



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 08/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 1 de marzo de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa a los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución, de 24 de noviembre de 2011, relativa a la revisión de la Oferta de Acceso Mayorista a la Línea Telefónica (AMLT) (AJ 2011/2849).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de 2 de junio de 2011.

Con fecha 24 de noviembre de 2011 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, Comisión) dictó Resolución relativa a la revisión de la Oferta de Acceso Mayorista a la Línea Telefónica (AMLT) de Telefónica de España, SAU, (en adelante, TESAU), por la que se puso fin al expediente DT 2011/1216.

La citada Resolución resolvió lo siguiente:

*<< **PRIMERO.-** Modificar la Oferta AMLT de Telefónica, conforme a lo expuesto en los Fundamentos Cuarto y Quinto de la presente resolución. Aquellas modificaciones que supongan adaptaciones en los sistemas informáticos de Telefónica entrarán en vigor a los cuatro meses de la notificación de la presente resolución.*

El texto modificado de la Oferta se adjunta como Anexo II.

***SEGUNDO.-** Se modifica la fecha de entrega de la información mensual a la que se refiere la resolución MTZ 2007/361, relativa a las actuaciones en el marco de la Oferta del servicio de AMLT, así como la información relativa a los indicadores de calidad del servicio, por parte de Telefónica, pasando a ser el día 10 del mes siguiente al periodo considerado.*



Esta información, por otra parte, incluirá el dato correspondiente al número de averías de infancia, producidas en el mes siguiente a la provisión. Para su cálculo se contabilizarán únicamente aquellas averías imputables a Telefónica.

Asimismo se modifica en dicha información la definición de “tiempo de provisión” para el caso concreto de las solicitudes AMLT que impliquen actuaciones en preselección, siendo la nueva redacción:

“AMLT que implique actuaciones en preselección: el tiempo de provisión se mide desde la recepción de la solicitud del operador beneficiario hasta la comunicación de la entrega del servicio (en el mensaje de ejecución de AMLT)”.

Telefónica comenzará a suministrar informes de calidad AMLT que incluyan las modificaciones aquí establecidas (averías de infancia y nuevo cómputo de tiempos) coincidiendo con el informe de calidad correspondiente a los datos del próximo mes de marzo de 2012.>>

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por TESAU.

Con fecha 29 de diciembre de 2011, tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito presentado en nombre y representación de TESAU, en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la mencionada Resolución de 24 de noviembre de 2011 a la que se refiere el antecedente de hecho primero.

TESAU considera que determinados puntos la Resolución recurrida no resultan ajustados a Derecho y lesionan gravemente sus derechos e intereses además de resultar incongruente con las obligaciones establecidas en la Resolución de 11 de noviembre de 2010, relativa a la propuesta de nuevo servicio de acceso mayorista de banda ancha, recaída en el expediente DT 2009/497.

En concreto, TESAU recurre el plazo de cuatro meses establecido para las modificaciones previstas en la Resolución recurrida que impliquen cambios en sus sistemas informáticos. Señala que esta Comisión no ha tenido en cuenta la planificación actual¹ de sistemas que afectan al servicio de AMLT, por lo que solicita que se amplíe el plazo de implementación que se establece en la Resolución recurrida para: i) añadir en la Oferta AMLT la resolución automática de los contratos de arrendamiento de terminales con el alta del servicio AMLT (pg. 8 de la Resolución DT 2011/1216); ii) para modificar el plazo para la resolución de incidencias relacionadas con el servicio AMLT (pg. 18 de la Resolución DT 2011/1216) y iii) para extender la fecha en la que tendrá que enviar TESAU a la Comisión informes de calidad del servicio AMLT (pg. 22 de la Resolución DT 2011/1216, último inciso del Resuelve Segundo). Añade que la demora solicitada, no provocaría ningún perjuicio para los operadores ni para los usuarios.

TERCERO.- Notificación de inicio de procedimiento.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión, fechado el día 9 de enero de 2012, se notificó a los interesados el inicio del correspondiente procedimiento de

¹ Por planificación actual de sistemas se refiere la recurrente al *Proyecto de migración del servicio AMLT al canal de comunicación Web Services (WS)* y al *Proyecto de migración de los procesos de elaboración y obtención de informes desde el repositorio de información ODS al entorno denominado SIETE.*



tramitación del recurso de reposición, con número de expediente AJ 2011/2849, 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).

CUARTO.- Recursos de reposición interpuestos ASTEL y BT.

Con fecha 9 de enero de 2012, tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito presentado en nombre y representación de la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL), en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la mencionada Resolución de 24 de noviembre de 2011 a la que se refiere el antecedente de hecho primero.

ASTEL considera que la Resolución recurrida es lesiva para los derechos e intereses de sus asociados por estar incurso en vicio de nulidad de pleno derecho y anulabilidad previstos en las letras a) y e) del artículo 62.1 de la LRJPAC y en el artículo 62.2 de la misma Ley.

La recurrente fundamenta su recurso al considerar que no se han motivado suficientemente los siguientes aspectos que recoge la Resolución recurrida:

1. Las conclusiones por las que se rechaza la solicitud de ASTEL de adoptar medidas² adecuadas para corregir el comportamiento de TESAU consistente en facturar indebidamente a los demás operadores cantidades en concepto de alquiler y mantenimiento de terminal;
2. La ampliación del plazo de resolución de averías, ya que resulta desproporcionado y es contrario al principio de no discriminación;
3. La denegación de establecer una funcionalidad en el portal web de NEON por la que se pueda comprobar si está justificado el rechazo de TESAU a las solicitudes AMLT de los operadores;
4. La denegación de obligar a TESAU a suministrar a los operadores alternativos toda la información relativa a las averías que interrumpen o degraden la calidad de los servicios mayoristas;
5. El rechazo de la solicitud de incluir la posibilidad de que los operadores puedan gestionar averías masivas y reclamar conjuntamente con objeto de mejorar³ el servicio AMLT en el ámbito del sector empresarial.

² Las medidas solicitadas por ASTEL consisten en extender el efecto de baja automática de servicios, efecto previsto en la contratación del paquete básico (contratación que incluye la de servicios predeterminados) pero no cuando el operador desea contratar servicios individualizados.

³ Mejoras necesarias de conformidad con las conclusiones recogidas en el informe MTZ 2011/652 (Informe sobre la situación competitiva en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas en el segmento empresarial y propuestas de actuación por la CMT) en donde se prevé lo siguiente: **"6. Potenciales problemas de competencia en la prestación de servicios a las grandes empresas /6.2.2 Servicios mayoristas: (...)** dados los elevados costes que puede conllevar alcanzar a determinados clientes o ubicaciones, los operadores deben recurrir a servicios de terceros. Los operadores de empresas demandan, de acuerdo con la información remitida, servicios mayoristas para prestar conexiones de banda ancha, tanto mediante circuitos alquilados como acceso indirecto al bucle, y servicios mayoristas relativos a la prestación del servicio telefónico fijo y móvil.

De acuerdo con el requerimiento de información, los operadores de empresa deben recurrir a Telefónica para completar su red en más del 75% de los casos, siendo las opciones mayoristas de terceros muy limitadas. En general, las razones que se esgrimen para no sustituir los servicios mayoristas de Telefónica por los de terceros operadores son que los servicios de terceros son inadecuados para el segmento empresarial. Así, dichos servicios mayoristas están basados en las redes que los operadores generalistas han desplegado para proveer servicios al mercado de masas. Por esta razón, en general, los servicios que ofrecen adolecen de falta de calidad o la cobertura necesaria."



Con posterioridad, el día 16 de enero de 2012, tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito presentado en nombre y representación de la entidad BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, SA, (en adelante, BT), en virtud del cual interpone recurso potestativo contra la misma Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho primero.

BT considera que la Resolución recurrida no es ajustada a Derecho por estar incurso en vicio de nulidad de pleno derecho y anulabilidad previstos en las letras a) y e) del artículo 62.1 de la LRJPAC y en el artículo 62.2 de la misma Ley.

BT fundamenta su recurso sobre la base de los mismos motivos que los expuestos por ASTEL en su recurso y añade que esta Comisión no ha motivado la falta de determinación del tiempo en el que TESAU deberá enviar a los operadores alternativos el listado de los servicios suplementarios que han quedado operativos, una vez finalizado el alta del servicio AMLT.

