



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 36/11 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 3 de noviembre de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución por la que se resuelven los recursos de reposición interpuesto por Telefónica de España SAU, France Telecom España SA y Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones contra la Resolución de esta Comisión de 28 de julio de 2011 sobre modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) en relación a los traspasos de operador y al Plan de Gestión del Espectro para la señal VDSL2 (AJ 2011/1989).

I ANTECEDENTES

Primero.- Requerimientos practicados a diferentes operadores relativos a la OBA.

En fecha 20 de mayo de 2009 esta Comisión remitió requerimientos de información a Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) y a diferentes operadores implicados en la desagregación de bucle, con el fin de recabar información sobre el estado de implantación y funcionamiento efectivo de los procedimientos de traspaso de bucle con portabilidad asociada entre operadores alternativos. Las cuestiones estaban orientadas a conocer con cierto grado de detalle la situación real en dicho ámbito, para así determinar la posible necesidad de adoptar medidas en el marco de la OBA.

De la información recibida se concluyó que ningún operador estaba utilizando en la práctica el procedimiento de prolongación de par con traspaso y portabilidad simultánea para líneas ya desagregadas por un tercer operador autorizado. Dicha posibilidad se encontraba recogida en la OBA ya desde su primera revisión de abril de 2002 en forma de unos principios generales, si bien no existía un procedimiento específico a seguir por los agentes implicados en el proceso, detalle sujeto al acuerdo entre las partes.

Los principales problemas que se detectaron radicaban, por un lado, en la complejidad para sincronizar las ventanas de prolongación y portabilidad, al existir tres operadores involucrados, y, por otro, en la dificultad para identificar los pares concretos a desagregar mediante la dirección del domicilio del abonado.



Segundo.- Análisis de la propuesta de TESAU en la Unidad de Seguimiento OBA.

La problemática de la desagregación de bucle con traspaso entre terceros y su coordinación con el proceso de portabilidad ha sido objeto de un largo debate en la Unidad de Seguimiento OBA.

Este asunto fue planteado inicialmente en la sesión de fecha 19 de mayo de 2009 por los operadores que forman parte de ASTEL, manifestando TESAU que la problemática asociada a la coordinación de los trabajos en la ventana de cambio ya estaba siendo estudiada internamente.

Posteriormente, en la sesión de la Unidad de Seguimiento del día 19 de febrero de 2010, TESAU presentó una serie de adaptaciones y mejoras a nivel de sistemas que ya había llevado a cabo en SGO para optimizar la comunicación de la ventana de cambio y la coordinación de los trabajos, con el fin de permitir a los operadores sincronizar correctamente la ejecución de la portabilidad con la ventana de cambio OBA¹.

En la siguiente reunión del día 25 de mayo de 2010 se pusieron de relieve dificultades y problemas a resolver, en particular la identificación de accesos y determinados aspectos asociados a la sincronización con la portabilidad.

A la vista de lo anterior, se urgió a los operadores a adoptar una solución definitiva antes de septiembre de 2010 pues, de lo contrario y transcurrido dicho plazo, esta Comisión se vería obligada a intervenir, dada la importancia del asunto por afectar el mismo de forma directa a los usuarios.

En la sesión de 27 de septiembre de 2010 se discutió nuevamente el tema, efectuando TESAU una serie de aclaraciones solicitadas por los operadores y analizándose en mayor profundidad las dificultades encontradas. En la reunión se constató la imposibilidad de consensuar una solución.

Tercero.- Inicio y tramitación del procedimiento DT 2010/1756 de modificación de la OBA.

Una vez expirado el plazo concedido por esta Comisión para las negociaciones entre las partes y en vista de la imposibilidad de alcanzar un acuerdo aceptable entre ellas en aspectos relevantes del procedimiento, resultaba clara la necesidad de que esta Comisión interviniese para regularlo en detalle y en el marco de un expediente de modificación de OBA.

Con fecha 8 de octubre de 2010, esta Comisión comunicó a los interesados el inicio del procedimiento administrativo de referencia de oficio, invitándoles a formular las alegaciones que estimasen pertinentes en un plazo de 10 días, con arreglo a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), norma procedimental de obligado cumplimiento por esta Comisión en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas. Grupalia Internet, S.A., TESAU, France Telecom España, S.A. (en adelante, Orange), Vodafone España, S.A.U. (en adelante, Vodafone) y Jazz Telecom, S.A.U. (en adelante, Jazztel) formularon alegaciones al escrito de inicio. El día 12 de noviembre de 2010 se recibió un escrito complementario de TESAU proponiendo incorporar en la OBA su propuesta formulada en la sesión de 27 de septiembre de 2010, en relación a la unificación de la configuración VDSL2 para el modelado espectral UPBO.

Con fecha 10 de febrero de 2011 en el ámbito de la instrucción del procedimiento se procedió a formalizar el preceptivo trámite de audiencia al que se acompañaba un informe comprensivo del resultado de lo actuado hasta ese momento elaborado por los Servicios de esta Comisión. Jazztel,

¹ Estas mejoras en el procedimiento ya habían sido previamente presentadas por Telefónica en el contexto del Foro de Sistemas OBA, en su sesión de fecha 12 de noviembre de 2009.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Orange, Telefónica y Vodafone formularon alegaciones en el plazo de 10 días concedido a estos efectos en ese primer trámite de audiencia.

A resultas de cierta problemática observada en el período de información previa que se estaba siguiendo con el número de referencia DT 2010/2002 y en vista de las alegaciones formuladas por ASTEL, Jazztel y Vodafone, se llegó a la conclusión de la necesidad de ampliar el objeto inicial del procedimiento DT 2010/1756 para dar cabida en el mismo a todos los traspasos de operador en general, incluyendo la recuperación de bucle por Telefónica, concediendo un segundo trámite de audiencia a tal efecto a los operadores interesados en el procedimiento.

Con fecha 17 de mayo de 2011 se concedió a los interesados un nuevo trámite de audiencia. Al escrito de apertura del citado trámite se adjuntó un nuevo informe comprensivo de lo actuado hasta ese momento.. Jazztel, Orange, Telefónica y Vodafone formularon alegaciones en el plazo concedido a estos efectos. ASTEL lo hizo fuera de plazo, aunque se decidió considerar igualmente sus aportaciones.

Cuarto.- Resolución de 28 de julio de 2011 (DT 2010/1756).

Tras los trámites reseñados en el antecedente anterior fue dictada Resolución de fecha 28 de julio de 2011, con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO.- *Modificar la OBA introduciendo la obligatoriedad de utilizar los procedimientos especificados en el apartado 3.2 y 3.3 del Fundamento Quinto, en todos los traspasos de bucle desagregado con portabilidad, independientemente del operador origen y destino, así como para las recuperaciones de bucle por Telefónica. Dichas funcionalidades deberán ser implementadas por Telefónica en NEON y completadas las adaptaciones en la ER y sistemas internos de los operadores de acuerdo al siguiente calendario:*

Hito²	Fecha límite
<i>Disponibilidad de la Guías de Uso de WS</i>	<i>1 junio 2012</i>
<i>Fin convivencia (apagado SGO)</i>	<i>1 julio 2012</i>
<i>Disponibilidad del Entorno de pruebas WS</i>	<i>1 julio 2012</i>
<i>Disponibilidad pre comercial (piloto productivo)</i>	<i>1 septiembre 2012</i>
<i>Disponibilidad comercial</i>	<i>1 diciembre 2012</i>

SEGUNDO.- *Se modifica el apartado 1.5.4.8 de la OBA sobre el procedimiento de baja de prolongación del par, atendiendo a lo dispuesto en el Anexo 5.*

TERCERO.- *En el caso de recuperar clientes mediante alta de par vacante, Telefónica deberá cumplir con las medidas estipuladas en el apartado 4 del Fundamento Quinto, como procedimiento alternativo para la recuperación de bucle.*

CUARTO.- *Telefónica remitirá a esta Comisión antes del 1 de octubre de 2011 un procedimiento, incluyendo plazos, conducente a garantizar la fiabilidad de la base de datos de callejero GESCAL, para lo que tomará como base lo dispuesto en el apartado 3.1 del Fundamento Quinto.*

QUINTO.- *Se incluye en el Plan de Gestión del Espectro de la OBA la unificación de la configuración VDSL2 para el modelado espectral UPBO expuesta en el Fundamento Sexto.”*

² Se incluye el cronograma del proyecto NEON en el Anexo 6.



Quinto.- Recurso de reposición de TESAU.

Mediante escrito de fecha 1 de septiembre de 2011 TESAU interpuso recurso de reposición contra la anteriormente citada Resolución de 28 de julio de 2011 (DT 2010/1756). Los razonamientos impugnatorios aducidos por la operadora en su recurso de reposición pueden resumirse, fundamentalmente, en lo siguiente:

1º.- La herramienta “GESCAL” no fue creada ni ideada para proporcionar las funcionalidades adicionales exigidas en la resolución recurrida. La herramienta fue pensada para apoyar a las altas sobre par vacante del servicio telefónico pero no para la identificación de bucles o accesos.

2º.- Resulta imposible para TESAU cumplir los plazos, términos y condiciones previstos en el Resuelve Cuarto de la resolución impugnada, lo cual implica un supuesto de nulidad del artículo 62.1.c) de la LRJPAC. Por un lado, no es posible abordar la modificación del GESCAL de la resolución recurrida, puesto que los códigos de vía suministrados por el Instituto Nacional de Estadística (INE) no describen de forma completa las localizaciones de una calle en sus ámbitos geográficos inferiores al municipio. Por otro lado, no se dispone de una base de datos de referencia con la que comparar GESCAL. Tampoco pueden borrarse datos de GESCAL al estar siendo utilizados por otros sistemas y aplicaciones de TESAU y pudiendo perjudicar diversos procesos.

3º.- Esta Comisión impone el diseño de un nuevo callejero, lo cual sería inútil a tenor de las actuaciones seguidas por la Administración General del Estado para trasponer, a través de la Ley 14/2010, de 5 de julio, la Directiva 2007/2/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2007 (DOUE de 25 de Abril de 2007) que tiene como objetivo la creación de una infraestructura de datos espaciales en Europa.

