



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 29/11 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 15 de septiembre de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España SAU contra la Resolución de esta Comisión de 2 de junio de 2011 sobre los precios aplicables al entorno de pruebas de los servicios Web de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (AJ 2011/1630).

I ANTECEDENTES

Primero.- Migración de los Sistemas de Información de la OBA

Con fecha 3 de junio de 2010, esta Comisión dictó una resolución sobre los Sistemas de Información y Provisión de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU), dentro del procedimiento DT 2008/674. En dicha resolución se estableció un procedimiento y calendario para la migración de los sistemas de soporte de la OBA a una plataforma de nuevo diseño, conocida con el nombre de NEON y basada en la utilización de Servicios Web (en adelante, WS).

Junto a la metodología de migración de los servicios y puesta en marcha de los nuevos sistemas, y el necesario calendario de actuaciones, por medio de la citada resolución, se emplazó a TESAU para que suministrase determinada información a esta Comisión. Como parte de dicha información, TESAU debía remitir para su aprobación la propuesta de precios para el entorno de pruebas de servicios web antes del 15 de septiembre de 2010. Dicho entorno de pruebas tenía que estar disponible el día 1 de mayo de 2011.

Segundo.- Propuesta de precios para Entorno de Pruebas de los Servicios Web OBA

Con fecha 15 de septiembre de 2010, Telefónica remitió una propuesta incompleta de precios para el mencionado Entorno de Pruebas. Esta propuesta fue completada posteriormente mediante



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

escrito del día 27 de septiembre, conteniendo el detalle de los precios y la estructura de costes, los contratos de desarrollo informático y los presupuestos de suministros de diverso equipamiento destinado al citado entorno.

Con fecha 29 de septiembre, TESAU envió al Foro de Sistemas de la OBA (Foro NEON) otra versión de la propuesta antes citada y centrada esencialmente en los aspectos técnicos de la solución, con una breve referencia a los precios aplicables. No obstante, la nueva versión no contenía desglose o justificación alguna de los citados precios.

Tercero.- Apertura del procedimiento DT 2010/1760.

Esta Comisión, 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), procedió a iniciar un procedimiento administrativo, con el objeto de estudiar la anteriormente mencionada propuesta de precios de TESAU y, en su caso, adoptar las modificaciones pertinentes en la misma. Con fecha 6 de octubre de 2010 se notificó el trámite de inicio del procedimiento DT 2010/1760 a los interesados.

Cuarto.- Resolución de 2 de junio de 2011.

Tras la recepción de los escritos de alegaciones iniciales¹, la emisión de informe técnico por parte de los servicios de esta Comisión² y del trámite de audiencia³, fue dictada Resolución del día 2 de junio de 2011 que puso fin al procedimiento DT 2010/1760 y cuyo fallo es del siguiente tenor:

“PRIMERO.- Los precios por concepto de uso del Entorno de Pruebas de los Servicios Web, a poner en marcha por Telefónica, serán los siguientes, en forma de cuotas a satisfacer mensualmente:

Concepto	Precio (€/mes)
<i>Cuota del Servicio de Simulación de Comunicaciones OBA (prolongación de par)</i>	7.937
<i>Cuota del Servicio adicional de soporte funcional</i>	2.914

Estos precios sólo serán válidos para el año 2011 y siempre que no se incorpore al Entorno de Pruebas ningún otro módulo adicional de simulación.

SEGUNDO.- Telefónica deberá remitir a esta Comisión para su aprobación las propuestas de precios del Entorno de Pruebas para los nuevos módulos de simulación a los que dé soporte en un futuro, con una antelación mínima de tres meses a su puesta en servicio.

TERCERO.- Telefónica ofrecerá a los operadores usuarios del Entorno de Pruebas un Acuerdo de Nivel de Servicio conforme a lo estipulado en el Fundamento Cuarto, punto quinto, de esta Resolución, observando su adecuado cumplimiento.”

¹ Tuvieron entrada en el registro de esta Comisión, con fecha 15 de diciembre de 2010, alegaciones procedentes de Vodafone España, S.A.U. (en adelante, Vodafone), con fecha 17 de diciembre alegaciones de France Telecom España, S.A. (en adelante, Orange), y por último, con fecha 23 de diciembre, alegaciones de BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. (en adelante, BT), y de la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL).

