Trío Futura", desde el mes de agosto de 2.008, sin que haya mediado por parte de la CMT la comprobación de los plazos anunciados por aquélla en su escrito de 28 de julio de 2.008, y que la mera oferta de acceso a la infraestructura civil -obligación también impuesta a TESAU- no garantiza la continuidad competitiva de los alternativos. Además, dice, al ser TESAU la única operadora que puede ofrecer servicios minoristas de gran ancho de banda, puede copar este mercado y cerrar a los alternativos, entre ellos France Telecom España, S.A., la posibilidad de alcanzar una base de abonados suficientemente amplia para hacer rentable una inversión en el despliegue de una red propia de fibra óptica y una posterior entrada, por esta vía, en el mercado minorista de servicios de gran ancho de banda.

Añade que varios comunicados de prensa anuncian que TESAU ya está comercializado los nuevos servicios TRÍO FUTURA prestados a través de fibra óptica, y que ha solicitado a TESAU una oferta (escritos de 23 de julio, 3 de marzo y 4 de septiembre) sin obtener respuesta.

b) La no adopción de las medidas cautelares ocasionaría perjuicio a los intereses generales o de tercero, en particular a los consumidores, que se verían privados de los beneficios de una competencia efectiva en el nuevo mercado minorista de gran ancho de banda, al no poder elegir entre ofertas de distintos proveedores alternativos.

c) La pretensión está amparada por una apariencia de buen derecho toda vez que las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones han sido adoptadas con vulneración de la legalidad vigente, menoscabando la competencia en el mercado de las telecomunicaciones. Así,

d) La Resolución de 31 de julio de 2.008 se aparta de forma injustificada y sin motivación del criterio sustentado en la de 8 de mayo de 2.008, vulnerando la obligación de motivación impuesta por la Ley. Además, infringe el principio de confianza legítima, causa indefensión y vulnera el artículo 24 CE.

e) La Resolución de 31 de julio de 2.008 es inválida porque incurre en incongruencia omisiva, causa indefensión y vulnera igualmente el artículo 24 CE. Así, aunque la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones realiza un pormenorizado resumen de las pretensiones de cada una de las partes recurrentes en vía de reposición, sin embargo, tan solo las pretensiones de TESAU son objeto de consideración y debida resolución.

En escrito complementario, tras valoración del material probatorio aportado por las partes, insiste en el carácter irreversible de lo daños que se le pueden ocasionar si no se adoptan las medidas cautelares solicitadas, así como en la apariencia de buen derecho de su pretensión.

B) La Abogada del Estado, por su parte, tras exponer una exégesis de lo que constituye el objeto litis, concreta su oposición a la pretensión de la recurrente en los siguientes términos: a) la suspensión constituye una excepción a la regla general de la ejecución de los actos administrativos, debiendo aplicarse restrictivamente; b) la ejecución de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 31 de julio de 2.008 no hará perder al recurso su finalidad legítima; c) sólo cuando la vulneración de la legalidad vigente sea manifiesta y evidente, sin necesidad de profundizar sobre el fondo del asunto, lo que no del caso, podrá entenderse que concurre el requisito de apariencia de buen derecho; d) la resolución recurrida, basta su mera lectura, se encuentra plenamente motivada.

C) La representación procesal de Telefónica de España, SAU, se opone a la adopción de las medidas cautelares interesadas con base en las siguientes alegaciones:

a) Las resoluciones objeto de recurso habrán sido sustituidas antes de que finalice el año 2.008, pues conforme al calendario aprobado por la CMT, en el mes de diciembre este Organismo tiene previsto dictar resolución por la que se apruebe el análisis de los mercados 4 y 5 y se establezcan las obligaciones exigibles a Telefónica de

España, SAU, en relación con el despliegue de redes y prestación de servicios de banda ultra-ancha sobre fibra óptica, lo que dejará sin contenido material no solo la pieza de medidas cautelares, sino también el recurso contencioso administrativo principal. Por otra parte, dice, el 10 de octubre de 2.008, la CMT ha sometido a consulta pública su informe propuesta con relación al análisis e imposición de obligaciones sobre los mercados 4 y 5, del que resultará la regulación de los servicios de gran ancho de banda y las nuevas redes de fibra óptica.