QUINTO.- Acumulación de los recursos interpuestos y su notificación.

En virtud de lo establecido en el artículo 73 de la LRJPAC, se acodó la acumulación de los tres recursos de reposición antes mencionados, en atención al principio de economía procesal y dada la identidad del acto administrativo contra el que se dirigen los recursos.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión, de fecha 19 de enero de 2012, se notificó a los interesados de la interposición de los recursos de ASTEL y BT así como de la acumulación de los mismos al procedimiento que se estaba tramitando con número de expediente AJ 2011/2849, de conformidad con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.

SEXTO.- Alegaciones de ASTEL, TESAU y VODAFONE.

Por medio de un escrito que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 23 de enero de 2012, ASTEL presentó un escrito de alegaciones al recurso interpuesto por TESAU por el que puso de manifiesto lo siguiente:

- Que de la solicitud de TESAU de ampliar el plazo establecido para las modificaciones previstas en la Resolución recurrida, se desprende la intención de la operadora de incumplir sus obligaciones de resolver, de manera automática, el contrato de alquiler del terminal con el alta del servicio AMLT. Por tal motivo, solicita que esta Comisión rechace la solicitud de ampliación de plazo y tome las medidas oportunas para impedir que TESAU realice los cambios descritos en sus sistemas informáticos, cambios que menoscaban los derechos de los operadores;
- Que de las alegaciones presentadas por TESAU y de su recurso, se desprende que esta operadora pretende exonerarse del cumplimiento de la obligación que le fue impuesta en el Resuelve Segundo de la Resolución recurrida, realizando una interpretación errónea de la misma⁴. Añade que sería razonable modificar la definición del indicador de calidad “tiempo medio de provisión” para alinearla con la de la OBA;

⁴ Alega ASTEL que TESAU interpreta dicha obligación y no de acuerdo a su verdadera voluntad: puesto que dicha obligación se refiere al cálculo y publicación del indicador de calidad de manera inmediata tras conocerse el número de reclamaciones de provisión y de infraestructura abiertas en el mismo mes de la entrega del servicio, o en el siguiente mes.



- Solicita que se imponga a TESAU la obligación de dar visibilidad, antes del 1 de octubre de 2012, de manera que se puedan conocer las modificaciones que tiene planificadas realizar la operadora en el contexto de la evolución del servicio AMLT hacia el canal de comunicación WS, con el fin de valorar su proporcionalidad.

Con fecha 3 de febrero de 2012, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de alegaciones presentado en nombre y representación de TESAU en relación con los recursos interpuestos por ASTEL y BT por el que solicita la inadmisión de los mismos por no concurrir causas de nulidad o anulabilidad, requisitos necesarios para su admisión, y por considerar que las alegaciones de ASTEL carecen de fundamento al estar suficientemente motivada la Resolución recurrida.

En la misma fecha, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de alegaciones presentado en nombre y representación de Vodafone España, SAU, (en adelante, VODAFONE) por el que manifiesta lo siguiente:

- Sobre la solicitud de TESAU de ampliar el plazo de 4 meses para incluir en sus sistemas informáticos un campo adicional en el que se manifieste la voluntad del operador alternativo de extinguir los contratos de alquiler de terminal, cuestiona la idoneidad de la medida adoptada al respecto en la Resolución⁵ por no considerarla proporcional a la gravedad de los hechos (además de la ausencia de buena fe por parte de TESAU) y perjudicar los intereses del resto de operadores al suponerles un desarrollo sobre NEON que requiere de esfuerzos económicos que no serán amortizados ni compensados debido a la migración prevista del AMLT al entorno Web Services (WS).

Sobre la base de lo anterior, solicita que se aplaze cualquier adaptación que requiera un desarrollo por parte de los operadores alternativos hasta el momento en que el servicio AMLT se migre al entorno WS; se inste a TESAU a dejar de facturar, de manera inmediata, por los servicios y terminales que, en contra de lo previsto en la oferta AMLT, no haya dado de baja; y por último, que se declare indebidamente facturada y cobrada por TESAU toda cantidad en concepto de alquiler, mantenimiento de terminal y otros servicios suplementarios no solicitados expresamente, instando a su devolución.

- Que la oferta AMLT, en la práctica, ha venido siendo un instrumento fundamental para incrementar el nivel de competencia en el segmento empresarial, aún cuando en un origen, dicha Oferta estuviera pensada para el sector residencial. Por tal motivo, considera insuficiente la motivación de esta Comisión para no recoger en la nueva Oferta AMLT facilidades necesarias para los clientes empresariales, facilidades como las manifestadas por ASTEL y BT en sus recursos de reposición o considerar todas las líneas incluidas en el análisis de los mercados 1 y 2, como susceptibles de acogerse a la mencionada Oferta puesto que no existe impedimento técnico para su exclusión.

⁵ Pg 8/29 de la Resolución DT 2011/1219: Por último, se modificará el texto de la Oferta a fin de recoger de forma expresa que, en el caso de existir un contrato de alquiler del terminal, éste se considerará automáticamente resuelto con el alta del servicio AMLT, salvo que medie solicitud en contrario del operador, por deseo expreso de su cliente de mantenerse en dicho alquiler. Esta última posibilidad se materializará mediante la subrogación del operador en el mencionado contrato. La resolución automática de los contratos de alquiler de terminal con el alta de AMLT se soportará en los sistemas de Telefónica a la mayor brevedad, y siempre antes de cuatro meses de la notificación de la presente resolución.



II FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación de los escritos.

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, 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.

Las entidades recurrentes califican sus escritos como recursos de reposición, y 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, y teniendo en cuenta que las Resoluciones de la Comisión ponen fin a la vía administrativa (artículo 48.12 de la LGTel), procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar los escritos de recurso presentados por TESAU, ASTEL y BT a los que se refieren los Antecedentes Segundo y Cuarto de la presente Resolución, como recursos potestativos de reposición interpuestos contra la Resolución del Consejo de la Comisión de 24 de noviembre de 2011 (DT 2011/1216).

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 interesadas por cuanto que ya lo eran en el procedimiento número DT 2011/1216 en el que se dictó la Resolución objeto de impugnación.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a TESAU, ASTEL y BT para la interposición de sus 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.

El recurso de reposición interpuesto por TESAU cumple parcialmente con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, al presentarlo dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, pero no alude expresamente a ninguna de las causas de nulidad o anulabilidad previstas en los artículos 62 o 63 de la misma Ley. No obstante, en virtud del principio antiformalista que rige la actividad de la Administración



Pública, corresponde a la Comisión determinar si el acto impugnado incurriría en una infracción del ordenamiento jurídico determinante de su nulidad o anulabilidad.

En relación con los recursos de reposición interpuestos por ASTEL y BT, ambos cumplen con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, que se han presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y viene fundamentado en los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley.

Por todo lo anterior procede la admisión a trámite de los recursos de reposición interpuestos por TESAU, ASTEL y BT.

CUARTO.- Competencia para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el recurso de reposición objeto de la presente Resolución corresponde al Consejo de la Comisión, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la supuesta indefensión alegada por TESAU respecto del plazo fijado en la Resolución recurrida para implementar las modificaciones previstas que supongan adaptaciones en sus sistemas informáticos.

TESAU manifiesta que no ha tenido oportunidad de alegar respecto del plazo fijado para implementar las modificaciones previstas en la Resolución recurrida cuando supongan adaptaciones en sus sistemas informáticos; esto es, que se ha infringido su derecho de defensa amparado por el artículo 24 de la Constitución Española y, en consecuencia, la Resolución recurrida resulta nula en virtud de lo establecido en el artículo 62.1 a) de la LRJPAC.