² Con fecha 30 de marzo de 2011 los Servicios de la CMT emitieron informe en el procedimiento DT 2010/1760.

³ Vodafone, Jazz Telecom, S.A.U. (en adelante, JazzTel), y Telefónica, en fechas 15, 19 y 28 de abril de 2011, respectivamente, formularon diversas alegaciones en el trámite de audiencia concedido al efecto.



Quinto.- Recurso de reposición de TESAU.

Mediante escrito de fecha 6 de julio de 2011 TESAU interpuso recurso de reposición contra la anteriormente citada Resolución de 2 de junio de 2011 (DT 2010/1760). Los razonamientos impugnatorios aducidos por la operadora en su recurso de reposición pueden resumirse, fundamentalmente, en lo siguiente:

1º.- El precio del entorno de pruebas ha sido objeto de modificación sin concurrir la motivación exigida en el artículo 54 LRJPAC. La entidad recurrente considera que no han quedado suficientemente expuestas las razones por las que esta Comisión estima que el esquema y valoración de costes presentados por TESAU no resulta correcto y que, por el contrario, debe regir el principio de causalidad. Especialmente, esta Comisión no ha explicado los motivos que le llevan a considerar que el precio calculado por TESAU es contrario a la metodología contable o a la regulación existente, obviando que se trata de un entorno de pruebas y de desarrollos de servicios de pruebas con una vida económica limitada en el tiempo.

2º.- Desde la fecha de apertura del entorno de pruebas, en mayo de 2011, ningún operador ha solicitado el uso del mismo, por lo que las obligaciones impuestas por esta Comisión a TESAU han incurrido en arbitrariedad manifiesta. Y ello porque el fin perseguido por la Resolución de 3 de junio de 2010, recaída en el procedimiento DT 2008/674, no era que TESAU asumiera un coste cierto sobre un servicio no utilizado.

3º.- Las modificaciones aprobadas en la resolución recurrida suponen un importante coste para el operador impugnante, que debe asumirlo en su totalidad y en solitario, sin ningún tipo de compensación.

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

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión fechado el día 12 de julio de 2011 se informó a la recurrente y a todos 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.- Alegaciones realizadas por ASTEL y ORANGE al recurso de TESAU.

Mediante escrito de alegaciones fecha 29 de julio de 2011, la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL) se opone a los argumentos contenidos en el recurso de TESAU. En su escrito de alegaciones ASTEL manifiesta que el entorno de pruebas regulado es objetivamente necesario y positivo, ya que nunca anteriormente los operadores habían podido efectuar pruebas en un entorno distinto al comercial. La detección de inconsistencias en los desarrollos de TESAU o en los de los operadores en una fase tan tardía como es la comercial, genera ineficiencias operativas e, incluso, retrasos en lanzamientos comerciales susceptibles de perjudicar a los operadores. Asimismo, ASTEL aclara que la ausencia hasta este momento de uso del entorno de pruebas por parte de los operadores se justifica por el hecho de que dichos operadores no han completado todavía los desarrollos objeto de prueba.

Mediante escrito de alegaciones del día 2 de agosto de 2011, France Telecom España SA (en adelante, ORANGE) también formula oposición al recurso de TESAU. En opinión de este operador



la resolución impugnada se ajusta a derecho, ya que motiva suficientemente la reducción del precio propuesto por la entidad recurrente para el entorno de pruebas. Y en cuanto a la falta de uso del entorno denunciada por TESAU, ORANGE lo atribuye al desequilibrio existente entre los tiempos de desarrollo de TESAU y de los demás operadores.

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 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 48.12 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 dicho escrito como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de 2 de junio de 2011 sobre los precios aplicables al entorno de pruebas de los servicios web de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado.

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 interesado por cuanto que ya lo era en el procedimiento DT 2010/1760 en el que se dictó la resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a TESAU para la interposición del presente recurso.