En este contexto, destaca que la CMT considera que los servicios con velocidades superiores a 30 Mbits/s, que se prestarán sobre redes de fibra, conforman un nuevo mercado, considerado emergente, que no debe gravarse inicialmente con obligaciones diferentes del acceso a los conductos e infraestructuras de Telefónica; y añade que la implantación de la fibra óptica en todo el territorio nacional es un proceso progresivo que requiere un despliegue de medios y de recursos tan importante que exige años de planificación y de ejecución.

b) Telefónica ha cumplido todos y cada uno de los compromisos adquiridos ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en particular el referido a la apertura del servicio de compartición de infraestructuras, viable y a disposición de todos los operadores desde el 16 de septiembre de 2.008.

c) La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, mediante su Resolución de 31 de julio de 2.008, elimina la obligación complementaria de proporcionar el servicio de bucle virtual FTTH/GPON a los operadores alternativos tras ponderar las razones que Telefónica de España, SAU, expuso en su escrito de reposición deducido frente a la Resolución de 8 de mayo.

d) Telefónica de España, SAU, no ha comercializado ningún servicio minorista abierto sobre fibra óptica. En concreto, señala, el servicio "Trío Futura" forma parte de una experiencia precomercial sobre fibra óptica, autorizada por la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones en Resolución de 28 de marzo de 2.008. Se trata de una experiencia piloto limitada a 5.000 clientes, sin limitación en cuanto a los instrumentos de difusión, y dotada de unas características cuyo impacto sobre otros operadores y, en general, el mercado de las telecomunicaciones es prácticamente nulo.

e) La red FOTON, cuya utilización para el desarrollo de la red FTTH France Telecom España, S.A., imputa a TESAU, es técnicamente incompatible con la red de fibra óptica.

D) Finalmente, la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL), en línea con lo manifestado por France Telecom, alega la necesidad de las medidas cautelares interesadas por esta operadora, so pena de impedir a los alternativos replicar los servicios minoristas que Telefónica va a prestar sobre la base de su red FTTH/GPON, y solicita que se tengan por realizadas las alegaciones expuestas en la solicitud de medidas cautelares interesadas en el recurso que ha interpuesto frente a las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

SEGUNDO.- Ex artículo 130 LRJCA, las medidas cautelares tienen por objeto asegurar la efectividad de la sentencia, pudiendo acordarse únicamente cuando, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la ejecución de la actividad administrativa impugnada pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso.

La exégesis del precepto conduce a las siguientes conclusiones: a) la adopción de la medida, exige de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, caso de estimarse el recurso; b) aún concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de los intereses en conflicto; y c) en todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el Órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada (STS 21 de marzo de 2.001).

Conforme a estos presupuestos, las cuestiones a considerar son la pérdida de la finalidad legítima del recurso y la ponderación de los intereses en conflicto, sin que ello suponga excluir la apreciación de la apariencia de buen derecho, pues a los efectos limitados en que es posible su valoración en el incidente de medidas cautelares, "los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen" (STS 14 de marzo de 2.006).

TERCERO.- Las resoluciones impugnadas se dictan en relación con del procedimiento para la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija, la designación de

operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y la revisión del mercado de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales, iniciado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el 7 de mayo de 2.008

Por otra parte, el marco jurídico en que se sitúa la controversia viene constituido, entre otros instrumentos, por la Recomendación de la Comisión de 17 de diciembre de 2.007, 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 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

También es preciso señalar la Directiva 2002/21/CE de 7 de marzo, del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva marco), relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

Finalmente, debe tenerse en cuenta la Resolución de 11 de mayo de 2.006, del Consejo del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se aprueba la definición del mercado de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de prestación de los servicios de banda ancha y vocales, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones específicas, resolución en la que, entre otras cuestiones, se establece que Telefónica de España, SAU, tiene individualmente poder significativo de mercado y se le imponen determinadas obligaciones.