Al respecto cabe significar que si bien es cierto que en el Informe de Audiencia no se concretaron los plazos de implantación de aquellos cambios de la Oferta AMLT que tuviesen implicaciones en los sistemas de TESAU, fueron las alegaciones recibidas y la experiencia acumulada en procesos de entidad similar, lo que motivó a esta Comisión a establecer, por considerarlo suficiente, el mencionado plazo de cuatro meses. En el caso particular de la resolución de los contratos de alquiler de terminal, pesó en la decisión adoptada el hecho añadido de que no se trataba de una simple mejora sino de regularizar a la mayor brevedad una interpretación incorrecta de la Oferta por parte de TESAU, que se había producido desde el momento mismo de la entrada en funcionamiento del servicio y que pudo haber ocasionado perjuicios al resto de operadores, conforme se señala en el siguiente Fundamento de Derecho. Por otro lado, se estimó que los cambios necesarios no deberían comportar, por su entidad, un plazo mayor del propuesto.

Para considerar infringido el artículo 62.1 a), en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, ha de observarse la doctrina del Tribunal Constitucional que ha reconocido tal infracción solamente en el seno de los procesos judiciales y en los procedimientos administrativos sancionadores. Así se ha establecido expresamente, entre otras en las



Sentencias 157/2007, de 2 de julio y 291/2000, de 30 de noviembre. Concretamente, en esta última Sentencia se dice que:

“(…) esta indefensión, de haberse producido, habría tenido lugar en vía administrativa -y con acceso posterior a la vía judicial-, por ello sólo podría tener relevancia constitucional en el caso de que se llegara a la conclusión de que el acto impugnado tiene efectivamente naturaleza sancionadora, ya que es doctrina constitucional que las garantías consagradas en el art. 24 CE sólo resultan de aplicación a los procesos judiciales y a los procedimientos administrativos sancionadores”.

El Tribunal Supremo ha aplicado la anterior doctrina en distintas Sentencias, como en la Sentencia de 22 de septiembre de 2004 (RJ 2004\6286), en cuyo Fundamento Cuarto se señala que:

“Menos aún una vulneración del art. 24 CE (RCL 1978, 2836) generadora de indefensión al no poder predicarse en sede administrativa frente a actos administrativos de naturaleza no sancionadora tal cual reiteradamente ha venido sentando la doctrina constitucional (SSTC 175/1987, de 4 de noviembre [RTC 1987, 175] , 197/88, de 24 de octubre [RTC 1988, 197] , etc.)”

Por lo tanto, la omisión en el trámite de audiencia de la concreción del plazo para implementar las modificaciones previstas en la Resolución recurrida que la misma ha establecido respecto del cual solicita su ampliación, no produce la indefensión alegada por lo que no tiene que suponer, en cualquier caso, la nulidad de la resolución recurrida. En todo caso, cabría considerar si dicha omisión podría suponer la anulabilidad de la resolución y la retroacción de las actuaciones al momento en el que se debería haber ofrecido a los interesados el trámite de audiencia establecido en el artículo 84 de la LRJPAC.

En el caso que nos ocupa, TESAU ha tenido ocasión de manifestar cuanto ha estimado conveniente en defensa de su derecho mediante la interposición del presente recurso de reposición. En este sentido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha declarado que en aquellos casos en que el demandante pudo combatir el acto en el recurso de reposición, sería inútil retrotraer las actuaciones para que se diese un nuevo trámite de audiencia, siendo así que las alegaciones que pudiera formular el interesado ya fueron expuestas en el presente recurso administrativo, por lo que la retroacción de actuaciones supondría una repetición innecesaria (p.e. STS de fecha 12 de diciembre de 1995; STS de fecha 4 de mayo de 1998; STS de fecha 24 de mayo de 2004, entre otras muchas).

SEGUNDO.- Sobre la solicitud de ampliación del plazo fijado para implementar las modificaciones previstas en la Resolución recurrida que supongan adaptaciones en sus sistemas informáticos.

TESAU asume las modificaciones en la Oferta AMLT fijadas en la Resolución recurrida. No obstante, recurre el plazo establecido en la Resolución de 4 meses para implementar dichas modificaciones, por considerarlo insuficiente, cuando las mismas requieran cambios en sus sistemas informáticos.

Señala que esta Comisión ha determinado un plazo para implementar las modificaciones establecidas en la Resolución recurrida obviando que actualmente está inmersa en los siguientes dos proyectos de actualización de sistemas que afectan al servicio de AMLT:



- **Proyecto de migración del servicio AMLT al canal de comunicación de Servicios WEB (Web Services, WS):** es consecuencia del calendario establecido por esta Comisión en la Resolución del expediente DT 2009/497⁶. Dado que comporta la modificación de numerosos sistemas, **TESAU solicita que se le permita integrar los nuevos cambios exigidos por la Resolución recurrida con los obligados por la propia migración a los WS.** De este modo los cambios en la Oferta AMLT fijados por la reciente Resolución entrarían en funcionamiento a la vez que lo hagan los nuevos Servicios Web de AMLT, es decir, **el 1 de enero de 2013** en fase precomercial, y no el 28 de marzo de 2012, tal y como impone la Resolución (cuatro meses tras la notificación de la misma al interesado). Afirma Telefónica que *“(...) de lo contrario, se obligará a Telefónica de España a incurrir en importantes ineficiencias, como fruto de las duplicidades que se generarán al tener que acometer dos implantaciones sobre el mismo servicio, casi consecutivas. La primera de ellas basada en el entorno actual de NEON, que nacería casi obsoleta, al quedar en desuso en menos de un año y la segunda en el nuevo entorno de WS.”*

- **Proyecto de migración de los procesos de elaboración y obtención de informes desde el repositorio de información ODS al entorno denominado SIETE:** señala TESAU que en el ámbito de este proyecto, se prevé generar los informes de calidad del servicio AMLT en el nuevo entorno en mayo de 2012, por lo que el primer informe de calidad del servicio AMLT obtenido desde SIETE, sería el correspondiente al mes de junio de 2012.

Para TESAU, el hecho de que efectivamente se ejecutasen las modificaciones de la Resolución recurrida relacionadas con el informe de calidad que mensualmente se remite a la Comisión en el plazo establecido de cuatro meses, *“ocasionaría unos costes totalmente hundidos, ya que su uso únicamente sería para dos meses. Por ello se estaría imponiendo a mi representada una actuación totalmente ineficiente”.*

En consecuencia, *“los desarrollos necesarios para modificar el informe de calidad se planificarían junto con la migración de elaboración de informes al entorno SIETE”*, por tanto disponibles en **el informe de junio de 2012**, y no en el correspondiente a marzo, tal y como impone la Resolución recurrida.

Tras ello, detalla los aspectos de la AMLT para los que, según su análisis, resulta necesario realizar modificaciones en sus sistemas. Estos son:

- a) Resolución de los contratos de arrendamiento de terminales: implementar en el texto de la Oferta la posibilidad de que el operador alternativo manifieste de forma expresa su voluntad de subrogarse en el contrato de alquiler, supone la necesidad de realizar varios desarrollos en los sistemas informáticos, tanto de TESAU como en los de los operadores alternativos.
- b) Modificación de los plazos de resolución de incidencias, dependiendo de si la solicitud de alta incorpora servicio de banda ancha: TESAU manifiesta que la diferenciación en los plazos dependiendo de los servicios solicitados le supone una penalización por la necesidad y obligación de realizar actuaciones y desarrollos en todos los sistemas implicados en la tarea que quedarían en desuso cuando se migre

⁶ Resolución de 11 de noviembre de 2010, sobre la propuesta de nuevo servicio de acceso mayorista de banda ancha (Resolución NEBA)



el servicio AMLT al WS, entorno en el que se facilitaría controlar las solicitudes de AMLT que se formulen en paralelo con solicitudes de banda ancha.

- c) Informes sobre la evolución del servicio: los informes se realizan en entornos informáticos que están en plena fase de migración que no finalizará antes de junio de 2012.

En los dos primeros casos, concluye su análisis reiterando que la única forma de reducir en lo posible la duplicidad de esfuerzos y optimizar el resultado de los trabajos la constituye implementar dichos cambios coincidiendo con la migración del servicio AMLT a los WS de NEON (prevista para el 1 de enero de 2013), en tanto que los informes del servicio, como se ha dicho antes, incorporen los cambios establecidos para los informes remitidos a esta Comisión a partir de junio de 2012.