Tercero.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

En su recurso TESAU denuncia expresamente la concurrencia de las causas de nulidad del artículo 62.1 e) LRJPAC en relación con el artículo 54 LRJPAC así como del artículo 62.2 LRJPAC en relación con el artículo 9.3 CE.



Habida cuenta de que el recurso de reposición interpuesto por TESAU cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, 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 posible falta de motivación de la resolución recurrida.

En el motivo primero de su recurso⁴ TESAU denuncia la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida en aplicación del artículo 62.1.e) LRJPAC en relación con el artículo 54 LRJPAC y el artículo 24 CE por falta de la debida motivación.

Con relación a los requisitos de motivación de los actos y resoluciones administrativos y según se ha señalado en anteriores resoluciones de esta Comisión de 8 de abril⁵ y 14 de octubre⁶ de 2010 y 28 de noviembre de 2008⁷, el artículo 54.1 de la LRJPAC manifiesta que la motivación requiere una “*sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho*”. En casos de motivación sucinta pero existente por parte de esta Comisión, los tribunales han declarado la plena validez del acto o resolución. Entre otras pueden citarse las SSTS de 15 de diciembre de 2009⁸, de 26 de mayo de 2009⁹ y de 7 de marzo de 2006¹⁰. Por otro lado, y como ha indicado también el propio Tribunal Supremo en distintas sentencias, y, entre otras, en las SSTS de 3 de diciembre de 1996¹¹ y de 3 de mayo de 1995¹², 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 sus once páginas de fundamentos¹³, se exponen de forma pormenorizada las razones que han llevado a esta Comisión a adoptar la decisión acordada, incluyéndose, además, en sendos anexos adjuntos, las alegaciones de los operadores efectuadas tanto al inicio como durante el trámite de audiencia del procedimiento. En esta motivación también se abordan directamente las cuestiones discutidas por TESAU en su recurso, como se verá a continuación.

En primer lugar, y según la entidad recurrente, los precios propuestos por ella para el uso del entorno de pruebas habrían sido reducidos por la Comisión al 57% de su valor inicial sin el debido razonamiento. TESAU cita textualmente en la página 3 de su recurso el siguiente párrafo de la resolución impugnada:

⁴ Véanse páginas 1 a 8.

⁵ AJ 2009/2131 y acumulados, pág.14.

⁶ AJ 2010/1442, pág.7.

⁷ AJ 2008/1759, pág.18.

⁸ RC 2694/2007.

⁹ RJ 2009/4401.

¹⁰ RJ 2006/1668.

¹¹ RJ 1996/8930.

¹² RJ 1995/4050.

¹³ Véanse páginas 3 a 14 de la Resolución DT 2010/1760 de 2 de junio de 2011.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“... establece una relación de causalidad clara entre el uso del sistema y los costes a imputar al mismo. Esto satisface además el principio de que las ofertas reguladas deben tener el suficiente nivel de identificación de los costes y su aplicación como para que se pague únicamente por los servicios que se consumen, y no por otros” (el subrayado es de TESAU).

El operador recurrente se sirve de esta afirmación para destacar la presunta contradicción en la que habría incurrido esta Comisión al confirmar primeramente el modelo propuesto por TESAU para, a continuación y sin aducir motivo alguno, ajustar los precios a la baja, materializada en las conclusiones de la página 13 de la resolución recurrida.

Frente a la anterior argumentación, debe decirse que las afirmaciones de esta Comisión contenidas en el acto impugnado han sido citadas fuera de contexto. Efectivamente, el párrafo citado se inserta, originariamente, en el marco de un debate sobre los modelos de retribución de costes asociados al Entorno de Pruebas, oponiendo el modelo propuesto por TESAU -de pago por uso- al modelo habitual para soportar los sistemas OBA -que incluye dicho pago o retribución en la cuota de alquiler del par-.

Limitada a ese contexto, la frase subrayada alude a una de las bondades del modelo de pago por uso, como es el establecimiento de una relación clara entre el uso del sistema y unos costes de los que indudablemente se reconoce la existencia, pero que no se evalúan en esa discusión comparada. Esto es algo que, de forma perfectamente motivada, se lleva a cabo en un apartado anterior de la misma resolución recurrida, y, en concreto, en su Fundamento 4.2.