CUARTO.- Expuestos los argumentos que esgrimen las partes en defensa de sus respectivas pretensiones, fácilmente se observa que el núcleo de la controversia se encuentra en la decisión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, adoptada en Resolución de 31 de julio de 2.008, consistente en eliminar la obligación inicialmente impuesta a Telefónica de España, SAU, de ofrecer a los operadores alternativos un servicio mayorista de bucle virtual FTTH/GPON que les posibilite lanzar ofertas en igualdad de condiciones.

Hay que matizar, sin embargo, que las pretensiones de France Telecom España, S.A., no se limitan a esta resolución, pues como primera medida cautelar interesa que se mantenga la Resolución de 8 de mayo de 2.008 sin la limitación temporal y condicional impuesta en el párrafo segundo de la página 14 de dicha Resolución, consistente en la concesión a TESAU de

un plazo de 4 meses para la puesta en funcionamiento del servicio, transcurrido el cual deberá ofrecerlo en el plazo de un mes desde la solicitud del operador alternativo.

En realidad, France Telecom España, S.A., más que discutir esta limitación temporal, que la discute, con lo que verdaderamente no está conforme es con el razonamiento que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones realiza en el cuerpo de su resolución (página 14, párrafo primero), a saber: "Así, en tanto que medida complementaria a la imposición de la obligación de permitir el acceso a las canalizaciones, este bucle virtual sólo podrá ser solicitado por quienes efectivamente pretendan desplegar su propia red, lo que implica que TESAU sólo tendrá que prestarlo a aquellos operadores que efectivamente soliciten el acceso a su infraestructura de obra civil, y solo respecto de aquellas centrales cabecera en cuyo ámbito estén las infraestructuras cuyo acceso pretendan los operadores".

La Sala no puede atender la pretensión de la recurrente porque las razones que se aducen, basadas en criterios de oportunidad, no la justifican. Tan solo alega que "vincular el acceso al indicado servicio de bucle virtual al despliegue por el operador solicitante de una red similar, generaba una clara situación de incertidumbre que desincentivaría a los operadores alternativos a la prestación de servicios minoristas a través de las indicadas redes virtuales, contraviniendo el objetivo perseguido por la CMT con la adopción de tales medidas cautelares, esto es, fomentar la continuidad del mercado competitivo". Este planteamiento, en criterio de la Sala, carece de base sólida, pues la incertidumbre que la recurrente alega, además de lo indeterminado del término, puede ser tanto un elemento desincentivador como un motivo de acicate para el operador alternativo. Además, se trata de una medida complementaria que mal puede ser atendida si primero no se no opta por acceder a la infraestructura de obra.

QUINTO.- La red FTTH/GPON constituye una tecnología de fibra óptica de nueva generación que permite, sin precisar soporte eléctrico, acceder al hogar del abonado (FTTH) ofreciéndole un servicio a alta velocidad de mayor calidad.

Según resulta de las actuaciones, el 22 de enero de 2.007 Telefónica de España, SAU, comunicó a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones su intención de llevar a cabo dos experiencias precomerciales, limitadas a Madrid y Barcelona y con duración de 6 meses -del 9 de marzo al 9 de septiembre de 2.007-, utilizando tecnologías FTTx/VDSL2 y TTTH/GPON. Entre otros, ofrecía los servicios TRIO (TV, acceso a internet y tarifa plana), DUO (TV y tarifa plana) y Línea Imagenio (TV paquete básico).

Mediante Resolución de 20 de febrero de 2.007, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, acordó inscribir en el registro de Operadores de Redes y Servicios de Comunicaciones Electrónicas a Telefónica como persona autorizada para realizar una nueva actividad consistente en la "explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas, basada en una red de acceso híbrida de fibra y par de cobre".

Posteriormente, Telefónica dirigió a la Comisión sucesivos escritos comunicándole las incidencias que, por diversos motivos, habían surgido en el curso de la experiencia piloto. Así,

- 23 de marzo de 2.007, comunicando el retraso del inicio de las experiencias.

- 13 de abril de 2.007, comunicando que el ámbito de actuación de las experiencias quedaba reducido a las 48 centrales de Madrid.

-7 septiembre 2.007, comunicando la ampliación de la duración de las experiencias por un período adicional de 6 meses.