4º.- No es posible crear un procedimiento que garantice la fiabilidad de la base de datos del callejero GESCAL para la obtención de números administrativos, ya que no puede pretenderse que una herramienta informática en general y que GESCAL en particular sea digna de crédito hasta el punto de no contener errores. En la Ley 14/2010, de 5 de julio, anteriormente mencionada, no se habla de de “garantizar fiabilidad” sino de proveer datos al “nivel más adecuado”. Este criterio también es el seguido en la iniciativa europea EURADIN así como en el Foro de Direcciones de España.

5º.- La resolución recurrida es nula según el artículo 62.1.a) de la LRJPAC en relación con los artículos 11.5 de la Ley 32/2003 y 9.3. y 24 de la Constitución, al imponer de modo arbitrario a TESAU obligaciones no objetivas, desproporcionadas y discriminatorias, habiendo rechazado otras medidas alternativas que TESAU estima más adecuadas y proporcionadas. Las obligaciones impuestas por esta Comisión no se encuentran, además, justificadas para el caso concreto y con relación a la naturaleza del problema detectado.

Sexto.- Notificación del inicio del procedimiento a la entidad recurrente y a los demás interesados.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión fechado el día 9 de septiembre 2011 se informó a la recurrente y al resto de los interesados, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición interpuesto por TESAU.



Séptimo.- Interposición por parte de ASTEL y ORANGE de sendos recursos contra la Resolución de 28 de julio de 2011.

Los días 2 y 6 de septiembre de 2011, respectivamente, se recibieron en el Registro de esta Comisión sendos escritos presentados por France Telecom España SA (en adelante, ORANGE) y la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL) por los que ambas entidades interponen recursos potestativos de reposición contra la anteriormente citada Resolución del Consejo de esta Comisión de 28 de julio de 2011 recaída en el expediente DT 2010/1756.

Los razonamientos impugnatorios aducidos por ORANGE en su recurso de reposición pueden resumirse, fundamentalmente, en lo siguiente:

1º.- La resolución impugnada contempla algunos aspectos susceptibles de prolongar más allá de septiembre de 2012 la situación discriminatoria que provoca el uso del par vacante por parte de TESAU. El operador impugnante estima que la introducción de un procedimiento de recuperación de bucle basado en el uso del par vacante que, podría ser incluido en la OBA, debería haber sido objeto de discusión en el procedimiento DT 2010/1756.

2º.- En cuanto al uso transitorio y definitivo del par vacante por parte de TESAU, debería haberse obligado a ese operador a prestarse el servicio de par vacantes exactamente en las mismas condiciones de provisión, instalación y configuración que presta al resto de operadores,

3º.- Debería eliminarse de la resolución impugnada cualquier posible interpretación que pudiera hacer pensar a TESAU que pueda alargar más allá de septiembre de 2012 el uso del par vacante.

4º.- Debe permitirse que los operadores alternativos utilicen "*sine die*" el par vacante como método alternativo y, paralelamente, exigir de modo eficaz a TESAU garantías de calidad suficientes de GESCAL para que, a partir del 1 de septiembre de 2012, dicho operador utilice exclusivamente el procedimiento de recuperación de bucle prohibiéndole, a la vez, el uso del par vacante (ni siquiera como solución alternativa si la recuperación del bucle no funcionara por culpa de deficiencias en GESCAL). De este modo se asegura que TESAU adopta las medidas necesarias de limpieza del callejero GESCAL y de las bases de datos impuestas en la resolución recurrida.

5º.- No resulta razonable que se regule un procedimiento de recuperación de bucle sin portabilidad y, en cambio, que se excluya esta posibilidad para los demás operadores. Los mismos escenarios que justifican la existencia de una operativa específica para los supuestos de clientes sin portabilidad (asignación de numeración nueva y/o banda ancha sin voz), son también aplicables a los traspasos.

6º.- ORANGE solicita que la entrega y distribución por parte de TESAU a los operadores de las guías de uso y de las especificaciones técnicas necesarias para acometer los desarrollos de los procedimientos de traspaso entre terceros y para la recuperación del bucle se lleve a cabo con una antelación mínima de 10 meses, esto es, el día 1 de diciembre de 2011, en vez de los 3 meses (junio de 2012).

Por su parte, los razonamientos alegados por ASTEL en su recurso de reposición pueden resumirse, fundamentalmente, en lo siguiente:

1º.- En la medida en que el Resuelve Primero de la resolución recurrida impone la utilización de un procedimiento de recuperación de clientes automatizado, a partir de la fecha en que esta



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

imposición sea efectiva, la recuperación de bucle mediante alta de par vacante no debería poder ser utilizada por TESAU.

2º.- Resulta discriminatorio y adolece de suficiente motivación en la resolución impugnada que los operadores alternativos hayan de asumir la complicada operativa del traspaso inherente a NEON (que requiere obtener el administrativo vía GESCAL y gestionar el rechazo en portabilidad si el administrativo introducido es incorrecto), mientras se permite en cambio a TESAU utilizar la operativa de par vacante de operativa menos dificultosa (el alta de par vacante no requiere obtener el administrativo correcto vía GESCAL, pudiéndose además crear códigos GESCAL nuevos si no es posible identificar de forma unívoca el código correspondiente al domicilio). Por ello, ASTEL solicita que la CMT efectúe un seguimiento de la aplicación simétrica de los procedimientos, requiriendo trimestralmente a TESAU la información relativa a los rechazos de solicitudes.

3º.- Esta Comisión debería pronunciarse expresamente sobre el carácter gratuito de las bajas que los operadores solicitan a TESAU como consecuencia de las altas de par vacante de otros operadores.

5º.- Considerando que existen escenarios en los que la utilización del alta del par vacante para traspasos podría llegar a ser necesaria, debería permitirse la posibilidad de utilizar “*sine die*” el procedimiento del par vacante más allá de septiembre de 2012 o, al menos, autorizar su uso hasta que se comprobase que el nuevo traspaso entre terceros funciona correctamente.

6º.- La resolución impugnada yerra al estimar factible que el operador puede abrir una incidencia en SGO o en NEON antes del fin de los trabajos, por lo que se estima que la resolución debería modificar expresamente la OBA para adaptarla al paso 6º de la operativa de traspaso aprobada en la propia resolución recurrida.

7º.- El plazo de antelación en la entrega de las guías de uso por parte de TESAU debería ampliarse desde los 3 hasta los 10 meses, por resultar una solución más razonable y proporcionada que permitiría cumplir con el Resuelve Primero de la resolución impugnada.

Octavo.- Acuerdo de acumulación.

En virtud de lo establecido en el artículo 73 de la LRJPAC, y mediante Acuerdo del Secretario de fecha 9 de septiembre de 2011 se dispuso la acumulación de los recursos interpuestos por ORANGE y ASTEL al recurso presentado anteriormente por TESAU.

Noveno.- Alegaciones formuladas por TESAU y ORANGE.

En fechas 23 y 28 de septiembre de 2011 TESAU y ORANGE presentaron sendos escritos de alegaciones.

En su escrito de 23 de septiembre de 2011 TESAU se opone a los recursos de ORANGE y ASTEL considerando que los mismos incurren tanto en vicios de inadmisión como de desestimación. Concretamente, TESAU señala, por un lado, que ni ORANGE ni ASTEL han fundamentado ni desarrollado las causas de nulidad y anulabilidad citadas en sus respectivos recursos. Y, por otro lado, reitera que la solución web service (WS) propuesta por ella resulta plenamente coherente y está en consonancia con los postulados de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, no existiendo discriminación por parte de TESAU en cuanto al procedimiento seguido en las altas de par vacante. Añade también este operador que la facturación de las bajas



solicitadas, cuando no son consecuencia de la recuperación de par por TESAU, resulta apropiada y lícita y que la compartición por parte de todos los operadores de la información asociada a los accesos resulta una alternativa mejor a la limpieza del callejero GESCAL. También entiende que esta Comisión debiera imponer a los operadores la obligación de facilitar la información del número administrativo asociado al teléfono mediante WS, con el fin de garantizar el derecho de los clientes a cambiar de operador con las mayores garantías, coincidiendo TESAU con ORANGE y ASTEL en la conveniencia de modificar el procedimiento de tratamiento de incidencias, si bien de acuerdo con los criterios expresados por TESAU en el propio escrito de alegaciones. No comparte, sin embargo, la petición de modificación del calendario aprobado y, particularmente, para la distribución de guías de uso.

En su escrito de 28 de septiembre de 2011 ORANGE señala que el uso del par vacante por parte del resto de operadores le reporta a TESAU un claro beneficio competitivo e importantes ingresos, por lo que dicho operador no tiene interés alguno en la aplicación del procedimiento de traspaso entre terceros. TESAU recibiría un doble ingreso: del operador destinatario, con motivo del alta del nuevo cliente y del operador cedente en razón de la baja o pérdida de cliente. Y a juicio de ORANGE esas bajas no deberían ser retribuidas al no resultar asimilables al apartado 1.5.4.8 de la OBA, referido única y exclusivamente a los casos ordinarios de baja de los servicios OBA y no extrapolable al caso de la resolución impugnada. Solamente resultarían facturables las bajas producidas por la voluntad fehaciente del cliente final de finalizar el servicio que tenía contratado desactivando el acceso físico de cobre sobre el que se presta del servicio.

Décimo.- Alegaciones de TESAU.

Con fecha 26 de octubre de 2011 tuvo entrada en el registro general de esta Comisión un escrito de alegaciones de TESAU sobre la necesidad de retomar las propuestas de los operadores en la realización de traspasos. TESAU señala en su escrito que si el principal objetivo de la resolución impugnada es imponer medidas para efectuar traspasos entre operadores con todas las garantías para el cliente final, dichas garantías no pueden conseguirse mediante el uso del código GESCAL al no solucionarse la problemática de identificación de bucles. Para solventar este problema TESAU plantea a esta Comisión la imposición de un plazo a los operadores (hasta enero de 2012) para alcanzar un acuerdo sobre la cuestión basado en los siguientes principios:

- Los operadores donantes de portabilidad deben facilitar la información de relación entre número de teléfono de cliente e identificador de bucle, de forma previa al inicio del proceso de traspaso con portabilidad (relación teléfono-identificador de bucle).
- Dicha solución debe estar disponible en septiembre 2012 (al igual que el nuevo proceso de traspaso entre operadores).
- La propuesta debe basarse en las premisas del BEREC y de la Carta de Derechos de Usuario para los cambios de operador, es decir, debe ser mediante un mecanismo transparente, eficiente, funcional, rápido, sencillo y garantista para los clientes.