Es más, presuponiendo la validez y buena fe de las ofertas comerciales presentadas por TESAU, se proponen una serie de correcciones, no a los costes de desarrollo e implantación en sí, sino tan sólo a los cálculos de anualización de dichos costes y determinadas partidas de costes indirectos, lo que, lógicamente, tiene una repercusión en los precios finales. Estas modificaciones se relacionan motivada y justificadamente en la pág. 7 de la propia resolución impugnada de la siguiente forma:

- *“Aplicación del WACC vigente, que en concreto es el del año 2010, igual a un 9,74 %¹⁴.*
- *Aumento del periodo de amortización del software común, pasando de tres a cuatro años, según prácticas habituales de la industria para este tipo de software de base del entorno de pruebas.*
- *Aumento del periodo de amortización del software del SSC, pasando de uno a cuatro años, haciendo una aproximación más realista al periodo de tiempo en que el SSC será de utilidad. En este sentido cabe además recordar que el entorno de pruebas deberá permanecer abierto y a disposición de los operadores que lo deseen de forma indefinida, incorporándose al mismo de forma sucesiva los simuladores de los módulos de NEON que entren en servicio¹⁵, así como las sucesivas versiones de los mismos que se generen al incorporar cambios regulatorios, comerciales o de interrelación con otros servicios¹⁶, por lo que la utilidad de un SSC se extiende mucho más allá de su primer año de vida. Además, este plazo de cuatro años sigue siendo mucho más reducido que el contemplado en las prácticas habituales de la industria para el caso de software desarrollado a medida¹⁷.*

¹⁴ Véase la Resolución AEM 2010/128 de la CMT.

¹⁵ *Íd.* DT 2008/674.

¹⁶ Una situación de este tipo se dará al entrar en funcionamiento el indirecto NEBA fase II en NEON, momento en el que habrá que implementar a su vez en el módulo de prolongación de par los movimientos comerciales hacia y desde NEBA.

¹⁷ Amortizable, a efectos fiscales, hasta en 8 años.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Aplicación de un 5% en concepto de costes indirectos, en lugar del 11,05% propuesto por TESAU. Efectivamente, hasta la fecha el margen aplicado era del 11,05%, valor utilizado en los estudios externos de precios de la OBA, pero este valor se antoja excesivamente conservador, en relación a los márgenes equivalentes contemplados habitualmente en contabilidad. En la determinación de las cuotas de AMLT ya se ha utilizado un valor muy inferior, y un 5% sería un valor intermedio ya utilizado en el cálculo de las contraprestaciones de portabilidad y preselección. Atendiendo a lo señalado, se aplica por tanto un valor del 5%.”*

En segundo lugar, la entidad recurrente incide en una supuesta falta de motivación de esta Comisión al fijar los escenarios de la demanda de uso prevista para el Entorno de Prueba de los servicios web (WS). Según TESAU, la reducción del precio forzada por la Comisión implicaría la necesidad de disponer de un incremento de la demanda estimada, a fin de poder recuperar las inversiones y gastos que implica el Entorno de Pruebas. Esto fue puesto de manifiesto por TESAU en sus alegaciones al informe de audiencia de los Servicios de la Comisión, habiendo sido ignorado sin motivación alguna por esta Comisión, en opinión del operador.

En contestación a lo anterior y sin perjuicio de lo que se manifiesta más adelante, cabe significar que, en sus alegaciones al informe de audiencia, TESAU, a partir de los datos de cuota de mercado de los operadores OBA (seis operadores acumularían el 99,6% de los bucles desagregados), rebajó su estimación inicial de 13 operadores usuarios a tan sólo 6.

Para ilustrar su razonamiento, TESAU reproduce en su recurso una tabla de inversiones que aparece en la resolución recurrida¹⁸, mostrando los valores acumulados anuales obtenidos sumando a la infraestructura común del sistema los diferentes módulos que dan soporte a los servicios de NEON, según éstos entran sucesivamente en funcionamiento. Realizando una estimación de reparto de estos costes de forma equitativa entre los diferentes servicios, el operador recurrente destaca que, a fin de financiarlos, sería necesario que esos seis operadores supuestamente interesados en el Entorno multiplicasen su periodo de uso del mismo hasta extremos poco verosímiles (cerca de 18 meses de uso por operador y módulo).