- 3 de marzo 2.008, comunicando la ampliación del ámbito geográfico de las experiencias.

Por Resolución de 27 de marzo de 2.008, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, tras considerar que la ampliación solicitada por Telefónica en su escrito de 3 de marzo de 2.008 excedía de lo que puede considerarse prueba precomercial, dado el ámbito geográfico propuesto y el número de clientes, significativo y nada despreciable en términos de mercado, lo que podía tener impacto en el mercado de comunicaciones electrónicas, limita la experiencia a 5.000 clientes.

De lo hasta aquí expuesto no puede apreciarse que las experiencias precomerciales llevadas a cabo por Telefónica causen perjuicio irreparable a France Telecom, puesto que se realizan dentro del marco aprobado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y con unas características que, al menos a fecha de 27 de marzo de 2.008, originan un impacto "sobre otros operadores y, en general, sobre el mercado de las telecomunicaciones electrónicas, prácticamente nulo", según consta en la resolución del Organismo regulador de 27 de marzo de 2.008.

SEXTO.- Como quiera que el procedimiento para la definición y análisis del mercado de acceso no ha concluido, habida cuenta el desarrollo de las pruebas precomerciales realizadas por TESAU y en tanto no esté disponible el acceso

a la infraestructura de obra civil, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que ya en su Resolución de 11 de mayo de 2.006 identificó a TESAU como empresa con Poder Significativo de Mercado, mediante la Resolución de 8 de mayo de 2.008, impone a esta operadora, entre otras medidas cautelares, la obligación de proporcionar transitoriamente a los alternativos que lo soliciten la posibilidad de emular o replicar las capacidades de la red FTTH/GPON.

Sin embargo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, tras los recursos de reposición interpuestos por los interesados contra la Resolución de 8 de mayo de 2.008, conviene en que la falta de experiencias prácticas efectivas de implementación de servicios mayoristas puede determinar la existencia de problemas cuya solución se aviene mal con el carácter transitorio de parte de las medidas cautelares acordadas, por lo que, teniendo en cuenta también la efectiva disponibilidad del servicio de acceso a la infraestructura civil, fijada por TESAU para el 16 de septiembre de 2.008, deja sin efecto, mediante Resolución de 31 de julio de 2.008, la obligación relativa a la disponibilidad del servicio de bucle virtual, manteniendo las demás cautelas y condicionando la comercialización de los servicios minoristas de TESAU a la previa comprobación del cumplimiento de los plazos por ella comunicados.

Hay que determinar, pues, si la eliminación de esa obligación podría causar a FTES un perjuicio grave y de entidad bastante, esto es, "una consecuencia gravemente obstaculizante del efecto útil de una hipotética sentencia estimatoria", al no poder ser devueltas las cosas al estado en que se hallaban antes de la ejecución de la resolución impugnada. Pues bien, a estos efectos deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

1. La actividad de TESAU, bien que con perspectivas de futuro, sin duda, se enmarca en un ámbito cuyos resultados prácticos son inciertos. Así, según informa el Jefe de Área de la Dirección Técnica de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, "en un sistema FTTH/GPON, como el que Telefónica ha instalado en la experiencia precomercial, hay solo dos experiencias de servicio mayoristas que posibilitan IPTV (Internet Protocol Televisión) -la red Asturcón y el servicio GEA-, sin que haya constancia de operadores que estén haciendo uso efectivo de estos servicios".

2. Del acta notarial aportada por France Telecom España, S.A., se deduce que a fecha 15 de septiembre de 2.008, TESAU está ofreciendo vía internet el denominado "Trío futura", producto que forma parte del paquete de ofertas integrantes de la experiencia piloto. Pero también consta en las actuaciones que un mes después -el 15 de octubre de 2.008- hay 388 usuarios formando parte de la experiencia

precomercial denominada Trío Futura, y 139 usuarios formando parte de dicha experiencia pero bajo fórmulas diferentes. En total 527 usuarios (certificación del Director de Planificación de Productos Transversales de Telefónica España).

3. Consta también en las actuaciones, aunque ciertamente la apreciación que hacemos debe entenderse con todas las reservas, dada la composición y factura de la documentación aportada, que otros operadores -ONO y Compañía de Cable R- anuncian servicios en soporte de fibra.