Tomando en cuenta los citados principios, TESAU enumera diversos ejemplos para solucionar la identificación de los bucles en base a previas propuestas de los operadores, tales como:

- WS de cada operador de bucle respondiendo con el identificador de bucle asociado al teléfono.



- Base de datos en la Entidad de Referencia (ER) de Portabilidad cargada inicialmente con datos de todos los operadores, autoalimentada posteriormente con los datos de proceso 12 de portabilidad, accesible mediante WS.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS 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.

TESAU, ORANGE y ASTEL califican expresamente sus escritos como recursos potestativos de reposición, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y en el artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, 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 dichos escritos como recursos potestativos de reposición que se interponen contra la Resolución de 28 de julio de 2011 sobre modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) en relación a los traspasos de operador y al Plan de Gestión del Espectro para la señal VDSL2 (AJ 2011/1989).

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 interesado por cuanto que ya lo eran en el procedimiento DT 2010/1756 en el que se dictó la resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a TESAU, ORANGE y ASTEL para la interposición de los presentes recursos.

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.

TESAU denuncia en su alegación previa de las páginas 1 a 3 de su escrito de 23 de septiembre de 2011 que ni ORANGE ni ASTEL han fundamentado ni desarrollado los motivos por los que entienden que en la resolución recurrida concurre alguna de las causas tasadas de nulidad o anulabilidad, por lo que TESAU entiende deberían ser inadmitidos ambos recursos.



No obstante, hay que señalar que en sus recursos, tanto TESAU como ORANGE y ASTEL denuncian expresamente la concurrencia de las causas de nulidad contenidas en los apartados a) y c)³ del artículo 62.1 LRJPAC así como la infracción del ordenamiento jurídico sectorial del artículo 63 LRJPAC⁴. Y aunque dichos operadores no hubieran expresado una causa concreta de nulidad o anulabilidad de los artículos 62 y 63 LRJPAC, sus recursos tendrían que ser admitidos a trámite a la luz de la doctrina *pro actione* contenida, entre otras, en la STS de 25 de febrero de 2003⁵. En dicha sentencia se declara que no constituye razón suficiente para la inadmisión de un recurso la no expresión de “*la razón de la impugnación*”. Por su parte, el Tribunal Constitucional también ha aplicado reiteradamente el principio *pro actione* en el ámbito administrativo, entre otras, en las SSTC 158/2000 de 12 de junio, 40/2007 de 26 de febrero, 3/2008 de 21 de enero y 117/2008 de 13 de octubre.

Habida cuenta de que los recursos de reposición interpuestos por TESAU, ORANGE y ASTEL cumplen con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y que se han presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada 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 JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre la base de datos de códigos callejeros (GESCAL).

TESAU dedica el conjunto de las alegaciones contenidas en su recurso a un único tema: la base de datos de códigos de callejero GESCAL, propiedad de dicho operador. La resolución impugnada obliga a TESAU a presentar un plan de mejora para esta base de datos. Un plan basado en unas líneas maestras recogidas en la propia resolución cuyo objetivo es que el callejero responda a las expectativas en él depositadas y permita el efectivo funcionamiento de los procesos de acceso al bucle de abonado y, más significativamente, los traspasos entre terceros, finalidad fundamental de la resolución recurrida.

Con carácter general, TESAU insiste de nuevo en lo ya manifestado en el expediente DT 2010/1756, al decir que el objetivo fundamental de GESCAL es dar soporte a las altas sobre vacante, y no al resto de procedimientos OBA. A esto se le dio ya cumplida respuesta en la resolución recurrida⁶. Concretamente, en la página 40 de la resolución impugnada se dice que:

“Como bien se reflejaba ya en la resolución del expediente DT 2010/2002, anteriormente citada, la iniciativa de proponer GESCAL como elemento de identificación domiciliaria, fundamental en los procesos de provisión mayorista, fue exclusivamente de Telefónica, y como tal defendida por este operador con carácter general, no circunscrita en modo alguno al alta sobre par vacante. De haber sido así, es más que probable que no hubiese contado con el consenso más o menos general de los operadores participantes en el Foro de Sistemas. No parece aceptable por ello que ahora Telefónica proponga reducir su rango de aplicaciones con el simple argumento de su falta de calidad, sobre todo cuando, por el momento, Telefónica no parece proponer ninguna otra codificación alternativa para identificar domicilios.”

³ Véase la página 2 de los recursos de ORANGE y ASTEL así como las páginas 2 y 13 y ss del recurso de TESAU.

⁴ Véanse página 6 del recurso de ASTEL.

⁵ RJ 2003\6627.

⁶ Véase página 40 y ss.



Las alegaciones específicas sobre GESCAL efectuadas por TESAU a lo largo del recurso serán analizadas en los siguientes apartados de este Fundamento.

1.1.- Los códigos de población de callejeros oficiales.

TESAU declara que, una vez estudiados los diferentes callejeros oficiales a los que la resolución recurrida recomienda ajustarse para la asignación de los códigos de población, cada uno de ellos tiene su propia estructura de campos y no es, por tanto, posible unificarlos para que se ajusten a la estructura de GESCAL⁷. De hecho, destaca que la propia Comisión no dice qué campos deben utilizarse.

Ante la anterior afirmación, debe decirse que la finalidad última de la resolución recurrida es que TESAU utilice los campos de los callejeros propuestos siempre que ello sea posible. Dicho de otro modo: que les otorgue preferencia frente a sus propios códigos. Una coincidencia, aunque sea sólo parcial, con los códigos de población de todos o una parte de estos callejeros ya supondría una sensible mejora frente a la situación actual. Si estos campos de códigos poblacionales son inferiores a la longitud reservada para ellos en el formato de GESCAL -por citar una posible dificultad- siempre podrían utilizarse como parte del campo equivalente en este callejero de TESAU.

En resumen, esta previsión de la resolución recurrida sigue siendo válida y de obligado cumplimiento, aunque su aplicación práctica deba ser necesariamente flexible.

1.2.- La nomenclatura de vías.

TESAU afirma en su recurso que el código de vía del formato INE no permite en todos los casos una identificación completa para ámbitos inferiores al municipio, lo que hace muy difícil su utilización⁸.

Siendo cierto el hecho que el operador manifiesta respecto del código INE, hay que decir que en una inmensa mayoría de los entornos urbanos esta situación de entidades poblacionales inferiores al municipio no se da, por lo que la mayor parte de los domicilios no deberían verse afectados. Por otro lado, aquí sí coinciden en longitud el código de vía del INE y el de GESCAL. Cabe por tanto la misma consideración realizada en el apartado anterior sobre los códigos de población de callejeros oficiales: TESAU deberá emplear el código de vía INE con preferencia y siempre que éste permita identificar de forma unívoca una vía.

1.3.- El procedimiento único de asignación del resto del código.

Para ello, y según TESAU⁹, se requeriría una unidad especializada que supervisara y garantizara la calidad de los nuevos códigos asignados, al ser una tarea imposible de llevar a cabo de forma automática. Esto supondría una serie de retrasos y costes adicionales difíciles de asumir.

⁷ En la página 5 del recurso TESAU manifiesta que:

“Pues bien, no es viable acometer esta modificación de GESCAL en tanto en cuanto los tamaños de los campos de los distintos catastros mencionados y su significado no se corresponden con los de GESCAL, resultando absolutamente imposible codificar las posiciones 3 a 7 de GESCAL con los códigos de los Registros mencionados anteriormente. Es decir, tal y como está actualmente concebido GESCAL, incorporar los códigos a los que se refiere la CMT que, además, no son los mismos para todos ellos, resultaría extremadamente complicado, por no decir imposible.”

⁸ Véase página 6 del recurso:

“El código de vía de cinco posiciones definido por el INE, no permite en todos los casos una identificación completa de los ámbitos administrativos inferiores (como la entidad colectiva, entidad singular, núcleo de población o los diseminados) luego no sería la referencia válida para utilizar por Telefónica de España.”

⁹ Véase página 8 del recurso:



Lo que plantea aquí TESAU como algo supuestamente irrazonable es, precisamente, la única forma lógica de llevarlo a la práctica: los códigos deben ser (o mejor, deberían haber sido desde un principio) asignados, o al menos supervisados, por personal dedicado y específico si se busca un mínimo de calidad. Con el tiempo quizá fuese factible diseñar y entrenar algún tipo de sistema experto o herramienta informática similar que sirviera de soporte en esta tarea, pero en cualquier caso la presencia de personal asignado a ella se antoja esencial.

Por ello, lo previsto en este punto por la resolución recurrida no debería verse modificado en modo alguno.

1.4.- La revisión de los códigos ya asignados.

TESAU destaca la imposibilidad de fijar criterios para la revisión de los códigos ya asignados, pues no hay un callejero único con el que comparar. La Directiva 2007/2/CE de 14 de marzo de 2007 por la que se establece una infraestructura de información espacial en la Comunidad Europea (Directiva INSPIRE)¹⁰ y los trabajos a nivel nacional de ella derivados no establecerán hasta finales de 2012 un modelo único de direcciones a nivel estatal para uso de las Administraciones Públicas, en línea con la futura infraestructura de información espacial armonizada europea¹¹. Por esta razón, a juicio del operador recurrente, no será hasta entonces cuando deban asumirse los trabajos de depuración y adaptación. Por otra parte, según TESAU, no pueden borrarse datos de códigos no conformes a los nuevos criterios o bien que resulten incorrectos, al haber unos 100 sistemas o aplicaciones que utilizan los códigos GESCAL.

Frente a las anteriores alegaciones debe señalarse que, aunque el Foro de Direcciones de España, mencionado por TESAU y derivado de la iniciativa INSPIRE, pueda llegar a buen fin en el plazo previsto, no es esperable ninguna implementación práctica hasta bien entrado el año 2013, lo que determina que GESCAL deba ser mejorado como único identificador actual factible para su uso en los procedimientos mayoristas de la OBA, manteniendo plenamente su validez lo establecido en la resolución impugnada sobre este extremo.

1.5.- Las garantías de fiabilidad de GESCAL.