Frente a las anteriores argumentaciones es necesario destacar que la resolución impugnada no modifica en modo alguno los supuestos iniciales de demanda de TESAU, quien, dada su experiencia en el desarrollo de sistemas, debería poder estimar el nivel de utilización esperado para el entorno de pruebas seguramente mejor que esta Comisión. Por esta razón y en su día se asumieron como válidas sus estimaciones.

No obstante y paradójicamente, cuando TESAU recibe la propuesta de rebaja de las cuotas por uso contenida en el Informe de Audiencia de esta Comisión, el operador alega entonces que espera una menor demanda para el Entorno. Ello resulta contradictorio, puesto que son precisamente unos precios menores los que pueden estimular una mayor demanda. Y por otra parte, no se tenía noticia de ningún tipo de novedad o modificación en el contexto del mercado del

¹⁸ Dicha tabla figura en el apartado 4.3, página 11 de la Resolución:

SCC	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Entorno + PPar	412.714	489.514	489.514	489.514	-	-
NEBA	-	94.283	94.283	94.283	94.283	-
ADSL-IP + AMLT	-	-	94.283	94.283	94.283	94.283
Total anual	412.714	583.797	678.080	678.080	188.566	94.283



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

bucle OBA que pudiese afectar a estas previsiones. En consecuencia, no se estimaron como razonables las posteriores alegaciones e TESAU.

Y respecto del supuestamente necesario incremento de demanda a la vista de la tabla de las inversiones anualizadas, no resulta comprensible que TESAU no haya realizado similar ejercicio, basado en los calendarios aprobados en la resolución DT 2008/674, sobre los Sistemas de Información de la OBA y su migración a NEON, disponibles desde su aprobación en junio de 2010. De hecho, cabía contemplar como algo lógico que sus estimaciones iniciales de uso se basaran en un cálculo similar, por lo que no se cuestionaron. Fue, en consecuencia, la propia TESAU la que estableció inicialmente, y esta Comisión consideró razonables en su resolución, los escenarios de demanda para el Entorno de Pruebas.

Visto lo anterior, puede decirse que del contenido de la resolución impugnada se coligen claramente, las razones que determinaron la decisión final de esta Comisión con relación a los extremos referidos por TESAU en el Primer Motivo de su recurso, en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en las SSTS de 15 de enero de 2009¹⁹, 20 de mayo de 2008²⁰ y 8 de marzo de 2006²¹.

Otra cosa distinta es que el operador recurrente no comparta los criterios utilizados por esta Comisión en la motivación de la resolución recurrida, como recuerda la SAN de 26 de febrero de 2007²² 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”.

Además una falta de motivación nunca constituye causa de nulidad del acto o resolución impugnados sino, en todo caso, de su anulabilidad y siempre que produzca indefensión material y efectiva, y no meramente formal, tal y como indica el Tribunal Supremo en su jurisprudencia y, entre otras, en las SSTS de 8 de mayo de 2008²³, de 13 de julio de 2004²⁴ y de 16 de julio de 2001²⁵. Indefensión material que no procede ser alegada ni concurre la misma en el supuesto de la resolución impugnada, como veremos seguidamente y aunque TESAU alegue lo contrario en las páginas 7 a 8 de su recurso²⁶.

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 y 103/1996 de 11 de junio así como en las SSTS de 30 de noviembre de 1999²⁷ y de 22 de septiembre de 2004²⁸.

¹⁹ RJ 2009\467.

²⁰ RJ 2008\5296.

²¹ RJ 2006\5702.

²² JUR 2007\52343.

²³ RJ 2008\2642.

²⁴ RJ 2004\4203.

²⁵ RJ 2001\6684.

