



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 nº 18/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 17 de mayo de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN TRAMITADO EN EL EXPEDIENTE AJ 2006/1306, RELATIVO AL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2006 POR LA QUE SE RESOLVÍA EL EXPEDIENTE DT 2006/103 EN LA QUE SE INSTA A TELEFÓNICA AL CUMPLIMIENTO Y/O MODIFICACIÓN DE 13 ASPECTOS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE OPERADORES.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, Telefónica) contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 14 de septiembre de 2006, por la que se instaba a Telefónica al cumplimiento y/o modificación de 13 aspectos del Sistema de Gestión de Operadores, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 18/07 del día 17 de mayo, la siguiente Resolución:

Resolución de 17 de mayo de 2007, recaída en el expediente AJ 2006/1306.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

HECHOS

PRIMERO.- En fecha 14 de septiembre de 2006, el Consejo de esta Comisión dictó Resolución que puso fin al expediente DT 2006/103, por la que se instaba a Telefónica al cumplimiento y/o modificación de 13 aspectos del Sistema de Gestión de Operadores. El apartado 14 de la citada Resolución establecía la imposición de multas coercitivas en caso de incumplimiento de alguno de los 13 aspectos del Sistema de Gestión de Operadores.

SEGUNDO.- Con fecha 26 de octubre de 2006, se ha recibido en el Registro de esta Comisión un escrito presentado por Don Pablo de Carvajal González, en nombre y representación de Telefónica por el que se interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución anteriormente citada.

TERCERO.- El escrito se fundamenta en dos motivos principales:

a) El primero relativo a la falta de motivación de la Resolución recurrida y consiguiente infracción del artículo 54 de la LRJAPyPAC. De ello deriva, según la recurrente, la nulidad de la Resolución recurrida con fundamento en los artículos 62.1.e) y f) de la citada Ley. En concreto, la recurrente afirma que la Resolución recurrida modifica de manera sustancial el contenido de la propuesta de Resolución en perjuicio de los intereses de la recurrente.

b) El segundo considera que los puntos de la Resolución que señala en su escrito de recurso son de imposible incumplimiento. Además, alega que lo establecido en dichos puntos de la Resolución recurrida entra en contradicción con la reciente Resolución de aprobación de la Oferta de Bucle de Abonado de 14 de septiembre de 2006.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

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

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito presentado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de esta Comisión de fecha 14 de septiembre de 2006

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto que ya lo era en el procedimiento DT 2006/103 en el que se aprobó la Resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del recurso potestativo de reposición.

TERCERA.- Competencia y plazo para resolver.

La competencia para resolver el presente recurso 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. El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley.

CUARTA.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC, los recursos de reposición que interpongan los interesados habrán de fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley.

El escrito presentado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. además de cumplir los requisitos del artículo 107.1, cumple igualmente con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y ha sido presentado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en el plazo previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley, por lo que debe admitirse a trámite.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre el primer motivo de impugnación: Cambio de criterio respecto del Informe elaborado por los Servicios de esta Comisión. Falta de motivación. Vulneración del artículo 54.1. Nulidad del artículo 62.1.a, e y f) de la LRJAPyPAC en relación con el artículo 24 de la Constitución.

Telefónica indica que en el trámite de audiencia del procedimiento DT 2006/103, se le dio traslado del Informe de los Servicios de la CMT con la siguiente propuesta de Resolución:

“Único.- Instar a Telefónica de España, S.A.U., a subsanar todas las deficiencias constatadas en el SGO y sus bases de datos, en los plazos que se indican a continuación, desde la notificación de la Resolución que ponga fin al presente expediente:

a) Actualización de toda la información e inclusión de los datos que faltan en las bases de datos de edificios y repartidores y de pares. Solucionar los problemas de incoherencia de los datos: dos meses.

b) Implantación de las bases de datos de unidades básicas. Integración de los servicios de acceso a la información en SGO, siguiendo el modelo de ventanilla única y el formato establecido en la OBA: cuatro meses.

c) Completar el desarrollo de las funcionalidades de servicios de acceso al bucle que faltan en SGO y subsanar las deficiencias halladas en las que existen: tres meses.

d) Solventar los problemas técnicos que conllevan el incumplimiento de los niveles de servicio del SGO en cuanto a disponibilidad y tiempos de respuesta del sistema, definidos en el punto A.9 del Anexo I de la OBA: tres meses”.