De acuerdo con TESAU, “*garantizar la fiabilidad*” del callejero, como espera la Resolución, resulta tarea imposible, pues esta definición literal implica que GESCAL esté totalmente libre de errores. Es por tanto una obligación de imposible cumplimiento. Concretamente, en la página 10 de su escrito de recurso la entidad recurrente declara que:

“A la vista de dichas definiciones, pretender que una herramienta informática en general, y GESCAL en particular, sea digna de crédito hasta tal punto que no tenga errores, resulta de todo punto imposible. Si a esta pretensión de que el funcionamiento de una herramienta informática resulte exenta de todo error se le añade que la CMT está exigiendo a mi representada que “garantice” esta

“Es decir, que para conseguir este objetivo, debería existir un grupo de personas responsable de controlar el alta de códigos, garantizar su calidad así como rechazar todas y cada una de las solicitudes que no cumplieran estrictamente con los parámetros.”

¹⁰ DO L 108 de 25.4.2007, p. 1/14.

¹¹ Véase página 9 de la resolución impugnada:

“Justamente en virtud de esta iniciativa INSPIRE, la Administración General del Estado (AGE) está trabajando en la definición e implantación de un Modelo Único de Direcciones. Por ello, mientras no finalicen dichos trabajos, no parece recomendable que Telefónica de España aborde un proceso de depuración y cambio en tablas de referencia que, no sólo puedan suponer un cambio estructural en los procesos básicos de negocio sino que, adicionalmente pueda obligar a realizar nuevos cambios sustanciales en el futuro en función de los acuerdos y decisiones que se adopten por parte de la AGE como resultado de la culminación de los mencionados trabajos.”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

circunstancia, no podemos sino volver a concluir que la CMT está imponiendo a Telefónica de España una obligación de imposible cumplimiento.”

Frente a la postura de TESAU debe señalarse, como veremos seguidamente, que tanto las normas técnicas del sector informático como los propios tribunales de justicia han venido exigiendo cierto nivel de “fiabilidad” a los programas de ordenador.

Efectivamente, la definición del concepto de fiabilidad o *reliability* figura en la norma ISO/IEC 25010:2011¹², mientras que en la norma ISO/IEC 25040:2011, la fiabilidad es considerada como una de las características propias de la calidad del software junto con otras propiedades del mismo¹³. También en el Fundamento Primero de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 6 de junio de 1997¹⁴ se incorpora la fiabilidad al software como uno de los rasgos característicos del mismo:

“Es también una característica propia de los programas informáticos su extrema fiabilidad: la exclusión cuasi absoluta de que puedan producirse errores con motivo de su ejecución y pese a la potencialidad que le es propia de conseguir el procesamiento de innumerables y diversas operaciones en fracciones de segundo; la sola existencia o posibilidad de error implica, cuando afecte a tareas ordinarias conocidas por el programador, que el programa se convierta en ineficaz a los efectos para los que se requiera (...). En definitiva, es preciso reiterar, máxime cuando el programa no responde a las necesidades estándar, que su fiabilidad es la esencia que justifica su adquisición.”

Y en la STS de 9 de marzo de 2000¹⁵ se excluyen los fallos del software del concepto de “fuerza mayor”, al estar comprendidos dentro de la propia actividad de la empresa, esto es, dentro de la esfera organizativa de TESAU:

“Los fallos de los programas informáticos tanto en la actualidad como, aún más, en el año 1987 forman parte de los riesgos habituales de la actividad empresarial, de modo que difícilmente pueden calificarse de sucesos debidos a una fuerza mayor. Se trata, además, de acontecimientos internos a la propia vida de la empresa y derivados, en última instancia, de la elección de un determinado producto por parte del titular de aquélla, lo que excluye el factor de alienidad que caracteriza a la fuerza mayor (...).”

De todos modos, debemos señalar que en el Resuelve Cuarto de la Resolución objeto de recurso se habla de un procedimiento “conducente”¹⁶ a garantizar la fiabilidad” de esta base de datos de callejero, es decir, de un proceso de mejora continua con un objetivo o fin último que se persigue

¹² “Degree to which a system, product or component performs specified functions under specified conditions for a specified period of time.” A nivel nacional la norma ISO/IEC 25010 no ha sido aún adoptada como norma UNE, al ser de reciente publicación (mayo 2011). En la norma anterior, la UNE-ISO/IEC 9126-1, el término fiabilidad se tradujo como:

“La capacidad de un producto software para mantener un nivel especificado de prestaciones cuando se usa bajo condiciones específicas”.

¹³ “Dependability characteristics include availability and its inherent or external influencing factors, such as availability, **reliability** (including fault tolerance and recoverability), security (including confidentiality and integrity), maintainability, durability, and maintenance support.”

¹⁴ Ponente: Plata García, Jesús.

¹⁵ RJ 2000\968.

¹⁶ Según el vigente diccionario de la RAE, conducente es todo aquello “Que conduce (guía a un objetivo o a una situación)”.



como meta. Es éste el sentido que adquiere el compromiso que se espera de TESAU para la mejora de su propia base de datos de callejero y no el disponer de una herramienta absolutamente infalible en cualquier circunstancia.

1.6.- Otras soluciones para la identificación de pares

TESAU indica en su recurso¹⁷ una serie de soluciones alternativas para la identificación de los pares de cobre, tales como la inclusión en la factura del número administrativo asociado al par, la puesta en marcha de una base de datos de números administrativos alimentada por los diferentes operadores, o la más reciente de las propuestas, la implementación de servicios web (WS) por cada operador que ofrezcan los números administrativos de sus pares. Pues bien, según TESAU, y a pesar de las citadas alternativas, esta Comisión habría adoptado una solución descartando sin justificación suficiente el resto¹⁸.

Sobre esta misma cuestión incide de nuevo TESAU en su escrito de alegaciones del día 23 de septiembre de 2011¹⁹, afirmando que esta Comisión, para imponer la solución de los WS al conjunto de operadores, podría recurrir a sus atribuciones en materia de derechos de los usuarios, gracias a las cuales puede imponer obligaciones a los operadores para garantizar estos legítimos derechos, entre los que se encuentra la portabilidad numérica. Por el contrario, ORANGE manifiesta en su escrito de 28 de septiembre de 2011 que, pese a ser un objetivo *“teórica y regulatoriamente exigible”*²⁰, la deseada fiabilidad de GESCAL puede no ser viable técnicamente. Sin embargo, critica la insistencia de TESAU en la solución vía WS, al considerar que los sistemas de los operadores alternativos, a diferencia de los de TESAU, no están preparados para soportar un incremento de invocaciones externas, dado que en la mayor parte de los casos son ellos los que dirigen invocaciones a los sistemas de TESAU. Ahora, por el contrario, tendrían que soportar invocaciones provenientes del conjunto de operadores. Por ello abogan, una vez más y en primer lugar, por la presencia del administrativo en factura, y en su defecto por una base de datos centralizada, alimentada por el conjunto de operadores y mantenida por una entidad independiente. Base de datos que debería ser definida por esta Comisión sólo en su parte general, debiendo trasladarse los detalles de implementación al Foro de Sistemas²¹.

Ciertamente, esta Comisión ha reconocido en la resolución recurrida que la solución de los WS de números administrativos de cada operador, a diferencia del resto de soluciones, es interesante técnica y operativamente. No obstante, la misma resolución razona que no es posible imponérsela como obligación al conjunto de operadores. Aunque las obligaciones de portabilidad son efectivamente simétricas, estos WS de números administrativos también deberían aplicarse a los trasposos sin portabilidad en ausencia de un GESCAL realmente operativo, por lo que no es viable su obligatoriedad para operadores sin poder significativo en el mercado, al convertirse en una obligación OBA, y por tanto derivada del análisis de los Mercados 4 y 5 de la actual Recomendación 2007/879/CE de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2007. No olvidemos, por otro lado, que no puede equipararse, como hace TESAU en su recurso, una medida de este calibre al mero cumplimiento por los operadores alternativos de determinadas condiciones para la utilización comercial de un servicio de la OBA.

Por otro lado, la implementación de una medida de este tipo, incluso en el caso de ser pactada libremente entre operadores y TESAU, no puede hacerse en modo alguno a corto plazo, sino que

¹⁷ Véase página 14 y ss.

¹⁸ Aunque desde esta Comisión se haya destacado la calidad de alguna de las soluciones propuestas (en concreto, los WS de los operadores), que podría implantarse como obligación para el conjunto de operadores -vía portabilidad-.

¹⁹ Véase pág. 15 y ss.

²⁰ Véase pág. 2.

²¹ Véase página 3 del escrito de alegaciones de ORANGE.



la diversidad de agentes involucrados, con sus condicionantes y limitaciones²² junto a las tareas a desarrollar, muy probablemente harían que dicha solución se demorase en el tiempo mucho más allá del momento en que el nuevo procedimiento de traspasos debe ser operativo²³. Por ello la única opción realista y disponible, en la actualidad y hasta el medio plazo, es el uso de GESCAL para identificar domicilios y su red de acceso asociada. TESAU, por tanto, está obligada al cuidado de dicha herramienta para garantizar una razonable operatividad de la misma, en los términos fijados en la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Sobre el uso de GESCAL y del par vacante por TESAU.

2.1 Sobre el uso de GESCAL por TESAU.

ORANGE alega que GESCAL, hoy por hoy, no sirve para dar soporte a los traspasos entre terceros²⁴. Debería por tanto, y a juicio de dicho operador, obligarse a TESAU a utilizar en exclusiva el nuevo procedimiento de recuperación de bucle²⁵, a fin de que se vea forzada a utilizar GESCAL como el resto de operadores, y haga así el máximo esfuerzo por mejorarlo.

Pese a la coherencia del anterior razonamiento, no es posible vetar a TESAU el uso de procedimientos alternativos al nuevo procedimiento de traspaso regulado por esta Comisión en su Resolución, siempre que se respete en su integridad lo dispuesto en la OBA. En el caso concreto que menciona ORANGE, pasada la fecha de septiembre de 2012 en que Telefónica deberá poner en marcha el nuevo procedimiento de recuperación de bucle, tendrá que someter cualquier procedimiento alternativo al examen y a la aprobación previos de esta CMT.

Por otra parte, la propia TESAU debería estar altamente interesada en que GESCAL cumpla con unos mínimos de calidad que le hagan operativo para estos procesos, dado que la recuperación de bucle según el procedimiento ahora regulado resulta necesariamente más económica para TESAU que alternativas basadas, por ejemplo, en la instalación de un par vacante.

No obstante lo anterior y con el fin de asegurar el cabal cumplimiento de la resolución recurrida, esta Comisión estudiará con detalle el plan de mejora de TESAU para GESCAL, siguiéndose de cerca su ejecución, y si dicho plan no resultara satisfactorio, se propondrían por parte de este organismo regulador las medidas oportunas.

2.2 Sobre el uso del par vacante por TESAU.

ORANGE reclama en su recurso que se verifique que TESAU aplica las condiciones impuestas para el uso del par vacante como herramienta de recuperación de bucles de forma inmediata²⁶.

²² Algunas de las cuales destaca acertadamente Orange en sus alegaciones.

²³ Septiembre del año próximo.

²⁴ Concretamente, en la página 18 de su recurso ORANGE manifiesta que:

“Así las cosas, nos encontramos ante una situación en la cual GESCAL no sirve para realizar traspasos.”

²⁵ En la página 19 de su recurso ORANGE señala lo siguiente:

“ORANGE solicita a esa CMT que estime procedente su petición de obligar a TESAU a usar a partir del 1 de septiembre de 2012 la operativa de recuperación de bucle diseñada en la Resolución en exclusiva porque además de lo manifestado en la alegación PRIMERA, es la única forma de garantizarle a los operadores que el proceso de limpieza que TESAU llevará a cabo será riguroso y fiable puesto que de no serlo perjudicará no sólo a la operativa mayorista, sino supuestamente también a su propio negocio minorista.”

²⁶ Concretamente, en la página 7 de su recurso ORANGE declara que:

“cabe esperar que esa CMT haga el correspondiente seguimiento de la actividad de TESAU para verificar, entre otras cosas,



Además, en la línea de su alegación anterior y coincidiendo aquí con ASTEL²⁷ declara que se debe eliminar de la Resolución la posibilidad de que en un futuro TESAU pueda utilizar el par vacante para recuperar clientes, aunque se incorporase en la OBA, por criterios de discriminación (mejor operativa y coordinación con portabilidad que la dedicada al servicio mayorista). Por otro lado, según los recurrentes, TESAU siempre lo podría solicitar en un futuro y estudiarse por esa Comisión como cualquier otra propuesta.

TESAU, en sus alegaciones contra los recursos de Orange y ASTEL, responde a éstos diciendo que *“Hasta fechas recientes Orange no percibía desventaja competitiva alguna resultante de la situación actual y del uso del par vacante seguido por Telefónica de España”*²⁸, afirmando a continuación que este operador, junto a Vodafone, definían como equivalentes la operativa habitual para los traspasos con portabilidad, basada en par vacante, y la recuperación de clientes por parte de Telefónica, basada en la misma técnica.

Frente a los argumentos deducidos en los recursos de reposición y en las alegaciones a los mismos, debe aclararse, en primer lugar, que todas las medidas establecidas por esta Comisión en la resolución recurrida, y como cualquier otra disposición de la Administración que no indique lo contrario en su texto, son de aplicación inmediata y directa según lo dispuesto tanto en el artículo 57.1 LRJPAC como en las numerosas sentencias recaídas sobre resoluciones técnicas de esta Comisión²⁹, lo que afecta a las condiciones establecidas para el uso del par vacante por TESAU en la recuperación de bucle.

En todo caso, estas medidas simplemente garantizan que se respeta lo ya dispuesto por la OBA y las obligaciones de no discriminación y transparencia que debe observar TESAU como operador con peso significativo en el Mercado 4. Sin embargo, el par vacante es un servicio contemplado en la OBA, y mientras no deje de serlo TESAU puede servirse de él, ahora y en un futuro, siempre y cuando se ciña a lo estipulado en el resuelve tercero³⁰ de la resolución recurrida.

TERCERO.- Sobre el uso del par vacante por el resto de operadores y la gratuidad de las bajas de traspaso mediante par vacante.

3.1 Sobre el uso del par vacante por el resto de operadores.

Tanto ORANGE como ASTEL³¹ reclaman que debe permitirse el uso *“sine die”* del par vacante como medio de traspaso por el resto de operadores, no limitado por tanto al periodo transitorio que se abre hasta septiembre de 2012. ASTEL añade que así no se les obligaría a utilizar la *“farragosa”* operativa del GESCAL, discriminándoles así frente a Telefónica.

Aquí debe aclararse que la Resolución no parece haber sido bien entendida en este aspecto por los recurrentes. Si el uso del par vacante por los operadores alternativos no figura en el cuadro de la página 22 como procedimiento principal, es por no ser un procedimiento a soportar como tal en NEON en el contexto de los traspasos de operador, no porque esté en modo alguno vetado.

que cumple con las citadas condiciones con carácter inmediato en aplicación de lo previsto en el artículo 57.1 de la LRJPAC.”

²⁷ Véase la página 9 del recurso de ORANGE y las páginas 5 a 7 del recurso de ASTEL.

²⁸ Véase la página 9 del escrito de alegaciones de TESAU de 23 de septiembre de 2011.

²⁹ Véanse, por ejemplo, las SS AN de 15 de junio de 2005 (RJCA 2006\55), de 8 de abril de 2005 (RJCA 2006\556) y de 16 de diciembre de 2003 (JUR 2004\51608).

³⁰ Tercero. *En el caso de recuperar clientes mediante alta de par vacante, Telefónica deberá cumplir con las medidas estipuladas en el apartado 4 del Fundamento Quinto, como procedimiento alternativo para la recuperación de bucle.*

³¹ Véanse página 8 del recurso.



Por lo tanto, lógicamente y por los mismos motivos esgrimidos anteriormente respecto de su uso por Telefónica, no se prohíbe su uso en ningún momento a los operadores alternativos para realizar traspasos, siempre que se traten de verdaderas instalaciones de par vacante en el sentido en que se especifican en la OBA. Como se ha dicho, en este caso parece que se ha interpretado mal el contenido de la Resolución recurrida.

Otra cuestión diferente es que la Comisión vea muy recomendable el uso por los operadores del nuevo procedimiento de traspaso, que objetivamente debería resultar beneficioso frente al uso del par vacante, tanto operativa como económicamente.

3.2 Sobre la gratuidad de las bajas del traspaso mediante par vacante.

Tanto ORANGE como ASTEL manifiestan que, dado que se tuvo que recurrir al uso del par vacante como único medio de realizar traspasos entre terceros ante la ausencia de un procedimiento de traspaso directo, las bajas asociadas a estos traspasos vía par vacante deberían considerarse gratuitas³², incluyendo las facturadas en el pasado, máxime cuando el mayor precio del alta ya debería cubrir los trabajos en central asociados a la baja.

TESAU por su parte, en sus alegaciones del día 23 de septiembre de 2011³³ contra los recursos de ORANGE y ASTEL, afirma que en estos traspasos vía par vacante, el alta del nuevo par y la baja del par anterior son dos actividades distintas, realizadas en momentos diferentes y siempre a petición de los operadores. De este modo incurre TESAU en unos costes que, a su juicio, únicamente benefician a los operadores, por lo que deben ser facturados y remunerados.

En sus alegaciones del día 28 de septiembre de 2011³⁴ contra el recurso de TESAU, ORANGE se reitera en su petición de que la resolución impugnada establezca la gratuidad de esas bajas, añadiendo un nuevo razonamiento a su argumentación: TESAU no habría implantado hasta el momento el procedimiento de traspaso por los mayores beneficios económicos que le reporta, en concepto de altas y bajas, el uso del par vacante por parte de los otros operadores. Éstos, afirma ORANGE, se han visto obligados a recurrir al mismo, pero, incluso en el caso hipotético de que TESAU hubiese dado "*pleno cumplimiento a sus obligaciones*" ofreciendo un procedimiento de traspaso entre operadores, y fuese libre decisión del operador alternativo receptor utilizarlo o recurrir al alta sobre vacante, no tendría sentido que se viese perjudicado el operador donante por esta elección voluntaria del receptor. Por ello, la baja del donante, incluso entonces, debería seguir siendo gratuita.

Aunque, según se destaca en la resolución recurrida, ha sido constatado por esta Comisión que TESAU no se ajustó efectivamente a la OBA al no implementar el procedimiento de traspaso entre terceros allí indicado, el uso del par vacante por los operadores para estos fines implica que ni Telefónica ni el operador donante pueden apercibirse de la baja con un mínimo de garantías, por lo que estas bajas se tramitan del modo habitual y son por tanto facturadas. Esto es consecuencia directa del método empleado y la secuencia de actividades que le son propias.

Por otro lado, en la respuesta a alegaciones de la resolución recurrida³⁵ ya se indicaba que:

“respecto a la recuperación de los pagos por bajas facturadas en el pasado como consecuencia de la operativa previamente desarrollada por Telefónica mediante la aplicación del par vacante, y al

³² Véanse páginas 7 y 8 del recurso de ASTEL y páginas 11 a 12 del recurso de ORANGE.

³³ Véanse páginas 14 a 15 del escrito.

³⁴ Véanse páginas 5 a 8 del escrito.

³⁵ Véase pág.46.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

margen de la ausencia de una constancia fehaciente sobre tal extremo, esta Comisión considera que este expediente no es el adecuado para resolver sobre dichas reclamaciones.”

Efectivamente, el procedimiento DT 2010/1756, finalizado mediante la resolución impugnada, no tenía como objeto delimitar responsabilidades o compensaciones por presuntos hechos pasados, sino establecer un procedimiento para el inmediato futuro que permita un correcto funcionamiento de los traspasos entre operador en el marco de la OBA. Debería ser otro, por tanto, el procedimiento que, en su caso, resolviese la situación de posible conflicto que parecen indicar los recursos de ORANGE y ASTEL.

No resulta, por tanto, oportuno tomar, en este momento, otras medidas diferentes a las ya adoptadas en la resolución objeto de recurso.

CUARTO.- Sobre el nuevo procedimiento de traspaso entre terceros y las guías de uso de los web services (WS) en el procedimiento de traspaso.

4.1.- Sobre el nuevo procedimiento de Traspaso entre terceros

De acuerdo con ORANGE³⁶, no se regula en la Resolución el traspaso sin portabilidad, lo que debe responder a un olvido de esta Comisión.

Por otro lado, tanto ASTEL³⁷ como ORANGE³⁸ destacan que ni en SGO ni en NEON es posible abrir incidencias de provisión antes del fin de los trabajos (paso 6 del nuevo procedimiento de traspasos). Por ello, ORANGE solicita que se re programe la ventana más tarde, a iniciativa de TESAU, una vez ésta compruebe que la portabilidad no es correcta. ASTEL simplemente solicita que se modifique la OBA para recoger la posibilidad de abrir incidencia.

Debe responderse a estas alegaciones recordando que TESAU está obligada a implementar el nuevo procedimiento de traspasos según lo dispuesto en la resolución recurrida, y que dicho operador tendrá, por tanto, que modificar NEON para que dichas incidencias puedan abrirse en el momento previsto por el procedimiento. No es por tanto precisa modificación adicional alguna de la OBA más allá de lo dispuesto en la resolución impugnada.

Por otro lado, el traspaso actual, ya disponible tanto en NEON como en SGO, cubre de hecho los supuestos sin portabilidad, que no requieren lógicamente de coordinación alguna entre portabilidad y los trabajos de prolongación de par. Por ello no se ha contemplado expresamente dicho traspaso en la resolución, aunque en puridad sería un caso particular simplificado del nuevo procedimiento.

4.2.- Guías de uso de los WS del procedimiento de traspaso.

Según ORANGE³⁹ y ASTEL⁴⁰ las guías de uso, que recogen la información necesaria para que los sistemas de los operadores puedan conectarse a los WS de NEON, deberían distribuirse con 10 meses de antelación a la disponibilidad del piloto productivo, en lugar de los tres meses previstos en la Resolución de 28 de julio de 2011.

³⁶ Véase pág.13 de su recurso de reposición.

³⁷ Véase pág.9 de su recurso.

³⁸ Véanse páginas 14 a 15 del recurso de reposición.

³⁹ Véanse páginas 19 y 20 del recurso de ORANGE.

⁴⁰ Véase páginas 9 a 10 del recurso de ASTEL.



No parece oportuno modificar la resolución impugnada este extremo, ya que la implementación de este procedimiento de traspaso es de muy inferior alcance al de módulos como el de NEBA, para los que se estableció en su momento y según se acordó en los foros de discusión al efecto, la antelación estándar de las guías de uso⁴¹. Debe señalarse, además, que las guías de uso son una información viva, que deben recoger cualquier cambio en el diseño de las interfaces del sistema, por lo que no parece factible distribuirlas con tanta antelación y un mínimo de fiabilidad.

Otra cuestión diferente es que TESAU deba garantizar que las guías publicadas recojan todas las modificaciones y cambios de especificación del sistema, realizando la oportuna edición y distribución de las sucesivas versiones de estos documentos. Dado que en diversas reuniones del Foro de Sistemas del año anterior y del presente⁴² algunos operadores han destacado la frecuente presencia en el pasado de incoherencias entre lo especificado las guías y lo efectivamente desarrollado por TESAU, será éste un aspecto con el que los servicios de esta Comisión serán especialmente vigilantes.

QUINTO.- Sobre la concurrencia de imposibilidad material como causa de nulidad del artículo 62.1.c) LRJPAC.

TESAU, ORANGE y ASTEL alegan en sus recursos la existencia de imposibilidad material como causa de nulidad de la resolución recurrida.

Concretamente, en la página 3 de su recurso TESAU declara que:

“cumplir todos los plazos, términos y condiciones contemplados en el transcrito Resuelve Cuarto no sólo resultaría desproporcionados y de muy difícil cumplimiento sino que, sin ánimo de parecer alarmistas o exagerados, dicha obligación resulta de todo punto imposible de llevar a término, tal y como se expondrá detalladamente a lo largo del presente motivo.”

Por su parte, ORANGE señala en la página 4 de su recurso que:

“(…) procede la eliminación del párrafo de la OBA en el que se contemplaba el plazo de 10 días para que los operadores solicitaran las bajas a TESAU y ello se justifica simplemente en el hecho de que es imposible que un proceso de portabilidad no implique la recuperación del cliente aunque sea parcialmente (aunque sea para prestarle un servicio de sólo voz).”

Añadiendo el mismo operador en la página 14 que:

“si se prohíbe a los operadores realizar traspasos entre terceros sin portabilidad, se les está discriminando frente a TESAU y si se permite pero no se define operativa específica para ello, será imposible llevarlo a cabo con garantías de identificación y/o de identificación correcta del bucle a traspasar.”

En lo que respecta a ASTEL, en la página 9 de su recurso dicha entidad estima que:

“la Resolución yerra al estimar factible que el operador pueda abrir una incidencia en SGO o en NEON antes del fin de los trabajos, por lo que consideramos que la resolución debe modificar expresamente la OBA para adaptarla al paso 6º de la operativa de traspaso aprobada en la resolución impugnada.”

Con relación a a la “imposibilidad” como causa de nulidad prevista en el artículo 62.1 c) de la LRJPAC, el Tribunal Supremo, en las SSTs de 2 de noviembre de 2004⁴³, 15 de abril de 2004⁴⁴ y 19 de mayo de 2000⁴⁵ ha venido señalando que dicha imposibilidad debe ser de carácter “material o físico” y “originaria”. Así, en la STS de 2 de noviembre de 2004 se dice que:

⁴¹ Una antelación de tres meses según la Resolución DT 2008/674 de 3 de junio de 2010 sobre los Sistemas OBA.

⁴² En las reuniones del Foro de Sistemas de los días 25 de octubre y 23 de noviembre de 2010 y, sobre todo, en la reunión del día 18 de enero de 2011.

⁴³ RJ 2004/7427.

⁴⁴ RJ 2004/2631.

⁴⁵ RJ 2000/4363.



“Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen.”

Constituyendo la “imposibilidad” una causa de nulidad, debe ser también objeto de interpretación moderada. Así lo indican el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, y entre otras, cabe destacar la STS de 18 de diciembre de 1991⁴⁶ y la SAN de 21 de abril de 1999⁴⁷.

No obstante, y con independencia de la definición e interpretación de la “imposibilidad”, no basta con su alegación por parte de los interesados sino que es imprescindible que se acredite o pruebe su efectiva concurrencia en el supuesto concreto. Es decir, les correspondería a las entidades impugnantes, esto es, a TESAU, ORANGE y ASTEL, acreditar que técnicamente no podían cumplirse las obligaciones previstas en la resolución impugnada en las condiciones y plazos en ella fijados.

Ello es así porque, como recuerda el Tribunal Supremo, entre otras, en la STS de 25 de marzo de 2003⁴⁸, corresponde a los recurrentes la carga de desvirtuar la presunción de validez de que gozan los actos y resoluciones administrativos. No obstante, los impugnantes del recurso se limitan a alegar una serie de motivos sin presentar un informe o dictamen técnico que apoye dichas afirmaciones, ni siquiera de forma indiciaria. Sin dicho apoyo, tales alegaciones, y como se dice en la SAN de 30 de julio de 2005⁴⁹, no son más que “*consideraciones y opiniones de carácter subjetivo acerca del modelo y criterios que se estiman convenientes.*”

E incluso, aunque las entidades impugnantes hubiesen acreditado, -lo que no ocurre en este caso- una imposibilidad de carácter parcial, la jurisprudencia anteriormente citada exige una imposibilidad total para la apreciación del motivo de nulidad.

Por tanto, la imposibilidad del cumplimiento de la resolución recurrida, no puede ser atendida como motivo de impugnación de la resolución recurrida.

SEXTO.- Sobre la posible existencia de una causa de nulidad del artículo 62.1.a) LRJPAC por presunta imposición arbitraria de obligaciones no objetivas, desproporcionadas, discriminatorias y no motivadas contrarias a los artículos 9.3, 14 y 24.1 de la Constitución y al art. 54 LRJPAC.

6.1 Sobre la motivación de la resolución recurrida y la presunta vulneración de los artículos 24.1 de la Constitución y 54 LRJPAC.

En las páginas 2, 7 y 11 de su recurso, ORANGE alega la falta de motivación de la resolución recurrida, afirmando que este vicio le ha provocado indefensión. La ausencia de motivación también es objeto de alegación en las páginas 2, 3, 5 y 6 del recurso de ASTEL.

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*”. 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

⁴⁶ RJ 1991\9455.

⁴⁷ RJCA 1999\2624.

⁴⁸ RJ 2003\7286.

⁴⁹ RJCA 2006\26.



declarado la plena validez del acto o resolución. Entre otras pueden citarse las SSTS de 15 de diciembre de 2009⁵⁰, de 26 de mayo de 2009⁵¹ y de 7 de marzo de 2006⁵².

Por otro lado, y como ha señalado el Tribunal Supremo en distintas sentencias, y, entre otras, en las SSTS de 3 de diciembre de 1996⁵³ y de 3 de mayo de 1995⁵⁴, 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.

No obstante, y en el supuesto concreto de la resolución recurrida, no nos encontramos precisamente ante un caso de motivación sucinta puesto que a lo largo de las 19 páginas de fundamentos (véanse páginas 4 a 23 de la resolución), se indican de forma pormenorizada las razones técnicas y jurídicas que han llevado a esta Comisión a adoptar la decisión acordada. E incluso, en la propia resolución, al objeto de facilitar a sus destinatarios la comprensión y el cumplimiento de la misma, se acompañan cinco anexos de apoyo consistentes en: resumen y contestación a las alegaciones formuladas por los interesados en el primer y segundo trámites de audiencia, esquema de la mensajería de traspasos implantada por TESAU, esquema general del procedimiento y modificación del procedimiento de baja.

Por tanto, del contenido de la Resolución impugnada se coligen claramente, 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 2009⁵⁵, 20 de mayo de 2008⁵⁶ y 8 de marzo de 2006⁵⁷. 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”.

Otra cosa distinta es que las entidades 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 2007⁵⁸ 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.”

6.2 Sobre posible existencia de arbitrariedad en la resolución recurrida en infracción del artículo 9.3 CE.

En la página 19 de su recurso TESAU afirma que:

“si bien es cierto que la CMT goza de discrecionalidad para adoptar una decisión que bien pueda crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones a favor o a cargo de los administrados, no deja de ser menos cierto que no debe excederse a la hora de adoptarla, de tal forma que llegue a incurrir en arbitrariedad(...) en el caso concreto que nos ocupa, la actuación seguida por la CMT, en lo relativo a imponer la obligación contenida en el resuelve cuarto de la resolución recurrida, adolece de arbitrariedad, por lo que dicha obligación debiera declararse nula de pleno derecho.”

La razón de dicha arbitrariedad radicaría en que esta Comisión:

⁵⁰ RC 2694/2007.

⁵¹ RJ 2009\4401.