²⁶ En la página 8 del recurso TESAU declara que: *“La falta de motivación de la que adolece la resolución recurrida constituye, en el caso que nos ocupa, una clara situación de indefensión, proscrita entre otros por el artículo 24.1 CE por cuanto TESAU desconoce las razones por las que la CMT ha modificado el modelo expuesto por mi representada sin argumentar los motivos que le han llevado a la modificación de los precios. Esta situación genera una clara situación de indefensión, toda vez que mi representada no puede aportar argumentos ni técnicos ni jurídicos que defiendan sus intereses porque no conoce los motivos que llevan a la CMT a adoptar las modificaciones del modelo recogidas en su resolución.”*

²⁷ RJ 2000\3200.

²⁸ RJ 2004\6286.



El procedimiento DT 2010/1760 que ha dado lugar a la resolución impugnada no es de naturaleza sancionadora, como se desprende de la lectura del acuerdo de inicio del día 6 de octubre de 2010. En efecto, en los apartados Tercero y Cuarto de dicho acuerdo se dice que se trata de un “*procedimiento administrativo de revisión de la oferta de referencia de acceso al bucle de abonado (OBA)*”.

Por tanto, no hallándonos ante un procedimiento administrativo sancionador, no resulta procedente, en materia de motivación administrativa, la alegación de una presunta infracción del derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución, como recuerda la STC 140/2009, de 15 de junio:

“si bien el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de la legalidad ordinaria, tal deber alcanza una dimensión constitucional, que lo hace objeto de control a través del recurso de amparo, cuando se trate de resoluciones en que la Administración ejerza potestades sancionadoras.”

No obstante, y aunque nos encontrásemos ante un procedimiento sancionador, la resolución recurrida no habría causado indefensión material alguna a la entidad recurrente en el sentido de las antes mencionadas SSTs de 8 de mayo de 2008, de 13 de julio de 2004 y de 16 de julio de 2001, dada su más que extensa y prolija motivación recordada en este Fundamento.

SEGUNDO.- Sobre la presunta arbitrariedad de la resolución impugnada.

Tanto en el motivo primero como en el segundo del recurso TESAU denuncia la posible concurrencia de arbitrariedad en la resolución recurrida. Concretamente, en la página 6 de su escrito afirma que:

“se puede afirmar que en la resolución objeto de recurso la CMT, de forma arbitraria, esto es, sin determinar las razones, causas o motivos que sirven de fundamento a la decisión adoptada, ha adoptado una resolución contraria a Derecho.”

Y en la página 9 del recurso concluye que:

“Por ello, se puede afirmar que la CMT ha incurrido en arbitrariedad, toda vez que el ejercicio de discrecionalidad administrativa ha de ir dirigido al cumplimiento del fin perseguido por la CMT en su resolución DT 2008/674, que entendemos no era que TESAU asumiera un coste sobre un servicio impuesto que finalmente no está siendo utilizado. Es decir, sin necesidad alguna porque no hay intereses que justifiquen la imposición a TESAU de una obligación, que, además supone un importante gasto”.

Esta arbitrariedad, según TESAU, se manifiesta en el hecho de que la Comisión obligue a “soportar unos cuantiosos gastos para desarrollar y mantener operativos unos servicios de pruebas para los que, hasta la fecha, no hay demanda en firme por parte de los Operadores”.

Para ilustrar esta afirmación el operador recurrente aporta el dato concreto de que, desde la apertura del Entorno de Pruebas en mayo pasado, ningún operador haya solicitado aún el uso del mismo. Situación que, según TESAU, se explicaría porque dicha utilización no es imprescindible para los operadores, afirmación que procedería de la propia resolución, citando las conclusiones del apartado 4.4 de la misma (pág. 13). En consecuencia, TESAU señala que, en el caso de que no hubiese demanda por parte de los operadores, no tendría sentido que TESAU mantuviese operativo el sistema, con los gastos asociados al mismo.



Sin poner en duda la veracidad de los hechos presentados aquí por TESAU, es preciso señalar que, en lo referente a la necesidad de su uso por parte de los operadores, la resolución recurrida efectivamente reconoce que, al menos en teoría, un operador podría, a partir de las especificaciones de diseño, desarrollar sus sistemas y acudir directamente a la fase de piloto productivo. Es de suponer, no obstante, que dicho operador habrá realizado al menos pruebas internas de sus desarrollos, para lo que deberá haber utilizado algún tipo de simulación de los sistemas web (WS) de NEON. Aunque esta simulación sea de mucha menor amplitud y fidelidad que la que proporcione el Entorno de Pruebas de NEON, forzosamente repercutirá en unos esfuerzos y costes propios adicionales que deberá asumir el operador. Esto es, en el caso de renunciar al uso del Entorno de Pruebas, el operador incurrirá en un mayor riesgo, sin que a cambio se vea libre de efectuar algún tipo de simulación con su coste asociado, so pena de afrontar un más que posible fracaso técnico de su proyecto de migración a NEON. Por todo ello, la Comisión ha considerado como probable que la mayor parte de los operadores recurran a dicho entorno para sus pruebas en un momento u otro.

En cualquier caso, la motivación principal que llevó a que la resolución DT 2008/674 de 3 de junio de 2010 impusiese a TESAU la obligación de desarrollar dicho entorno no provino tanto de las previsiones de un uso masivo de aquél por parte de los operadores, como de la necesidad misma de su existencia y disponibilidad para facilitar la transición a una nueva tecnología de sistemas. Una transición que, aunque deseable y apoyada desde esta Comisión, no ha sido fruto en realidad de una decisión de dichos operadores, sino de la propia TESAU.

Por otro lado, fueron también numerosos los operadores que demandaron en el Foro de Sistemas disponer de un entorno de pruebas de esta o similar naturaleza²⁹. Por este motivo es lógico esperar que dichos operadores empleen o tengan interés en emplear el entorno de pruebas por ellos solicitado. De hecho, lo más probable es que sean los retrasos que acumulan los diferentes operadores en sus desarrollos de adaptación a NEON, los que hagan que aún no estén en condiciones de realizar pruebas con este entorno³⁰. Esto explica que no hayan manifestado aún su voluntad de conectarse al mismo, pero cabe suponer que sí lo hagan en un futuro inmediato.

La anterior circunstancia es confirmada por ASTEL y por ORANGE en sus respectivos escritos de alegaciones de los días 29 de julio y 2 de agosto de 2011. Concretamente, en la página 2 del escrito de ASTEL de 29 de julio de 2011 se dice que:

“(..) la ausencia de uso del entorno que TESAU pone de manifiesto en su recurso no debe extrañar en las circunstancias actuales. Como sabe esa CMT, la ampliación de la convivencia de SGO y NEON fue finalmente apoyada por todos los operadores en el marco del expediente DT 2010/1756 y resulta obvio que para realizar pruebas deban haberse completado o avanzado suficientemente los desarrollos que van a probarse. Desde luego parece precipitado presumir que el entorno de pruebas no vaya a ser utilizado, pues las bondades extraordinarias que el mismo debería tener son beneficiosas y su uso es posible hasta que se apague el SGO (es decir, conforme a lo actualmente establecido, hasta el 1 de julio de 2012.”

Y por su parte, entre las páginas 4 y 5 de su escrito del día 2 de agosto de 2011, ORANGE manifiesta que:

²⁹ Concretamente, ello sucedió en las reuniones de los días 4 de diciembre de 2009 y 18 de febrero y 22 de marzo de 2010.

³⁰ Según información llegada a los servicios de esta Comisión por su participación en el Foro de Sistemas OBA.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Es más que presumible que el motivo por el que parece que ningún operador ha solicitado el uso del entorno de pruebas, sea que ninguno ha completado aún los desarrollos lo que, en modo alguno, puede interpretarse como una falta de interés en la existencia y en el uso de un entorno de pruebas regulado con las bondades establecidas en la Resolución DT2008/674.”

Considerando todo lo anterior, hay que afirmar rotundamente que no ha existido conducta arbitraria alguna por parte de esta Comisión en el procedimiento DT 2010/1760, 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 Constitucional³¹ como, y específicamente a favor de esta Comisión, por el Tribunal Supremo, y entre otras, en la STS de 4 de marzo de 2008³². