



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

CERTIFICA

Que en la Sesión número 34/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 15 de octubre de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo, de 29 de julio de 2009, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador (AJ 2009/1424)

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de julio de 2009 el Consejo de esta Comisión aprobó una Resolución sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador en la que resolvió lo siguiente:

“Primero.- Aprobar la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de la numeración fija en caso de cambio de operador cuyo texto consolidado se adjunta como anexo a la presente resolución.

Segundo.- Las modificaciones incluidas en la especificación técnica anexa, deberán estar operativas antes del 30 de junio de 2010, salvo la modificación consistente en eliminar ciertas causas de denegación de portabilidad, que deberá estar operativa en el plazo de un mes desde la notificación de la presente Resolución.”

SEGUNDO.- Con fecha 11 de septiembre de 2009, la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) ha interpuesto un recurso de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente anterior. El objeto del recurso consiste en impugnar el plazo establecido en el resuelve segundo de la Resolución relativo a la eliminación de ciertas causas de denegación de portabilidad.

Como fundamento de su impugnación señala que si bien en el informe de los Servicios de esta Comisión se proponía un plazo único de cinco meses para implementar todas las modificaciones contenidas en el mismo, en la Resolución finalmente aprobada, en lo que respecta a la eliminación de ciertas causas de denegación de portabilidad, se ha establecido el plazo de un mes limitando la justificación de dicho cambio en que *“...la eliminación de ciertas causas de cancelación, puede ser realizada de manera casi inmediata...”*



Por lo anterior considera que la Resolución recurrida le ha causado *“indefensión y una inseguridad jurídica relevante toda vez que ha resultado ser totalmente novedosa respecto al Informe sometido a audiencia conocido por Telefónica y sobre el cual se presentaron alegaciones”*.

Sentado lo anterior manifiesta que el plazo de un mes objeto de impugnación podría considerarse válido para operadores cuyo volumen de portabilidades no sea muy elevado en los que la gestión pudiera hacerse de forma manual pero no para la recurrente *“cuyo volumen de portabilidades en rol donante es con mucha diferencia el mayor del mercado”*. Abunda en lo anterior señalando que para acometer dichos cambios resulta necesario realizar las tareas que se exponen a continuación y para cuya implementación se debería conceder como mínimo hasta principios de diciembre de 2009:

- Eliminación de las causas indicadas en la Resolución en las bases de datos de las aplicaciones de gestión de portabilidad.
- Adición de las nuevas causas en las bases de datos de las aplicaciones de gestión de portabilidad.
- Modificación de las aplicaciones, con implicación en código fuente, para automatización del tratamiento de estas causas, eliminando validaciones y añadiendo nuevas.
- Pruebas de regresión.

Por lo anterior manifiesta que en virtud de lo establecido en el artículo 54 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 que se establece que los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos y los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos deben ser motivados, esta Comisión ha infringido el mismo por no haber motivado su decisión de separarse del criterio seguido por el informe de los Servicios de esta Comisión. Lo anterior, concluye, en aplicación del artículo 62.1.e) de la misma Ley, determina la nulidad de pleno Derecho de la Resolución recurrida por haber prescindido del procedimiento legalmente establecido.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones, entre otros actos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.



La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante Ley 32/2003), las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC calificar el escrito presentado por TESAU como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de 29 de julio de 2009 sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de la numeración fija en caso de cambio de operador.

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

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. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto que ya lo era en el procedimiento DT 2008/352 en el que se dictó la resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a TESAU para la interposición del presente recurso.

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.

Habida cuenta de que el recurso de reposición interpuesto por TESAU cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, además de venir fundamentados en los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley, procede su admisión a trámite

CUARTO.- Competencia para resolver.

La competencia para resolver el presente procedimiento corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

II.2. FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

Unico. – Sobre el plazo establecido para eliminar ciertas causas de denegación de portabilidad.

La recurrente considera que el hecho de haber modificado el plazo establecido para la eliminación de ciertas causas de denegación de portabilidad en la Resolución de fecha 29 de julio de 2009 respecto al propuesto inicialmente en el informe de los Servicios de esta Comisión, le ha causado indefensión al no haber podido alegar sobre aquel.

Añade que el plazo de un mes finalmente establecido es insuficiente, no permitiéndole realizar las tareas necesarias para acometer la modificación establecida.

En primer lugar, respecto a la supuesta indefensión que ha podido causarle el cambio de criterio que se ha producido en la Resolución finalmente aprobada respecto al contemplado inicialmente en el informe de los Servicios de esta Comisión, procede reiterar lo ya



manifestado por este organismo en ocasiones anteriores¹ y que además cuenta con el refrendo de la Audiencia Nacional². Esto es, que en lo que respecta a la supuesta indefensión que, según la recurrente, le ha generado la falta de motivación del cambio de decisión de esta Comisión respecto del informe de los Servicios, procede resaltar el carácter no vinculante del informe elaborado por los Servicios de un órgano administrativo, evacuado en el marco del trámite de audiencia, para el órgano decisorio del mismo, lo que determina que el cambio de criterio que se pueda producir en el acto final aprobado respecto del contenido en el citado informe, no requiere la motivación exigida en el apartado c) del artículo 54.1 de la LRJPAC, relativo a la necesaria motivación con la que hay que dotar a los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes.

Concretamente la citada Audiencia, en un proceso en el que esta Comisión era parte del mismo y en el que se discutía sobre cuestión idéntica a la debatida en el presente fundamento estableció que:

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

En consecuencia, el cambio producido en la Resolución recurrida respecto de la propuesta formulada por los Servicios de esta Comisión, no constituye uno de los supuestos previstos en el apartado c) del artículo 54. 1 de la LRJPAC y por tanto, no requería estar dotado de la motivación alegada por la recurrente.

Sentado lo anterior y en atención a lo que se expondrá a continuación procede recordar que en el informe de los Servicios se propuso una revisión de las causas por las que procedía denegar la portabilidad, proponiendo tanto la inclusión de nuevas causas como el mantenimiento y la supresión de otras, cambios que deberían realizarse en el plazo único de cinco meses. Sin embargo, la Resolución finalmente aprobada ha introducido una serie de modificaciones respecto de la propuesta de los Servicios, modificaciones que afectan tanto a la supresión o a la permanencia de las causas propuestas como al plazo en el que la eliminación de ciertas causas debía ser implementada.

Dado que la impugnación de la recurrente se dirige únicamente contra el plazo en el que se debería proceder a la implementación de la eliminación de las causas de continua referencia será en la fundamentación de aquel en lo que se centrará el presente fundamento.

¹ Por todas, Resolución de 5 de febrero de 2009 (AJ 2008/1765)

² Sentencia de 30 de julio de 2005 (RJCA 2006/26).

³ El subrayado es nuestro.



Tal y como se señaló en la Resolución recurrida, esta Comisión, al establecer los plazos en los que debían implementarse las modificaciones acordadas partió siempre de la premisa de establecer un plazo suficientemente amplio como para que éstas se realizaran con la debida calidad de servicio. Así, si bien era consciente de que la implementación más costosa en tiempo y en recursos era la de un sistema de gestión de incidencias, asimismo lo era de que la eliminación de ciertas causas de denegación de portabilidad podía ser realizada de manera casi inmediata dado que dicha modificación no requiere de toda una lógica de programación sino que consiste principalmente en el bloqueo del uso de unas causas que suelen estar parametrizadas en los sistemas informáticos.

Lo anterior condujo a que en la Resolución, respecto a la propuesta de los Servicios, se acordara una ampliación del plazo para proceder a la implementación de todas las modificaciones salvo las relativas a la denegación de portabilidad por considerar que para estas últimas el plazo de un mes era suficiente sin perjuicio de que, además, ningún operador incluida la propia recurrente, realizó alegación alguna relativa a que dicha eliminación fuera considerada de relevancia en cuanto a los recursos asociados para llevarla a cabo.

Sentado lo anterior cabe señalar que, para la determinación del plazo impugnado, se ponderó la problemática que tendría la implantación de dicha medida tanto en los procesos automáticos internos de los operadores como en la entidad de referencia y, constatada la facilidad de bloquear la aplicación de dichas causas en los sistemas informáticos por ser causas tipificadas en los programas y bases de datos internas de portabilidad de forma que son totalmente modificables en cualquiera de ellos, se estimó apropiado el plazo de un mes para proceder a su implementación.

Asimismo procede manifestar que para la determinación de dicho plazo también se ha tenido en cuenta la práctica seguida en ocasiones anteriores, concretamente, en el marco de una denuncia presentada contra un operador⁴, denuncia que originó un expediente en el que finalmente se acordó eliminar la posibilidad de aplicar la causa de denegación “*suspensión temporal del servicio*” e “*interrupción del servicio*” en portabilidad móvil, eliminación que se debía realizar en un plazo inferior a un mes.

Por último, en relación con las supuestas tareas que debería realizar la recurrente para acometer las modificaciones contenidas en la Resolución y que le impedirían cumplir con el plazo establecido procede resaltar, concretamente, en lo que respecta a la “*adición de las nuevas causas en las bases de datos de las aplicaciones de gestión de portabilidad*”, que dicha tarea no es necesaria por cuanto que lo que se le obliga a implementar en el plazo de un mes es la eliminación de las causas de denegación de portabilidad y no la inclusión de las nuevas, disponiendo para la realización de estas últimas del plazo general previsto en la Resolución impugnada.

En lo que respecta al resto de las tareas alegadas por la recurrente enumeradas en el antecedente de hecho segundo de la presente Resolución procede poner de manifiesto que, si bien resulta necesario el acometimiento de las mismas para implementar las modificaciones establecidas, el plazo de un mes es sobradamente suficiente para su realización.

⁴ DT 2006/82. Resolución por la que se adopta una medida cautelar como consecuencia de la denuncia presentada por Telefónica Móviles España, S.A. contra Vodafone España, S.A. por la supuesta violación de las normas generales en materia de conservación de la numeración.



Por último procede concluir con la aclaración de que, si bien la recurrente parece relacionar la problemática de realizar los cambios en sus sistemas con el mayor volumen de portabilidades en rol donante que debe procesar, realmente esto último no afecta a la razonabilidad de la dificultad de implementación de la modificación, ya que es independiente del volumen de portabilidades. Esto es, tan sólo tiene relación con la implementación automatizada que se haya realizado en los sistemas internos de portabilidad de los operadores. De hecho, TESAU no es el único operador que procesa las portabilidades en rol donante de manera automática, sin que además esta Comisión haya tenido constancia de más peticiones por parte de otros operadores para extender el plazo de implementación de la eliminación de las causas de denegación.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de fecha 29 de julio de 2009 sobre la modificación de especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador (DT 2008/352).

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Vicepresidente, Marcel Coderch Collell (P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre, B.O.E. de 25 de septiembre de 1996).