ASTEL, en las sus alegaciones al recurso interpuesto por TESAU, se muestra en contra de aceptar que TESAU modifique sus sistemas para incorporar un campo adicional en el que el operador deba, forzosamente, indicar si desea o no subrogarse en el alquiler de terminal puesto que, conforme a lo previsto en las resoluciones de 2007 y de 2011, el alta AMLT debe generar, por defecto, la resolución del contrato de alquiler y/o mantenimiento del terminal que ese cliente mantuviera con TESAU. Por tal motivo, solicita que esta Comisión “recuerde a TESAU que, desde la fecha en que se adoptó la Resolución recurrida, resulta improcedente el cobro de cualquier cantidad facturada en concepto de alquiler y/o mantenimiento de terminales asociado a cada una de las altas AMLT contratadas por los operadores.”

Conforme se apuntó en el anterior Fundamento de Derecho, la decisión por la que TESAU debe añadir un campo adicional a rellenar por los operadores en sus sistemas, no se trata de un plazo de “gracia” que le permita a TESAU continuar emitiendo facturaciones indebidas, resultado de la obligación que venía imponiendo TESAU a los operadores de solicitar mediante un proceso complejo, la resolución de los contratos de alquiler y mantenimiento de terminal. De lo que se trata es de una medida para regularizar una interpretación incorrecta de la Oferta que se había producido desde el momento mismo de la entrada en funcionamiento del servicio y que pudo haber ocasionado perjuicios al resto de operadores, tales como los apuntados por ASTEL.

La adopción de la mencionada medida de incorporar el campo adicional en la solicitud de alta AMLT, no debe ser objeto de preocupación para la asociación pues lo que se pretende con la misma es “indicar” a TESAU, modificando el texto de la Oferta para que se recoja de forma absolutamente inequívoca una obligación que ya existía, si el operador desea subrogarse en el contrato de alquiler de terminal. Por lo tanto, debe entenderse como un campo **adicional**, de cumplimentación **no obligatoria**, que permita al operador manifestar su deseo de subrogarse en el contrato. Si este campo se dejase en blanco, o no se incluyese en la solicitud del operador, deberá interpretarse por TESAU la falta de interés del mismo en dicha subrogación, resolviéndose por tanto el contrato de forma automática, de conformidad con lo indicado por ASTEL en su escrito de alegaciones, interpretación a la que TESAU ya estaba obligada con anterioridad y que a fecha de hoy, es plenamente vigente. Por lo tanto, en el ínterin, TESAU deberá habilitar, si es preciso, los medios manuales necesarios para el adecuado tratamiento de dichos contratos de alquiler de terminal.

Respecto de las facturaciones indebidas por la no resolución en tiempo y forma de los contratos de alquiler de terminal antes de incorporar el mencionado campo adicional, efectivamente no deberían considerarse legítimas sólo por el hecho de que el plazo destinado a los desarrollos en sistemas no haya expirado.



No obstante, la solicitud realizada por ASTEL en su escrito de recurso apoyado por VODAFONE en su escrito de alegaciones, de que se revoquen los efectos derivados de la incorrecta actuación de TESAU declarando indebidamente facturadas a los operadores toda cantidad por este concepto de alquiler y mantenimiento de terminal para, en consecuencia, instar a TESAU a su devolución, se escapan del objeto del presente procedimiento que no es otro que fiscalizar la conformidad a Derecho de la Resolución recurrida cuyo objeto no ha sido más extenso que el de revisar la Oferta AMLT a efectos de introducir modificaciones o mejoras en la misma tras el tiempo transcurrido desde su última modificación de importancia (noviembre de 2008).

El hecho de que no se acceda a la solicitud de ASTEL y VODAFONE antes referida, no supone que la Resolución recurrida carezca de coherencia. En la misma se señala, en relación con la reclamación planteada en similares términos por el operador France Telecom (Orange), lo siguiente:

“No obstante, no es posible proceder a la regularización que demanda Orange, esto es, considerar nulos todos los contratos de alquiler de terminal para las altas ya constituidas en las opciones básica y personalizada. Aunque se reconoce que el procedimiento seguido hasta ahora por Telefónica ha podido viciar lo dispuesto en la Resolución AMLT, tal regularización masiva presupondría la voluntad del abonado en un contexto diferente al del momento del alta, de forma por tanto extemporánea. En consecuencia, no cabe estimar esta petición.”

Como dice la Resolución, aunque se obligue a TESAU a corregir la situación a la mayor brevedad, incorporando en sus sistemas comerciales la baja automática por defecto del contrato de alquiler en caso de altas AMLT, no resulta razonable presumir que todos los contratos no resueltos con anterioridad a dicha Resolución son nulos. En muchos casos, el cliente, al que presumiblemente⁷ nadie ha consultado, podría haber asumido como natural el seguir disponiendo del terminal en los mismos términos que lo hacía con TESAU. Es decir, no es posible en modo alguno discernir qué clientes, al ser informados (en su caso) de la inmediata baja automática de su terminal, hubiesen manifestado su posible interés en mantenerse en dicho contrato de alquiler, o por el contrario, hubiesen asumido la rescisión del mismo. Por ello, resulta igualmente inviable determinar, de las cantidades cobradas por dicho concepto, cuáles fueron procedentes y cuáles no; es decir, cuáles se produjeron por un retraso en la tramitación de la baja, en cuáles se informó debidamente al usuario de la posibilidad de mantener su terminal, y en qué otras simplemente se mantuvo el estatus anterior sin que mediase ni baja automática ni solicitud manual de baja alguna.

Por ello la Resolución destaca la importancia de que el cliente sea debidamente informado, en este caso por el operador alternativo, de que el alquiler del terminal que ha disfrutado hasta ese momento, salvo indicación suya en contrario, va a ser dado de baja. Si no es así, este aspecto de la Oferta seguirá siendo una fuente de conflictividad y de daño de imagen comercial tanto para TESAU como para el operador que recibe al cliente.

Lo anterior no puede ser óbice para subrayar que la Resolución no legitima las facturaciones indebidas realizadas por TESAU ni legitimará las que se produzcan durante el plazo que transcurra hasta que TESAU incorpore los cambios en su sistema dado que, conforme venimos reiterando en esta Resolución, la resolución automática de los mencionados

⁷ Se desprende esta apreciación de la oposición de ASTEL a informar a los clientes sobre la posibilidad de mantenerse en el contrato de alquiler, según manifestó en sus alegaciones



contratos era algo a lo que TESAU ya estaba obligada con anterioridad. La Resolución, amén de modificar el texto de la Oferta para que se recoja de forma absolutamente inequívoca una obligación que ya existía, obliga a TESAU a dar soporte en sus sistemas a dicha obligación, que es para lo que se otorga un plazo.

Todo esto es compatible con la redacción del Resuelve Primero de la Resolución, que dice que las modificaciones de la Oferta “*entrarán en vigor*” tras el plazo dado para los desarrollos en sistemas, ya que en el caso concreto de la resolución automática de los contratos de alquiler de terminal, **no se trata de una modificación o novedad en la Oferta, sino una obligación que ya existía y que ha sido simplemente clarificada en el texto modificado.**

Por lo tanto, hasta que TESAU incorpore en sus sistemas el mencionado campo adicional, garantizará por los medios que estime más oportunos, el adecuado tratamiento de los contratos de alquiler de terminal, contratos que se considerarán resueltos siempre que no medie deseo expreso del operador de subrogarse en ellos. Esta resolución automática se producirá por tanto en todos los casos, salvo en aquellas solicitudes de alta que utilicen la opción “01- Personalizada” y soliciten de forma expresa dicho servicio de alquiler de terminal.

Por otra parte, esta Comisión ha tenido conocimiento reciente del significativo retraso acumulado por los principales operadores en su proceso de migración a la plataforma de NEON⁸, produciéndose dichos retrasos para la generalidad de servicios soportados por la misma, incluyendo la gestión de averías de prolongación del par (OBA), la propia provisión de los servicios de prolongación de par, el nuevo indirecto NEBA, etc. Al tratarse de retrasos tan generalizados es realmente muy dudoso que los operadores acometan dentro de pocos meses (finales de marzo de 2012) las adaptaciones necesarias para aprovechar las modificaciones ahora propuestas para el AMLT tal y como ahora está soportado en NEON, por sencillas que sean estas adaptaciones, cuando el próximo 1 de enero de 2013 se verificará una migración de dicho servicio AMLT para ser gestionado por los WS de NEON.

De mantenerse el plazo previsto en la resolución recurrida se haría incurrir, tanto a TESAU como a los operadores alternativos, en determinados desarrollos de vigencia temporal ciertamente limitada que podrían no ser aprovechados por el conjunto de operadores, conforme lo señala TESAU en su recurso respecto de su solicitud de modificar los plazos de las incidencias de provisión del servicio AMLT cuando la solicitud incorpore servicios de banda ancha, así como VODAFONE en su escrito de alegaciones.

Efectivamente, esta situación podría darse, por un lado, por no impedir las actuales carencias del servicio AMLT la contratación del mismo tal como se ha producido hasta la fecha. Es decir, las modificaciones de la Oferta recogidas en la Resolución constituyen, o bien mejoras lógicas por la evolución del servicio y su convergencia con otros mayoristas, o bien la adecuación de la práctica a lo previsto originalmente en la Oferta, corrigiendo desviaciones que, indudablemente, han podido perjudicar a los operadores. No obstante, esto no ha impedido el crecimiento del servicio y su difusión, por lo que siendo estos cambios deseables y necesarios, no impiden un razonable funcionamiento del servicio.

⁸ Resolución sobre la solicitud de Telefónica de España, S.A.U., de suspensión cautelar del calendario de implantación del servicio NEBA (DT 2011/2744)



Asimismo, el contexto de retrasos generalizados en la adaptación a nuevos sistemas por parte de los operadores, en el que se enmarcan los desarrollos necesarios para adaptarse a estos cambios del AMLT, podría ser otro factor que aconsejase a los operadores esperar a la migración definitiva del mismo a los WS de NEON.

En relación con las alegaciones de TESAU por las que solicita ampliar el plazo para emitir los informes sobre la evolución del servicio, ASTEL considera que TESAU pretende exonerarse del cumplimiento de su obligación prevista en el Resuelve Segundo de la Resolución recurrida interpretando erróneamente el cálculo y publicación del indicador de calidad “tiempo medio de provisión”. ASTEL reclama, por un lado, que el nuevo parámetro a incorporar a los informes de calidad AMLT sea el de “*porcentaje de entregas en plazo y sin incidencias*”, incluyendo como tales las averías de infancia, y no como parece entender TESAU, el “*tiempo medio de provisión*”. Y por otro lado, a la vez que reclama un cómputo de plazos equivalente al de la resolución DT 2011/516 de modificación de la OBA⁹, considera como no entregado un servicio si existen averías de infancia no resueltas, motivo por el que insiste en definir tales averías como las producidas en el mes de la entrega o en el siguiente.

De las alegaciones expuestas por TESAU en su recurso de reposición, no se desprende que interprete la Resolución en uno u otro sentido, tal y como entiende ASTEL, ya que en su recurso se limita a reproducir textualmente lo previsto en la misma. Lo que la Resolución establece en su Resuelve Segundo, entre otras cuestiones, no es que se incluya el “porcentaje de entregas en plazo y sin incidencias” como nuevo parámetro, sino, literalmente, “*el dato correspondiente al número de averías de infancia, producidas en el mes siguiente a la provisión.*” El hecho de que este dato se exprese de forma absoluta, o como un porcentaje de las entregas del servicio, no es algo relevante. En todo caso, la petición inicial de ASTEL, según recuerda la Resolución recurrida, era de un ANS de averías de infancia que fijase su incidencia en un 3%, dato que, evidentemente, se refería al número de averías en relación al de entregas, y no al porcentaje de entregas en plazo.

Por otro lado, no parece congruente que ASTEL reclame un tratamiento como el de la OBA para la contabilización de tiempos de entrega, y a la vez defina las averías de infancia como las producidas hasta el fin del mes siguiente al de la entrega, puesto que en la resolución DT 2011/516 antes citada, se establece que las averías de infancia son únicamente las producidas en **el plazo de 5 días** desde la entrega del servicio.

A juicio de esta Comisión, no es preciso que la OBA y la Oferta AMLT coincidan en todos sus aspectos, por lo que a los efectos que nos ocupan, las averías de infancia serán las producidas en el mes siguiente a la provisión, es decir, en los 30 días siguientes (no a fin del mes siguiente a la misma, debemos aclarar), y su número se reflejará en los informes. Esto supone, en cualquier caso, que no procede modificar la Resolución aprobada en estos aspectos.

En cualquier caso, en lo que se refiere a los informes sobre el servicio AMLT, aunque se estiman necesarios para que esta Comisión realice las tareas de supervisión de los mercados de comunicaciones electrónicas que tiene encomendadas, no puede afirmarse que con los cambios previstos al respecto en la Resolución recurrida se vaya a generar un gran impacto en el funcionamiento de los mismos, ni que dichos cambios tengan una naturaleza urgente. Por ello, y en atención al hecho de que TESAU va a realizar una

⁹ Resolución de 2 de junio de 2011, sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) en relación a la migración del servicio de prolongación de par al nuevo entorno de sistemas mayoristas NEON (DT 2011/516).



migración en su herramienta de informes, hecho desconocido durante la tramitación del expediente, parece razonable estimar su petición y demorar su entrada en vigor hasta el informe correspondiente al mes de junio del presente 2012. De esta manera se evitará la duplicidad de esfuerzos que señala TESAU, todo ello teniendo en cuenta que el retraso en la incorporación de dichos cambios (tres meses) no resulta significativo a los efectos perseguidos.

En consecuencia, y en virtud de todo lo anterior, cabe estimar la petición de TESAU en el sentido de posponer la implementación de las modificaciones de la Oferta AMLT que requieran cambios en los sistemas mayoristas de TESAU, hasta el momento en que dicho servicio AMLT sea soportado por los WS de NEON. Esto último se verificará, según lo establecido con anterioridad¹⁰, no más tarde del día 1 de enero de 2013, sin que los cambios contemplados en la Resolución recurrida puedan modificar dicha fecha.

TERCERO.- Sobre la supuesta falta de motivación de la Resolución recurrida.

En los recursos interpuestos por ASTEL y BT, dichas entidades manifiestan que la Resolución recurrida está incurso en causa de nulidad prevista en el artículo 62.1 de la LRJPAC por vulnerar lo establecido en el artículo 54.1 de la misma Ley.

Las citadas entidades consideran que esta Comisión no ha motivado suficientemente sus decisiones, resultando por ello decisiones arbitrarias y no proporcionales, respecto de los siguientes aspectos de la Oferta AMLT:

- Sobre la gestión del paquete personalizado de servicios suplementarios;
- Sobre los plazos de resolución de averías;
- Sobre la comprobación de la falta de coincidencia de DNI, motivo por el que TESAU rechaza solicitudes AMLT;
- Sobre los avisos de averías masivas;
- Sobre la inclusión en la oferta de otras facilidades empresariales;
- Sobre la gestión conjunta de averías masivas;
- Sobre la mensajería recibida después de los trabajos de provisión y el establecimiento de un plazo expreso para el envío de la mensajería del servicio

Con relación a los requisitos de motivación de los actos y resoluciones administrativos, el artículo 54.1 de la LRJPAC señala que la motivación requerirá una "*sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho*". En este sentido, el Tribunal Supremo ha indicado, en distintas sentencias¹¹, que 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 sino que resulta suficiente que efectivamente exista motivación aún cuando esta sea sucinta.

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 2009¹², de 26 de mayo de 2009¹³ y de 7 de marzo de 2006¹⁴.

¹⁰ Resolución DT 2009/497, antes citada.

¹¹ SSTS de 3 de diciembre de 1996 (RJ 1996\8930) y de 3 de mayo de 1995 (RJ 1995\4050).

¹² RC 2694/2007.



Sobre la base de lo anterior, procederemos a analizar si las decisiones sobre cada uno de los aspectos señalados por ASTEL y BT en sus respectivos recursos, están suficientemente motivadas por indicarse las razones técnicas y jurídicas que han llevado a esta Comisión a su adopción. Asimismo, se aclararán las dudas que sobre dichas cuestiones hayan manifestado los recurrentes o que se desprendan de sus alegaciones.

- a) *El rechazo de la solicitud de extender el efecto de baja automática de servicios previsto para el paquete básico (opción 02) al paquete personalizado (opción 01) y así evitar facturaciones indebidas en concepto de alquiler y mantenimiento de terminal.*

Según ASTEL, la Resolución no fundamenta suficientemente su decisión al tomar en consideración las alegaciones de TESAU sobre el mayor esfuerzo de desarrollo que supondría gestionar el paquete personalizado de manera idéntica al paquete básico, alegaciones que están poco fundamentadas al no estar planteadas con un grado de precisión suficiente.

BT, por su parte, señala que extender el tratamiento mencionado al paquete personalizado simplificaría la operativa de los operadores, al evitar la necesidad de una doble petición (entendemos aquí, de baja y de alta)

Hay que indicar que, conforme se desprende de la Resolución recurrida (pg 6/29), en la decisión de no extender el efecto de baja automática en el paquete personalizado se tuvo en cuenta el hecho de que, pese al grado de detalle con que TESAU planteó el problema poniendo de manifiesto su dificultad, es evidente que tratar informáticamente un paquete de servicios plenamente configurable tiene que suponer, necesariamente, un mayor esfuerzo de desarrollo que otro preconfigurado e invariable, como es el paquete básico. Asimismo se valoró la oportunidad de reducir los tiempos de desarrollo (y por tanto, de disponibilidad para los operadores) de una solución quizá parcial¹⁵, pero útil en la práctica a tenor de lo alegado, frente a una solución completa que retrasara la puesta en marcha.

No obstante ha quedado comprobado que la Resolución recurrida motiva suficientemente la decisión adoptada al respecto conforme con el escenario o calendario previsto en el momento en el que se adoptó. Dicho calendario ha variado de acuerdo con lo estimado en el anterior Fundamento de Derecho (retrasar la implantación de los cambios previstos en la Resolución recurrida hasta la migración de AMLT a los WS de NEON, prevista para el 1 de enero de 2013). Ahora bien, dado el cambio de escenario o nuevo calendario, parece perfectamente viable, y con un menor esfuerzo que con el calendario anterior, implementar idéntico tratamiento automatizado de dar de baja los servicios no solicitados cuando el operador alternativo solicite la opción del paquete personalizado.

¹³ RJ 2009\4401.

¹⁴ RJ 2006\1668.

¹⁵ La oferta tendrá prever expresamente que cuando el operador alternativo solicite la opción del paquete básico, TESAU deberá proceder de forma automática a dar de baja los servicios que no estén comprendidos en dicho paquete básico, y activar aquellos que sean precisos para completarlo.



Por lo tanto, el tratamiento de baja automática de los servicios suplementarios no incluidos en el paquete básico ha de extenderse al paquete personalizado, refiriéndose en este caso a todos aquellos servicios suplementarios que no estén comprendidos en la solicitud del operador de alta de AMTL en dicha modalidad, incorporándose dicho tratamiento a los sistemas comerciales del servicio AMLT en el momento de su migración a los WS de NEON.

b) La ampliación del plazo máximo de resolución de averías fijado en la Resolución.

ASTEL considera que la decisión de ampliar el citado plazo, no se justifica de manera suficiente resultando más acorde con el principio de no discriminación, adoptar el plazo de 24 horas hábiles inicialmente previsto en la propuesta de Resolución. Además, el plazo fijado resulta desproporcionado por ser muy superior al empleado por TESAU para resolver las averías de sus propios clientes minoristas.

Asimismo, considera inadecuado que esta Comisión haya tenido en cuenta la Orden de Calidad ITC912/2006, de 29 de marzo, que contabiliza los plazos en días u horas naturales. De este modo, las 46 horas a las que se refiere la Resolución (plazo publicado por TESAU como objetivo para la resolución de averías de sus clientes minoristas) son *naturales*, lo que, según ASTEL, suponen menos de 24 horas *hábiles*, por lo que el plazo ideal mayorista debería ser incluso inferior a fin de dar cabida a ciertas actuaciones adicionales.

Con carácter previo a analizar la motivación sobre el plazo máximo de resolución de averías fijado en la Resolución, es preciso advertir que la solicitud original de ASTEL en ningún momento habla de horas "hábiles", sino tan sólo de "horas". Únicamente se dice que el nuevo plazo de "24 horas" se establece por similitud con la OBA, donde se fija un plazo de 24 horas para averías de prioridad media.

Si se consulta el texto de la OBA vigente es fácil comprobar que, en su Anexo 1, se establecen plazos para la resolución de averías cifrados en "horas", pero no se aclara su naturaleza. Pues bien, aunque en otros apartados (plazos de provisión) siempre se hable de "días hábiles" (como se hace, por otro lado, en la oferta AMLT), es razonable pensar que, al tratarse de plazos de resolución en algunos casos inferiores a las 24 horas, siempre se estará hablando de horas "naturales", teniendo en cuenta además que el concepto de "horas hábiles" no deja de ser infrecuente, dado que su traducción en horas naturales dependería fuertemente del horario diario de atención y de los posibles festivos, lo que haría muy compleja la verificación de su cumplimiento.

En cualquier caso, la recomendación ETSI EG 202 057-1 (en la que se fundamenta la Orden de Calidad ITC/912/2006, de 29 de marzo), establece en su apartado 5.5 (citado expresamente por la Orden ministerial), dedicado a los tiempos de resolución de averías, que los tiempos se expresarán en "elapsed clock hours" (horas naturales transcurridas) en lugar de "working hours" (horas hábiles o laborables) como se había hecho con anterioridad. En la justificación de tal cambio, el ETSI aclara que en el cálculo de estas horas naturales no se excluyen los días festivos, durante los cuales la cuenta de tiempo sigue corriendo.

Por ello, hay que considerar que 46 horas "naturales" se convertirán en una cantidad menor de tiempo "hábil", aunque no 24 horas como reclama ASTEL. En efecto, si



aplicamos el mismo factor de corrección que en otras resoluciones de esta Comisión¹⁶ por el que las jornadas hábiles son aproximadamente el 66% de las naturales en un año con los festivos habituales, esas 46 horas naturales, equivalentes a 1,92 días igualmente naturales, se convertirían en 1,27 jornadas hábiles.

Además, en las alegaciones de TESAU al informe de los servicios en donde se proponía establecer un plazo de 24 horas, la operadora manifestó que, *“de tener que asumir este compromiso de resolución en 24 horas para las averías AMLT, se estaría discriminando negativamente al servicio que AMLT realmente replica, la telefonía minorista de Telefónica, dado que los clientes de la misma que desean disponer de ese nivel de respuesta deben contratar un servicio de mantenimiento Premium, con su correspondiente cuota adicional. Asimismo, considera que, al no aplicarse en el caso del AMLT paradas de reloj por causas ajenas a Telefónica en la resolución de averías, se está en clara desventaja respecto a lo regulado para la OBA.”*

Como conclusión, y aceptando que las 46 horas publicitadas por TESAU sean naturales, el plazo hábil equivalente a 46 horas naturales es superior a una jornada e inferior a dos por lo que no cabe considerar como muy superior el plazo previsto en la Resolución recurrida de 48 horas hábiles. Además, redondeado al entero superior el plazo de 46 horas, resulta un plazo máximo de dos días hábiles, que se corresponde con el plazo de resolución de averías de 48 horas para el servicio AMLT. Este plazo es perfectamente factible en la práctica y no discriminatorio frente al plazo de resolución que aplica TESAU a las averías sobre sus clientes minoristas o el que anteriormente tenía previsto la propia oferta AMLT de 72 horas respecto de las averías de los operadores alternativos, de conformidad con lo expuesto al respecto en la Resolución recurrida.

c) La denegación de establecer una funcionalidad para comprobar si está justificado el rechazo de TESAU a las solicitudes AMLT de los operadores.

ASTEL y BT señalan que, actualmente, los operadores alternativos no disponen de ningún medio para comprobar que, en el rechazo de TESAU a solicitudes AMLT por falta de coincidencia entre el DNI que figura en la solicitud y el que consta en los sistemas de TESAU, se observa la previsión que hace esta Comisión de que se aplique *“la máxima diligencia en la actualización de sus datos en sus sistemas de comercialización mayorista.”* Por tal motivo, solicitaron una funcionalidad en el portal web NEON o de un fichero .xml que les facilitara dicha comprobación, solicitud que, según los recurrentes, fue rechazada injustificadamente.

Respecto de esta solicitud, la Resolución, en efecto, señala los motivos por los que la deniega. Estos son, que no se trata de una modificación de la Oferta, de conformidad con el objeto del procedimiento cuya Resolución ahora se recurre, sino de una mejora en la funcionalidad de los sistemas que debería ser consensuada por los operadores en los foros apropiados y ser incorporada, en su caso, en los nuevos WS resultantes de la próxima migración del servicio AMLT.

d) No obligar a TESAU a suministrar a los operadores alternativos la información relativa a las averías que interrumpan o degraden la calidad de los servicios mayoristas.

¹⁶ Por ejemplo, la Resolución por la que se establece el procedimiento de alta simultánea de línea AMLT y servicios OBA de acceso indirecto o acceso desagregado compartido (DT 2008/787).



ASTEL rechaza que esta Comisión deniegue esta solicitud que tenía por objeto el de permitir a los operadores que dispongan de la misma información de la que dispone TESAU en su servicio de atención al cliente, por considerar insuficiente que su desestimación se funde en el hecho de que la medida no está prevista en otras Ofertas, por lo que considera que no existen razones objetivas que imposibiliten establecer dicha obligación.

La Resolución recurrida no utiliza como único argumento para rechazar la solicitud de ASTEL, el hecho de que dicha medida no esté prevista en otras ofertas. Como bien dice la Resolución recurrida, las averías no son previsibles, a diferencia de los trabajos programados de mantenimiento que sí habrán de ser comunicados por TESAU con una antelación mínima de 6 días. Asimismo, la Resolución pone en duda que, como pretende ASTEL, el aviso de avería que daría TESAU al operador alternativo fuese anterior a los avisos de avería que los clientes dirigieran hacia este mismo operador para que éste tuviese una primera respuesta a dichos clientes.

Por otra parte, acceder a lo que pide ASTEL, esto es, imponer a TESAU la obligación de realizar una comunicación de avería masiva definida y regulada en la Oferta por los medios concretos y en los tiempos y forma que ahí se establecieran, supone una potencial fuente de conflicto ya que será muy difícil dilucidar si TESAU dispuso, en un momento anterior a los propios operadores, del conocimiento de la existencia de la avería o si era capaz de averiguar, con una diligencia razonable, si existían líneas AMLT de un determinado operador (aquél al que habría que avisar) afectadas por la misma. En consecuencia, se tendría que obligar a TESAU a comunicar a los operadores alternativos cualquier avería en su red, independientemente de que afecte a los usuarios del operador interesado, medida evidentemente desproporcionada en relación con el fin perseguido por el mismo.

Para evitar imponer la mencionada medida desproporcionada a TESAU, se podría sustituir ésta por la de exigirle llevar a cabo un exhaustivo filtrado de los avisos por servicio mayorista afectado y por la planta instalada de los diferentes operadores. No obstante, esta medida no siempre sería posible realizarla en un tiempo breve. Además, no parece razonable pensar que TESAU, en el momento en que disponga de información fiable sobre una avería considerada como “masiva”, susceptible por tanto de afectar a los servicios mayoristas prestados a uno o más operadores, no comparta esta información con dichos operadores, que son sus clientes mayoristas. Es lo que cualquier norma de buena práctica comercial establecería, independientemente de que figure, o no, como obligación en una Oferta de Referencia, que es lo que se debe esperar de un operador como TESAU.

e) La denegación de incluir en la oferta AMLT todas las facilidades adicionales que TESAU posee en su catálogo y que resultan de especial interés en el segmento empresarial.

Las facilidades a las que se refieren, tanto ASTEL y BT como VODAFONE, y que admiten el calificativo de “empresariales”, son las de incluir en la Oferta las líneas RDSI Primarias, las facilidades de interés propias de los servicios empresariales, como salto de línea, grupo IPBX, red privada virtual.



Consideran además que esta denegación resulta incongruente con el informe MTZ 2011/652 (Informe sobre la situación competitiva en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas en el segmento empresarial y propuestas de actuación por la CMT) en donde, entre otras conclusiones, se indicó que *“los servicios mayoristas más relevantes para la provisión de servicios para grandes empresas son, ... el AMLT...”*.

Esta petición ya fue presentada en la tramitación del procedimiento MTZ 2007/361¹⁷ y desestimada en la correspondiente Resolución al comprobarse que la tendencia no se ha visto alterada en los últimos tiempos al indicar que *“según el último Informe Anual de la CMT, correspondiente al ejercicio 2010, dentro del sector negocios Telefónica ha perdido un total aproximado de 299.000 líneas netas, en tanto que el resto de operadores, en su conjunto, presentan una ganancia neta de 82.000 líneas. Es decir, en una coyuntura económica de contracción de la demanda empresarial (el balance es de una pérdida global de 217.000 líneas), los operadores alternativos han sido capaces de aumentar su planta instalada en este tipo de clientes.*

Por ello no se dan objetivamente las condiciones precisas para modificar lo decidido por esta Comisión en la resolución citada, de modo que no cabe estimar esta petición de Orange respecto de la inclusión de facilidades de tipo empresarial en la Oferta.”

En relación con la incongruencia que apuntan entre la mencionada desestimación y el informe MTZ 2011/652, debe señalarse que aquél es de carácter estático, referido a un instante temporal (octubre de 2011), en tanto que el análisis llevado a cabo en la Resolución para rechazar la inclusión de facilidades de tipo empresarial es sobre la tendencia del mercado a lo largo de los últimos ejercicios, tomando como base lo publicado en el Informe Anual de esta Comisión. Además, el citado informe excluye expresamente, del ámbito de su estudio (y así se afirma en el mismo), a las pequeñas empresas que serían, en buena lógica, las principales destinatarias de los servicios de AMLT, por lo que su aplicación al asunto que nos ocupa es dudosa.

ASTEL afirma que, incluso en el caso de que las líneas RDSI primarias sigan fuera del ámbito del AMLT, la facilidad de agrupamiento de líneas está implícita en el servicio de “salto de llamada” ofrecido para las líneas individuales analógicas y en las básicas RDSI, donde se habla de “grupos de salto”, y que por ofrecerse ambos sobre líneas individuales deben de ser replicados por el servicio AMLT.

Respondiendo a esta última afirmación, si bien podría haber alguna duda al respecto de las líneas RDSI básicas y sus grupos de salto, parece que considerar, como hace ASTEL, un desvío de línea analógica como un efectivo agrupamiento de líneas (ergo, una facilidad empresarial) resulta, a nuestro juicio, un tanto excesivo.

Finalmente, debe señalarse que la inclusión de servicios de naturaleza empresarial conllevarían adaptaciones y desarrollos de calado, pues supondría una reorientación de

¹⁷ Resolución MTZ 2007/361 de 8 de noviembre de 2007, pág. 19: *“Esta Comisión estima parcialmente las alegaciones de TESAU respecto a la exclusión de las líneas RDSI Primarias de la Oferta de AMLT. Según los datos recogidos en la siguiente tabla y elaborados a partir de los Informes Anuales de la CMT, en 2006 la cuota de mercado de TESAU en el suministro de este tipo de líneas se situó en el 48,9%, casi 5 puntos porcentuales por debajo de la cuota registrada en 2005. Si se analiza la evolución del número y tipología de agentes que suministran este tipo de líneas, los datos ponen de manifiesto que existen condiciones en el mercado que favorecen el desarrollo de la competencia para llegar con infraestructura propia a los clientes que demandan líneas RDSI Primarias, principalmente medianas y grandes empresas, donde los operadores obtienen la rentabilidad necesaria para amortizar los costes que supone llegar con red propia a este tipo de clientes. Por otro lado, la mayoría de estas líneas se suministra como parte integrante de proyectos específicos, según las necesidades previstas por la empresa que contrata el servicio.”*



la Oferta hacia un segmento para el que inicialmente no estaba diseñada. Ante el hecho de que a lo largo de este año 2012 está prevista la puesta en marcha comercial de la Oferta del nuevo servicio indirecto NEBA, que con su notable capacidad de personalización de los servicios soportados sobre el mismo, junto a sus calidades garantizadas, ofrece grandes facilidades a aquellos operadores que deseen abordar el mercado empresarial, parece que tal esfuerzo de adaptación de la Oferta AMLT es seguramente innecesario. Más aún, cuando se considera que el servicio AMLT se ha erigido en los últimos tiempos como una alternativa viable ante la dudosa capacidad de los indirectos ADSL-IP y GigaADSL para el tráfico de voz sobre IP, en ausencia de NEBA, resulta evidente que la llegada de este último servicio debería reducir de forma significativa la demanda para el AMLT, especialmente en el sector empresarial.

f) La denegación de incluir la posibilidad de que los operadores puedan gestionar averías masivas y reclamar conjuntamente.

ASTEL y BT señalan que, así como TESAU cuenta con capacidad¹⁸ para identificar averías masivas a través de sus propios procesos internos de gestión de incidencias de infraestructuras, debería de haberse incluido en la Oferta la posibilidad que los operadores pueda gestionar averías masivas y reclamar conjuntamente, de manera idéntica a la facilidad existente para provisionar líneas de forma masiva y automática.

La Resolución recurrida expone, como motivos por los que se desestima la posibilidad de gestionar averías masivas, la remota posibilidad de que éstas ocurran dada la dispersión de los clientes y la posibilidad de reportar falsas averías a partir de incidencias no relacionadas, además de que se ha considerado que la Oferta AMLT contempla únicamente líneas de acceso de tipo individual, y ello es consecuencia de su orientación preferente hacia el sector residencial dada la situación competitiva en el segmento empresarial.

ASTEL considera que los motivos antes expuestos carecen de base puesto que existen ejemplos de incidencias que han afectado a gran número de líneas (cita ASTEL como ejemplo facturaciones indebidas de tráfico que debía haberse considerado incluido en la preselección global extendida sobre la que se presta el AMLT), y en segundo lugar, porque si fuese remota la posibilidad de que ocurrieran averías masivas, no debía de preocupar la posibilidad, igualmente remota, de que se reporten falsas averías.

En respuesta a estos últimos razonamientos, de naturaleza cualitativa, hay que destacar que la inclusión en la Oferta de la gestión de averías masivas supondría, como antes se ha indicado, una reorientación de la Oferta hacia el segmento empresarial, segmento cuyas necesidades ahora manifestadas se verían satisfechas con la puesta en marcha del nuevo servicio indirecto NEBA, conforme se pone de manifiesto en el anterior apartado, por lo que sería innecesario el esfuerzo que requeriría la adaptación de la Oferta AMLT a esta demanda.

g) La no especificación del tiempo en el que TESAU deberá enviar a los operadores alternativos el listado de los servicios provisionado tras la finalización del alta del AMLT.

¹⁸ TESAU puede identificar averías masivas a través de la notificación de averías masivas por parte de sus clientes finales y operadores alternativos.



BT señala, tal y como alegó en el trámite del expediente, que en la actualidad la información no se envía de forma automática, como lo establece la Oferta.

La Oferta establece claramente un plazo de envío máximo de dicha información (“*diariamente*”), lo que sólo cabe interpretarse como el envío dentro de la jornada siguiente a la verificación de la actuación que se trate, en este caso, el alta del servicio.

Por otra parte, ha de aclararse que “automático” no siempre es sinónimo de “inmediato”. No es razonable pensar que TESAU, por una mera cuestión de eficiencia, no haya automatizado la operativa de estas comunicaciones que, en todo caso, tendría que enviarlas dentro del plazo previsto en la Oferta. TESAU, si así lo desea, puede hacer trabajar a sus sistemas de mensajería en modo *batch* aprovechando momentos de baja carga para procesar lotes de mensajes. Por ello, aun siendo la mensajería de naturaleza automatizada, esta puede enviarse en la jornada siguiente a la ejecución del alta, o del movimiento de que se trate.

Ahora bien, si lo que expone BT no se refiere a un incumplimiento de TESAU de la Oferta actual sino a una solicitud de mejora, hay que considerar que cuando el soporte del servicio AMLT se apoye en los WS de NEON, la naturaleza interactiva de los mismos facilitará la inmediatez de las comunicaciones, por lo que es de suponer, seguirán una pauta de informar en tiempo real (o próximo a tiempo real) de los cambios producidos en la tramitación de un pedido o solicitud, de forma similar a la operativa de los WS de la OBA.

Una vez realizado el análisis sobre si concurre la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1 de la LRJPAC por vulnerar lo previsto en el artículo 54.1 de la misma Ley sobre los aspectos analizados, cabe concluir que la Resolución sí está suficientemente motivada por cuanto que expone los motivos por los que se adoptaron las decisiones sobre los mencionados aspectos, además de que se han tenido en cuenta y contestado, todas las alegaciones presentadas por los operadores en la tramitación del procedimiento.

Por tanto, del contenido de la Resolución impugnada puede colegirse las razones que determinaron la decisión final de esta Comisión, en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en las SSTs de 15 de enero de 2009¹⁹, 20 de mayo de 2008²⁰ y 8 de marzo de 2006²¹. 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 tercero de la SAN de 26 de febrero de 2007²² 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

¹⁹ RJ 2009\467.
²⁰ RJ 2008\5296.
²¹ RJ 2006\5702.
²² JUR 2007\52343.



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 los operadores recurrentes no compartan los criterios utilizados por esta Comisión en la motivación de la Resolución recurrida, como recuerda la SAN de 26 de febrero de 2007 al final de su Fundamento tercero:

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

Al concurrir la suficiente motivación en la Resolución recurrida debe excluirse cualquier presunto vicio de arbitrariedad en la misma por posible infracción del artículo 9.3 de la Constitución, como se desprende de la jurisprudencia, y entre otras, de la STC 331/2006, de 20 de noviembre²³, y las SSTS de 17 de diciembre de 2004²⁴ y de 14 de octubre de 2003²⁵.

Finalmente, cabe decir que, en todo caso, una falta de motivación nunca constituye causa de nulidad del acto o resolución impugnados sino que, a lo sumo, cabría considerar su anulabilidad 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 las SSTS de 8 de mayo de 2008²⁶, de 13 de julio de 2004²⁷ y de 16 de julio de 2001²⁸, y de conformidad con lo indicado en el Primer Fundamento de Derecho.

Por lo tanto, en el presente caso tampoco cabe anular la resolución impugnada por cuanto que no se ha producido indefensión material y efectiva a los recurrentes.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto Telefónica de España, SAU, y en consecuencia, posponer las modificaciones de la Oferta AMLT cuando

²³ En el Fundamento Segundo de esta Sentencia el Tribunal Constitucional recuerda que: “*Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos.*”

²⁴ RJ 2005\388.

²⁵ RJ 2003\7805.

²⁶ RJ 2008\2642.

²⁷ RJ 2004\4203.

²⁸ RJ 2001\6684.



su implementación requiera cambios en los sistemas mayoristas de Telefónica de España, SAU, así como posponer los informes sobre el servicio AMLT, en los siguientes términos:

- El plazo para implementar las modificaciones previstas en la Resolución recurrida finalizará cuando el servicio AMLT sea soportado por los Web Services de NEON que, en ningún caso, podrá superar la fecha de 1 de enero de 2013.
- La remisión de los informes a esta Comisión sobre la evolución del servicio AMLT, se retrasará hasta junio de 2012. Es decir, el primer informe que se tendrá que remitir a esta Comisión, será el correspondiente al mes de junio de 2012.

SEGUNDO.- Estimar parcialmente el recurso interpuesto por la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) y por BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, SA, en el sentido de que el tratamiento de baja automática de los servicios suplementarios no incluidos en el paquete básico (opción 02) se extienda al paquete personalizado (opción 01), entendiéndose como tales servicios todos aquellos que no estén comprendidos en la solicitud del operador de alta de AMLT en dicha modalidad.

El plazo para incorporar dicho tratamiento a los sistemas de soporte del servicio AMLT finalizará cuando el servicio AMLT sea soportado por los Web Services de NEON que, en ningún caso, podrá superar la fecha de 1 de enero de 2013.

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 48.12 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, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.