⁵² RJ 2006\1668.

⁵³ RJ 1996\8930.

⁵⁴ RJ 1995\4050.

⁵⁵ RJ 2009\467.

⁵⁶ RJ 2008\5296.

⁵⁷ RJ 2006\5702.

⁵⁸ JUR 2007\52343.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“rechaza sin justificación suficiente todas y cada una de las propuestas planteadas a fin de mejorar la información que identifica los accesos, e insiste en la única propuesta inicialmente planteada por la CMT consistente en llevar a cabo modificaciones en GESCAL, a pesar de que mi representada ha explicado, argumentado y constatado en numerosas ocasiones que resulta imposible implementarla y que además no resolvería el problema de identificación unívoca.” (pág.16).

Frente a las alegaciones de TESAU, debemos empezar señalando, como declara el Tribunal Supremo, y, entre otras, en sus SSTS de 7⁵⁹ y 18⁶⁰ de noviembre de 2005, que el concepto de arbitrariedad se vincula en su esencia última al concepto de motivación y a la necesidad de justificación de los actos, resoluciones y disposiciones administrativos. Cuando en un acto, resolución o disposición de la Administración concurre motivación, debe excluirse cualquier presunto vicio de arbitrariedad e 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 noviembre⁶¹, y las SSTS de 17 de diciembre de 2004⁶² y de 14 de octubre de 2003⁶³.

Considerando la doctrina anterior, puede afirmarse que en la resolución recurrida no ha existido vicio de arbitrariedad ya que, como se ha indicado en el **apartado 6.1**, dicha resolución contenía una adecuada y suficiente motivación.

Por tanto, no ha existido conducta arbitraria alguna por parte de esta Comisión en el procedimiento DT 2010/1756, sino que, teniendo en cuenta la información y datos disponibles, ha resuelto como organismo regulador sectorial especializado del artículo 8.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible en el legítimo ejercicio de su discrecionalidad técnica. Una discrecionalidad técnica reconocida expresamente tanto por el Tribunal Constitucional⁶⁴ como, y específicamente a favor de esta Comisión, por el Tribunal Supremo, y entre otras, en la STS de 4 de marzo de 2008⁶⁵.

A mayor abundamiento, los tribunales también han venido señalando la existencia de una presunción de corrección en las valoraciones técnicas efectuadas por el organismo regulador, salvo prueba en contrario del interesado referida a cuestiones de estricta legalidad⁶⁶. Esta doctrina ha sido aplicada por el Tribunal Supremo a las resoluciones dictadas por esta Comisión, entre otras, en sus Sentencias de 30 de noviembre de 2007⁶⁷ y 19 de julio de 2006⁶⁸, señalándose en esta última que:

“En lo que respecta al Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, no cabe duda de que es un acto motivado, del que no se aprecia, ni la actora prueba, que incurra en arbitrariedad o irrazonabilidad. Podrá ser discutible en alguno de sus extremos, de carácter marcadamente técnico, pero en defecto de alegación de normas específicas en que pueda fundarse su ilegalidad, no puede en modo alguno hablarse de arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad del acto (..)”

⁵⁹ RJ 2005\7717.

⁶⁰ RJ 2005\7761.

⁶¹ 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.”*

⁶² RJ 2005\388.

⁶³ RJ 2003\7805.

⁶⁴ Véanse las SSTC 353/1993, de 29 de noviembre, 34/1995, de 6 de febrero, 73/1998, de 31 de marzo, o 40/1999, de 22 de marzo.

⁶⁵ RJ 2008\1748. En esta sentencia se dice que:

“la Administración ejerce aquí una potestad discrecional, potestad que ha sido conferida por la Ley como instrumento para obtener una finalidad específica, que puede aparecer expresamente contenida en la norma o estar implícitamente recogida en ella.”

⁶⁶ Así lo expresa, siguiendo lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/1983, de 17 de mayo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2007 (recurso casación 49/2006).

⁶⁷ Recurso de casación núm. 123/2005.

⁶⁸ RJ 2006\4630.



En el caso que nos ocupa, TESAU no ha acreditado cumplidamente en su recurso la concurrencia de desviación de poder o la completa ausencia de justificación por error manifiesto de esta Comisión respecto a la resolución recurrida de 28 de julio de 2011 (DT 2010/1756), por lo que no cabe reconocer en esta vía de recurso un indebido ejercicio de la potestad discrecional por parte de esta Comisión. Tampoco concurre la presunta arbitrariedad invocada por el operador, puesto que, como hemos señalado en los Fundamentos Primero a Quinto de la presente resolución existen motivos técnicos razonables para adoptar la resolución impugnada, lo que excluye cualquier vicio de aquella naturaleza según indica reiterada jurisprudencia⁶⁹.

6.3 Sobre la posible falta de objetividad y proporcionalidad de la resolución impugnada.

En las páginas 17 a 19 de su recurso TESAU denuncia la falta de objetividad y proporcionalidad de la resolución impugnada, señalando que:

“...el válido ejercicio de la discrecionalidad técnica por parte de la CMT (..) tiene una “contrapartida” inexcusable: el respeto de los límites que se derivan del ordenamiento jurídico y que, en el caso que nos ocupa, se concreta específicamente en la proporcionalidad y en la justificación objetiva recogidos en el referido artículo 11.5 de la LGT. Son precisamente esos límites los que no han sido respetados en virtud de la obligación contenida en el resuelve cuarto de la resolución recurrida.”

La objetividad en la actuación administrativa exigida por los artículos 103.1 de la Constitución y 3.1 LRJPAC está estrechamente ligada a la concurrencia de motivación del acto, disposición o resolución administrativos. Así lo recoge el Fundamento Segundo de la STS de 27 de febrero de 1990⁷⁰.

“si la Administración Pública ha de servir con objetividad los intereses generales, cual lo impone el artículo 103 de nuestra Constitución es mediante la motivación de sus actos, pues sólo a través de ella es como se puede conocer si la actuación merece la conceptualización de objetiva por adecuarse al cumplimiento de sus fines, sin que tal motivación se pueda cumplir con fórmulas convencionales, sino dando razón plena del proceso lógico y jurídico que determine la decisión (..)”

En el caso que nos ocupa, y como se ha expuesto en el **apartado 6.1**, existe motivación suficiente en la resolución impugnada, por lo que ésta no puede ser tachada de subjetiva. Además, en la STS de 12 de junio de 2007⁷¹ se dice que uno de los elementos de modulación de la objetividad es la discrecionalidad técnica, potestad atribuida a esta Comisión y a la que se ha referido el anterior **apartado 6.2**.

Y respecto a la presunta falta de *proporcionalidad* de la resolución recurrida, TESAU en la página 18 de su recurso manifiesta que:

“parece evidente que la obligación de remitir un procedimiento conducente a garantizar la fiabilidad de la base de datos GESCAL conforme a los parámetros dispuestos en el apartado 3.1. supera el canon de proporcionalidad.”

Los tribunales, con relación al principio de proporcionalidad en las resoluciones de esta Comisión, vienen exigiendo que los operadores impugnantes ofrezcan una alternativa técnica más “proporcionada” que la presentada por el organismo regulador, debiendo acreditarse dicha

⁶⁹ Véase STC 331/2006, de 20 de noviembre y las SSTS de 17 de diciembre de 2004 (RJ 2005\388) y de 14 de octubre de 2003 (RJ 2003\7805).

⁷⁰ RJ 1990\783.

⁷¹ RJ 2007\4207. Concretamente en esta sentencia se dice lo siguiente:

“Tiene razón la parte actora cuando que el artículo 103 de la Constitución, sienta el principio de objetividad como rector del funcionamiento de los poderes públicos, que el artículo 14, veda cualquier tratamiento discriminatorio y que el artículo 9.1 que alude explícitamente a esos poderes públicos, sienta el principio de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Pero esa objetividad marca unas líneas de conducta que nunca pueden evitar, por ser imposible, que haya una cierta subjetividad y discrecionalidad técnica.”



alternativa debidamente. Así, en el Fundamento sexto de la SAN de 25 de febrero de 2003⁷² ya se decía que:

“Finalmente, no cabe considerar que concurra la falta de proporcionalidad que asimismo se denuncia y para cuya apreciación habría sido necesario oponer a la resolución que se combate un canon o patrón de proporcionalidad, es decir, un término de comparación que fuera revelador de que habría sido posible alcanzar los mismos fines pretendidos por la C.M.T. empleando medios menos invasivos (...).”

Y en la propia Sentencia citada se señala también que el “grado de exigibilidad” de las obligaciones relativas a un operador designado como dominante con arreglo a la normativa sectorial, es mayor que respecto al resto de operadores del mercado:

“Por lo demás, tampoco se juzga desproporcionada la solicitud de información pretendida -por cierto, plenamente desatendida por la recurrente- si se atiende al peso específico de la empresa recurrente y a su posición en el mercado de las telecomunicaciones, tanto en lo que respecta al campo de los servicios telefónicos, en el que ostenta la condición de operadora dominante, como en el los demás servicios de telecomunicación, donde su presencia en el mercado es difícilmente discutible (...).”

En el recurso interpuesto por TESAU no se propone un nuevo término de comparación concreto y alternativo al sistema contenido en la resolución recurrida sino que se efectúa una remisión a las alternativas ya planteadas por dicho operador a lo largo del procedimiento DT 2010/1756 y desestimadas motivadamente por esta Comisión⁷³ en su Resolución de 28 de julio de 2011. Precisamente, dentro de los motivos incluidos en la resolución recurrida se encuentran las mayores ventajas para los operadores alternativos de la solución técnica finalmente adoptada por esta Comisión junto a las obligaciones y responsabilidades especiales que incumben a TESAU como “operador de acceso”⁷⁴:

“TESAU no puede abstraerse de las responsabilidades que le incumben como operador de acceso y está obligada a poner los medios necesarios para garantizar la coordinación de los trabajos de desagregación con la ejecución de la portabilidad. No se trata de una labor de supuesto “policia” como ésta alega, sino de ejercer adecuadamente la gestión de los trabajos en planta que, como operador propietario de los accesos le corresponde, y que los operadores alternativos no están en condiciones de hacer, ello con el principal fin de establecer las necesarias garantías para un cambio de operador que minimice los problemas e inconvenientes para el usuario final. Una muestra más de la necesidad de adoptar las medidas aquí analizadas, es el apoyo general de los operadores a la vía del proceso 12 como procedimiento robusto y a largo plazo para los traspasos entre operadores, pese a que también les supone costosos desarrollos y adaptaciones en sus sistemas, según lo expuesto en sus alegaciones.”

6.4 Sobre la concurrencia de discriminación en vulneración del artículo 14 CE.

Tanto ORANGE como ASTEL denuncian en sus respectivos recursos la concurrencia en la resolución recurrida de trato discriminatorio en perjuicio de los operadores alternativos. En la página 9 de su recurso ORANGE manifiesta que:

“es vital que se elimine de la Resolución cualquier posible interpretación que le haga pensar a TESAU que puede alargar más allá de septiembre de 2012 el uso del par vacante que, aún con las condiciones aprobadas, sigue resultando discriminatorio.”

Y en la página 6 de su recurso ASTEL declara que:

⁷² JUR 2006\218544.

⁷³ Concretamente, en la página 19 se dice que:

“en base al principio de buena fe, Telefónica de España no se limita a rechazar esa propuesta por resultar imposible de ejecutar sino que, por el contrario, remite a la CMT diversas alternativas encaminadas a obtener el mismo fin;”

⁷⁴ Véanse páginas 26 a 27 de la resolución recurrida.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“la propia utilización del alta del par vacante (por TESAU) como método de recuperación implica una clara discriminación para los operadores, en vista de las dificultades que entraña la identificación de domicilios y sus códigos GESCAL (...).”

Tanto la Sala Tercera del Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones⁷⁵, han indicado que para advertir la infracción del principio constitucional de no discriminación no basta con su mera alegación por los interesados, sino que es preciso justificar cumplidamente las circunstancias que evidencian la pretendida desigualdad. Incluso en los casos en los que se produce una inversión de la carga probatoria, el Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 207/2001, de 22 de octubre, y 41/2002, de 25 de febrero, declara que la parte recurrente afectada deberá aportar, al menos, *“indicios que generen una razonable sospecha”*.

En el caso que nos ocupa, ni ORANGE ni ASTEL acreditan debidamente en sus respectivos recursos la posible concurrencia de las causas alegadas de discriminación, no aportando prueba pericial técnica sobre este extremo que pueda desvirtuar las conclusiones alcanzadas por esta Comisión en la resolución impugnada.

Por otra parte, la situación de presunta discriminación denunciada por los operadores impugnantes es de carácter *“potencial o futura”*, esto es, transcurrido cierto tiempo tras la aplicación de la resolución recurrida, y no efectiva o real, como se desprende, por ejemplo, de la página 9 del recurso de ORANGE:

“Desde luego, sería tremendamente paradójico e impensable que esa CMT les impusiera a los operadores la obligación de asumir las trabas propias del callejero GESCAL (cuya “limpieza”, además, no queda absolutamente impuesta en la Resolución según explicaremos más adelante) y, en cambio, se creara la oportunidad única para TESAU de librarse de las deficiencias del mismo que ella misma ha provocado.”

Y como recuerda el Auto del Tribunal Constitucional 80/2001, de 3 de abril⁷⁶, únicamente pueden ser objeto de amparo las situaciones de discriminación o desigualdad reales:

“Consecuentemente, al no apreciarse que la norma haya causado una discriminación real a la solicitante de amparo sino, en todo caso, meramente potencial, debemos reiterar una vez más que el recurso de amparo constitucional no tiene naturaleza cautelar ni alcanza a proteger frente a las eventuales lesiones no producidas.”

Por ello, no cabe estimar el motivo de presunta discriminación alegado por los recurrentes.

6.5 Sobre la presunta indefensión creada a los recurrentes por la resolución recurrida.

En la página 5 de su recurso ORANGE declara que:

“Una vez dicho todo lo anterior, Orange viene a recurrir mediante el presente escrito la referida Resolución por considerar que la misma contiene determinados aspectos que por ser incorrectos o insuficientemente claros entrañaran indefensión y discriminación, perjudicando gravemente los intereses de mi representada.”

Con relación al artículo 24 de la Constitución, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han venido señalando que únicamente puede invocarse la presunta vulneración de este precepto o bien en sede de procedimientos judiciales o bien en los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora. Así se declara, entre otras, en las SSTC 175/1987 de 4 de noviembre

⁷⁵ Entre ellas, en la STS (Sala 3ª, Sección 7ª) de 11 de octubre de 1997 (RJ 1997\7769, Fundamento primero) y en la STC 41/2002 (Sala 2ª) de 25 de febrero de 2002.

⁷⁶ RTC 2001\80 (Recurso de Amparo núm. 3789/1999).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

y 103/1996 de 11 de junio así como en las SSTs de 30 de noviembre de 1999⁷⁷ y de 22 de septiembre de 2004⁷⁸.

Aplicando la anterior doctrina del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, en el Fundamento cuarto de la STS de 22 de septiembre de 2004, 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.”

El procedimiento que dio lugar al acto impugnado no es de naturaleza sancionadora, como se desprende de la lectura del acuerdo de inicio del mismo del día 8 de octubre de 2010. En efecto, en el apartado Cuarto del acuerdo de inicio se dice que nos hallamos ante un *“procedimiento administrativo de revisión de la oferta de referencia de acceso al bucle de abonado (OBA)”*.

Por tanto, no tratándose de un procedimiento administrativo sancionador, no resulta procedente que las entidades recurrentes aleguen una presunta infracción del derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución.

A mayor abundamiento, durante la tramitación del procedimiento DT 2010/1756 los interesados y ahora recurrentes han tenido no una sino dos oportunidades de efectuar alegaciones al haberse abierto hasta dos trámites de audiencia, concretamente, en los días 10 de febrero y 18 de mayo de 2011. Así consta en el apartado Segundo del acuerdo de 18 de mayo de 2011 por el que se resolvió la apertura del segundo trámite de audiencia:

“Con fecha 10 de febrero de 2011 se procedió a dar audiencia a los interesados, quienes han tenido la oportunidad de formular alegaciones respecto de las propuestas del informe emitido por los Servicios de esta Comisión. Ahora bien, habida cuenta de que se ha incorporado nueva documentación al expediente y de que el trámite de audiencia queda configurado por el legislador como de preceptiva observancia en todos aquellos supuestos en los que figuren o se tengan en cuenta hechos, alegaciones o pruebas diferentes de las aducidas por el interesado, esta Comisión procede, mediante el presente escrito, a dar nuevamente trámite de audiencia a los interesados, a quienes se informa de que disponen de un plazo improrrogable de 10 días para, si lo estiman conveniente, efectuar alegaciones y aportar documentos.”

Por tanto y habiendo sido beneficiarios de dos trámites de audiencia durante el expediente DT 2010/1756 ni ORANGE ni ninguno de los ahora recurrentes puede alegar con éxito la existencia de una posible indefensión, como se indica entre otras, en la STS de 10 de marzo de 2004⁷⁹.

Finalmente, en sede del presente recurso los recurrentes también han tenido la oportunidad adicional de formular alegaciones, lo cual subsanaría per se cualquier posible omisión de audiencia previa, tal y como se indica en las SSTs de 24 de mayo de 2004⁸⁰, 17 de enero de 2001⁸¹ y 12 de diciembre de 1995⁸².

⁷⁷ RJ 2000\3200.

⁷⁸ RJ 2004\6286.

⁷⁹ RJ 2005\2943. En ella se dice que:

“Se dio el trámite de audiencia y posibilidad de alegar en el expediente administrativo a quienes aparecían como reales o posibles titulares de las fincas afectadas y si los recurrentes no figuraron entre ellos fue por una omisión imputable a sí mismos, que, conocedores sin duda de aquellos trámites (la Sala de instancia da como probado este conocimiento, y se trata de una apreciación de hechos no combatida debidamente en casación), prefirieron mantenerse al margen.”

⁸⁰ RJ 2004\4057. En esta sentencia se manifiesta que:

“la empresa recurrente tuvo ocasión de exponer en la vía administrativa cuanto a su derecho convenía –y así lo hizo– mediante la formulación del recurso de reposición, que fue decidido por la Administración, por lo que no puede alegar



SÉPTIMO.- Sobre el escrito de alegaciones de TESAU de 26 de octubre de 2011.

TESAU reitera en este escrito soluciones alternativas al uso de GESCAL, que ya fueron estudiadas a lo largo del expediente DT 2010/1756. Dichas soluciones fueron desestimadas en su momento en el seno del citado expediente por falta de idoneidad técnica o de oportunidad temporal y también fueron contestadas en la resolución recurrida.

En el caso de los web services (WS) propuestos por TESAU, esta Comisión no encuentra justificación suficiente ni considera que encaje en el uso de las competencias que tiene atribuidas para en el ámbito de los mercados 4 y 5, imponer obligaciones simétricas al conjunto de operadores. Por otra parte, no se trata de una solución disponible a corto plazo, o al menos no en el plazo en el que debería soportar un correcto funcionamiento del nuevo procedimiento de traspasos, objeto de la resolución recurrida.

Aun cuando TESAU dice que la solución que propone está en la línea de lo manifestado por ORANGE, de hecho, ORANGE critica, en el mismo documento de alegaciones que ahora cita TESAU, la insistencia de esta última en la solución vía web services (WS), al considerar que los sistemas de los operadores alternativos, a diferencia de los de TESAU, no están preparados para soportar un incremento de invocaciones externas, dado que en la mayor parte de los casos son ellos los que dirigen invocaciones a los sistemas de TESAU.

Respecto de la base de datos propuesta por ORANGE, y que TESAU subsidiariamente apoya en su escrito, aquélla adolece de similares problemas: dificultad para establecer obligaciones al conjunto de operadores y falta de oportunidad temporal. A eso se añade la falta de adecuación de la entidad de referencia de portabilidad para albergarla, como ahora propone TESAU, dado que la gestión de una base de datos para la provisión de servicios OBA cae fuera de su competencia.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

UNICO.- Desestimar íntegramente los recursos de reposición interpuestos por Telefónica de España SAU, France Telecom España SA y la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) contra la Resolución de esta Comisión de 28 de julio de 2011 (DT 2010/1756) sobre modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) en relación a los traspasos de operador y al Plan de Gestión del Espectro para la señal VDSL2.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

indefensión, ni la falta de audiencia previa determinar la anulación del acto."

⁸¹ RJ 2001\2449.

⁸² RJ 1995\9460



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a 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, en el artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 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