4. France Telecom España, S.A., manifiesta que TESAU cuenta con una red de fibra óptica, desplegada en las década de los 90 del pasado siglo, el denominado "Plan Fotón", que le permite un despliegue rápido de redes de nueva generación, hasta nodos, edificios y hogares a un coste muy inferior. Ocurre, sin embargo, que según la propia recurrente alega se trata de una red de la que "no hay información pública sobre su ubicación, extensión y precios de uso". Por otra parte, del informe sobre las características de la red Fotón, aportado por TESAU, resulta que se trata de una red muy pobre y de escasa capilaridad, y que tras 10 años de uso, no dispone de ninguna fibra óptica limpia, presentando saturaciones o cuellos de botella -precisamente una de las cuestiones técnicas pendientes de resolver por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

5. France Telecom España alega que TESAU no ha cumplido con las obligaciones impuestas en la Resolución de 31 de julio, cuya comprobación por la CMT constituía condición previa para la comercialización de sus servicios minoristas.

Consta en las actuaciones que el 28 de julio de 2.088 TESAU presentó un escrito comunicando al Organismo regulador las actividades, tareas e implementaciones realizadas como consecuencia de la implantación de la obligación de uso compartido de infraestructuras. En dicho escrito se establecen dos fechas de compromiso para el cumplimiento de las siguientes obligaciones: el 16 de septiembre de 2.008, para la implantación del servicio de uso compartido de infraestructuras en Fase I, y el segundo trimestre de 2.009 para la implantación definitiva del servicio de uso compartido de infraestructuras en Fase II (consolidación y mejora).

Por escrito de 15 de septiembre de 2.008, TESAU comunicó a la CMT que el servicio de uso compartido de infraestructuras quedaba abierto a su uso comercial al día siguiente -16 de septiembre-. Asimismo, con fecha 16 de octubre de 2.008 el Director General de Servicios para Operadores Nacionales de TESAU certifica el número de solicitudes en el Servicio de Identificación de Conductos (8 solicitudes) y en el Servicio

de Uso Compartido (1 solicitud). También acompaña listado de consultas -un total de 521- efectuadas al sistema de información sobre infraestructura civil.

6. France Telecom plantea que ha solicitado reiteradamente a TESAU una oferta mayorista de FTTH y VDSL -escritos de 23 de julio, 3 de marzo y 4 de septiembre de 2.008-, sin obtener respuesta.

Sin embargo, del escrito de 3 de marzo de 2.008 se deduce que las ofertas mayoristas ya se habían hecho, solo que FTES no convenía con su alcance y contenido. Así, en dicho escrito FTES principia diciendo: "En relación a las nuevas ofertas mayoristas de acceso en banda ancha sobre tecnología VDSL2 y FTTH que amablemente nos presentaron en nuestra sede el pasado día 20 de febrero, es nuestro deseo comunicarle lo siguiente...".

Por otra parte, a requerimiento del Secretario del Consejo y de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el Secretario General y del Consejo de Telefónica España comunica que el 15 de septiembre de 2.008 France Telecom formuló dos solicitudes de información de vacancia en el Servicio de Identificación de Productos.

SÉPTIMO.- Es cierto que al día de la fecha no nos consta que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones haya realizado las tareas de comprobación previstas en la Resolución de 31 de julio de 2.008, pero sí que TESAU ha comunicado a ese Organismo las actividades que proyecta y pretende realizar, así como los resultados obtenidos hasta fecha reciente. El perjuicio que FTES alega deriva, o podría derivar, no del acceso a la infraestructura de obra civil de TESAU -acceso sobre el que las partes se muestran conformes-, sino de la eliminación de la obligación de proporcionar el denominado bucle virtual.

Así las cosas, tras valoración ponderada de los intereses en conflicto, sumariamente expuestos en las consideraciones precedentes, la Sala considera que, razonablemente, la ejecución de la resolución impugnada no causa a France Telecom un perjuicio irreparable, esto es, "una consecuencia obstaculizante del efecto útil de una hipotética sentencia estimatoria".

No serían precisas mayores consideraciones de las hasta aquí expuestas para llegar a esta conclusión. Sin embargo, de forma estrictamente tangencial, hemos de añadir que el contexto en el que la litis se inserta es provisional en extremo, pues hay elementos nucleares que están por definir.

Se han alegado en el curso de las actuaciones diversos informes, entrevistas, comunicados de prensa, planteamientos

a organismos reguladores de otros países -Francia, Alemania-, consultas -precisamente consultas- del Organismo regulador y de la Comisión Europea sobre redes de nueva generación y un borrador de la Comisión Europea del que resultará una Recomendación sobre el acceso a las NGAs. También se han aportado calendarios de actuación.

Pero la decisión de la Sala, en el ámbito en el que nos encontramos, no puede estar basada en estas premisas porque las entrevistas son entrevistas, los comunicados de prensa son eso mismo, comunicados, de las consultas habrá que estar a sus resultados y el borrador, como en el mismo se indica, "no representa necesariamente la posición oficial de la Comisión Europea"; y los calendarios se pueden cumplir o no cumplir.

Es el momento de decir que los precedentes razonamientos se hacen a los efectos limitados en que es posible la valoración en el marco de las medidas cautelares, en el que en ocasiones, y esta es una de ellas, existe una zona fronteriza donde no es fácil deslindar lo que es cautelar de lo que no lo es. Como se ha dicho muy recientemente por algún autor, "detrás de lo escrito hay otro texto más profundo y además un contexto". Es precisamente aquí donde la Sala debe detener su razonamiento, so pena de pisar los umbrales del fondo del litigio.

OCTAVO.- No podemos concluir sin dar cumplida respuesta a las alegaciones de France Telecom relativas a la apariencia de buen derecho de su pretensión.

Alega esta operadora que su pretensión está amparada por una apariencia de buen derecho, pues las resoluciones impugnadas vulneran la legalidad vigente, menoscaban la competencia, la de 31 de julio de 2.008 se aparta de forma injustificada y sin motivación de la de 8 de mayo anterior, infringen el principio de confianza legítima, causan indefensión, vulneran el artículo 24 CE e incurre, la de 31 de julio de 2.008, en incongruencia omisiva.

No podemos acoger este planteamiento, pues como ya se ha dicho dijo en la sentencia de esta Sala de 26 de enero de 2.006, frente a estos argumentos no puede alegarse la teoría de la apariencia de buen derecho, pues la doctrina jurisprudencial, ha subrayado que, esta construcción doctrinal, tan difundida como necesitada de prudente aplicación, ha de tenerse en cuenta, sobre todo, cuando se solicita la nulidad de actos dictados en cumplimiento de normas declaradas previamente nulas de pleno derecho, o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente.

La jurisprudencia declara inaplicable dicha doctrina, en principio, cuando se predica la nulidad de un acto administrativo en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal; y ello en aras de evitar el perjuicio de la cuestión de fondo.

En línea con lo anterior, se ha matizado la aplicación del "fumus boni iuris" siguiendo una dirección paralela a la observada respecto de las alegaciones de nulidad de pleno derecho; exigiendo que la apariencia de buen derecho sea clara y manifiesta, y resaltando que debe ser apreciada sin necesidad de profundizar en el fondo del asunto.

En definitiva, cuando se postula la nulidad en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración o decisión en el proceso principal, lo que se pretende es que se prejuzgue la cuestión de fondo, con infracción del artículo 24 de la Constitución, que reconoce el derecho al proceso con todas las garantías de contradicción y prueba, al no ser la pieza separada de medidas cautelares cauce procesal idóneo para decidir la cuestión objeto del litigio.

NOVENO.- Sin costas.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA, por y ante mí, el/la Secretario/a Judicial, siendo Ponente el/la Ilmo/a. Sr/Sra. Magistrado/a D./D^a. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ, **ACUERDA:**

PRIMERO.- Denegar la adopción de las medidas cautelares solicitadas por la representación procesal de France Telecom España, S.A.

SEGUNDO.- Sin costas.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. al margen citados; doy fe.



ADMINISTRACION
E JUSTICI