La recurrente expone que efectuó un conjunto de alegaciones a la propuesta de Resolución que contenía dicho informe de audiencia, en relación a las dificultades y en algunos casos imposibilidad para el cumplimiento de los plazos concedidos. Añade que el contenido de la Resolución de 14 de septiembre de 2006 difiere sustancialmente del informe de audiencia, en perjuicio de sus intereses, pues los plazos otorgados para las modificaciones requeridas en el SGO se han visto reducidos en gran medida, y que si el informe hubiera sido distinto, sus alegaciones también habrían sido otras. En relación a estos plazos, reitera que ya había expuesto la problemática e incluso imposibilidad para cumplirlos. En concreto, hace alusión al plazo de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

implantación de la base de datos de unidades básicas, reducido de 4 meses a 1 mes más otro mes adicional de pruebas, recalando que ya alegó en el trámite de audiencia las dificultades para obtener la información necesaria para desarrollar dicha base de datos.

Asimismo, hace referencia a todos los desarrollos y subsanación de deficiencias en el SGO para los que se otorgaban 3 meses en el informe y que se han visto reducidos a 1 mes más 1 mes adicional de pruebas. Señala que la Resolución se fundamenta sólo en las alegaciones de France Telecom España en las que se solicita la reducción de los plazos sobre la base de que dichos desarrollos debieran estar ya implantados, y no tiene en consideración los hechos alegados por Telefónica sobre las dificultades y costes de realizar unos desarrollos de manera tan rápida cuando la finalidad última de los mismos estaba siendo suplida mediante vías alternativas, sin haber sido ocasionado ningún perjuicio a los operadores alternativos.

Frente a tales alegaciones, tal y como ya se puso de relieve en la Resolución que puso fin al procedimiento DT 2006/103, y la propia Telefónica así lo reconoce, los desarrollos y la subsanación de deficiencias existentes en el SGO deberían haber sido ya completados por Telefónica, puesto que no se trata de obligaciones de nueva creación u obligaciones ex novo, sino que las mismas se establecieron mediante la Resolución de fecha 29 de abril de 2002, que puso fin al expediente MTZ 2001/4038 de modificación de la OBA. En dicha Resolución se concedió a Telefónica ciertos plazos para efectuar la implantación del SGO, en concreto la herramienta web SGO debía estar disponible para pruebas en 6 meses y totalmente operativa en 8 meses desde la fecha de la Resolución.

Tales plazos son muy superiores a los otorgados en la Resolución de 14 de septiembre ahora impugnada para completar la implantación del SGO y subsanar las deficiencias constatadas en el mismo, sin embargo la fecha en que el SGO debía estar completamente operativo y funcional ha sido superada en más de tres años, quedando así constancia de la total falta de diligencia de Telefónica en cuanto a la implantación del SGO en los plazos establecidos. Por tanto, resulta a todas luces evidente que la ampliación de los plazos para los desarrollos requeridos en el SGO, amparándose en las supuestas “dificultades y costes de realizar unos desarrollos de manera tan rápida”, carece de justificación y fundamento alguno teniendo en cuenta que Telefónica ya conocía previamente sus obligaciones relativas a la implantación de la herramienta web de procedimientos administrativos desde la notificación de la mencionada Resolución de 29 de abril de 2002, y ha dispuesto de tiempo más que suficiente para darles cumplimiento; de hecho ha superado ampliamente los plazos de los que disponía. Por lo tanto, no tiene justificación alguna otorgar a Telefónica ahora unos plazos más extensos para que dé cumplimiento a dichas obligaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Lo anterior, unido a la necesidad de no dilatar todavía más en el tiempo la compleción del SGO, constituye la base que ha fundamentado la reducción de los plazos concedidos en la Resolución de 14 de septiembre con respecto a los propuestos en el informe de audiencia, y no la petición de France Telecom España de acortar los plazos, como parece pretender Telefónica.

Así pues, y en relación al primer motivo de impugnación cabe concluir lo siguiente:

En relación con el alegado cambio de criterio posterior al Informe de los Servicios y subsiguiente nulidad de la Resolución recurrida por infracción de los artículos 54.1, 62.1.a), e) y f) de la LRJAPyPAC en relación con el artículo 24 CE, es menester recordar lo dispuesto por el artículo 84 de la LRJAPyPAC:

“Artículo 84. Trámite de audiencia

- 1. Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, salvo lo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el artículo 37.5.*
- 2. Los interesados, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes”.*

Dicho precepto consigna la obligación por parte de la Administración, inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, de poner de manifiesto el procedimiento a los interesados para que si éstos lo estiman conveniente aporten las alegaciones correspondientes. Se trata pues de poner a disposición de los interesados todo el material instruido en el marco del procedimiento inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución.

En el caso que nos ocupa, más allá de poner a disposición de la recurrente toda la instrucción realizada, se le dio traslado de un Informe preliminar de los Servicios que de ninguna manera puede ser considerado una propuesta de Resolución, con lo que no ha lugar a infracción procedimental alguna tal y como recoge expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2002:

“En primer término, el artículo 84.1 de dicha Ley establece que instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes.... El trámite de audiencia, por tanto, es anterior a la propuesta, sin que la norma imponga que se dé traslado de ésta. En consecuencia, no puede hablarse de infracción procedimental por esta causa”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así pues, la tramitación del procedimiento que puso fin a la Resolución aquí recurrida se ajustó en todo momento a las reglas procedimentales correspondientes en el cual pudo la recurrente hacer valer las alegaciones correspondientes a través de los cauces procedimentales oportunos, por lo que no se ha producido infracción alguna del ordenamiento jurídico.

No habiéndose producido pues infracción procedimental alguna, de ninguna manera puede haber incurrido la Resolución recurrida en los vicios de nulidad previstos en los supuestos a), e) y f) del artículo 62 de la LRJAPyPAC así como el artículo 24 CE, pues siempre queda expedita y a disposición de la recurrente la tutela judicial efectiva para la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

De la misma manera, tampoco ha lugar a infracción alguna del artículo 54.1 de la LRJAPyPAC referido a la motivación de los actos administrativos. No cabe derivar de ninguna manera falta de motivación del hecho de que la Resolución suponga alteración material de contenido respecto al Informe preliminar de los Servicios.

Negar lo anterior implica desconocer y obviar los principios y fases esenciales de todo procedimiento administrativo. En efecto, en el mismo existen dos fases claramente diferenciadas en la Ley: la fase de instrucción (Título VI Capítulo III) y la fase de resolución (Título VI Capítulo IV). La fase de instrucción finaliza con el trámite de audiencia. La fase de resolución, lógicamente, se materializa con la producción de la Resolución. Lógicamente, los sujetos actuantes en cada fase del procedimiento son distintos. En nuestro caso, la instrucción corresponde a los Servicios y la resolución corresponde al Consejo.

Pretender, tal y como alega la recurrente, que el Informe preliminar vincule al órgano resolutorio en su Resolución implica coartar la libertad decisoria que, en todo caso, corresponde y es inherente al órgano que pone fin al procedimiento a través de la correspondiente Resolución.

La motivación que exige el artículo 54 LRJAPyPAC es un pronunciamiento congruente acerca de todas las cuestiones planteadas por los interesados así como la indicación de los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos.... (artículo 89.3 LRJAPyPAC). En este sentido, la Resolución de 14 de septiembre de 2006 cumple con las exigencias de motivación, ya que en la misma se especifican pormenorizadamente los antecedentes fácticos y los correspondientes fundamentos jurídicos aplicables a los hechos probados, quedando así vedada cualquier posible atisbo de indefensión.

Es por todo ello que dicho motivo de impugnación debe desestimarse.

SEGUNDO.- Sobre el segundo motivo de impugnación: sobre la imposibilidad de cumplir con los procedimientos de ubicación distante y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

entrega de señal mediante capacidad portadora. Vulneración del artículo 52.2 de la LRJAPyPAC.

Telefónica indica que existen dos puntos en la Resolución de 14 de septiembre que son de imposible cumplimiento, en concreto, las obligaciones relativas a los procedimientos de ubicación distante y entrega de señal mediante capacidad portadora.

Respecto al procedimiento de ubicación distante, en el dispositivo 3º de la Resolución se insta a Telefónica a implantar ciertos procedimientos asociados al servicio de ubicación de la OBA, que deberían estar disponibles en el SGO, y a subsanar las *“deficiencias que ocasionan falta de transparencia en los procedimientos de solicitud de ubicación distante y ubicación”*. Alega que la Resolución de fecha 14 de septiembre de 2006, que pone fin al expediente MTZ 2005/1064 de modificación de la OBA, establece un procedimiento para la provisión de este servicio que aporta un mayor nivel de detalle y establece los principios aplicables a su provisión, otorgando como plazo para ello hasta el 14 de enero de 2007. Estima que la Resolución del expediente DT 2006/103 está obviando la existencia de un nuevo procedimiento a implementar, que requiere un tiempo de desarrollo prolongado, que la propia Comisión ha estimado hasta el 14 de enero.

Se considera razonable la petición de Telefónica de que la implantación del procedimiento de ubicación distante se rija por el plazo establecido en la Resolución que puso fin al procedimiento MTZ 2005/1054, pues en ella se establece un mayor grado de detalle para este procedimiento, lo cual introduce modificaciones relevantes que tal y como señala Telefónica, habían sido obviadas en el procedimiento DT 2006/103 y requieren un plazo mayor para su desarrollo, al constituir una obligación de nueva creación para Telefónica. No obstante, a partir del vencimiento de dicho plazo, debería ser de aplicación la multa coercitiva correspondiente prevista en la Resolución del procedimiento DT 2006/103, en caso de no haber dado cumplimiento a esta obligación.

En cuanto al procedimiento de entrega de señal portadora, en el dispositivo 4º de la Resolución se insta a Telefónica a implantar todos los procedimientos asociados al servicio de entrega de señal de la OBA, entre ellos el procedimiento de alta, ampliación y baja de entrega de señal mediante capacidad portadora. Argumenta que en la Resolución sobre la modificación de la OBA se modifica la estructura de precios del servicio de entrega de señal mediante capacidad portadora, siendo necesario para aplicar los nuevos precios discriminar los circuitos de más de 70 kilómetros de aquéllos de distancia menor a 70 kilómetros, pues para éstos últimos queda establecido que aplicarán los precios de interconexión de circuitos previstos en la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR). Esta modificación de la estructura de precios conlleva ciertos desarrollos en SGO que según Telefónica resulta imposible efectuar en el plazo concedido para el desarrollo de este



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

procedimiento en la Resolución del expediente DT 2006/103, que no es consistente con el plazo establecido en la Resolución del expediente MTZ 2005/1054 (hasta el 14 de enero de 2007).

Al igual que para el procedimiento de ubicación distante, la Resolución de modificación de la OBA introduce cambios en el procedimiento de entrega de señal mediante capacidad portadora que repercuten en la realización de nuevos desarrollos en el SGO, por tanto se estima conveniente que Telefónica se ciña al plazo concedido en la Resolución del expediente MTZ 2005/1054 en el caso particular de implementación del procedimiento de entrega de señal mediante capacidad portadora. Asimismo, a partir del vencimiento de dicho plazo, debería serle de aplicación la multa coercitiva correspondiente prevista en la Resolución del procedimiento DT 2006/103, en caso de que Telefónica no haya dado cumplimiento a esta obligación.

Es por todo ello que dicho motivo debe estimarse.

RESUELVE

ÚNICO.- Estimar en parte el recurso de reposición en lo que se refiere al segundo motivo de impugnación y en su virtud resolver lo siguiente:

Que la implementación de los procedimientos de ubicación distante y de entrega de señal portadora se rijan por los plazos establecidos en la Resolución de fecha 14 de septiembre de 2006 que puso fin al procedimiento MTZ 2005/1054, cuyo plazo finalizó el 14 de enero de 2007. De igual forma, a partir del vencimiento de dicho plazo y en caso de no haber dado cumplimiento a dichas obligaciones, sería de aplicación a Telefónica la multa coercitiva prevista en el apartado 14 de la Resolución de 14 de septiembre de 2006 que puso fin al expediente DT 2006/103.

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 el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que desestima el recurso de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U. no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Jaime Almenar Belenguer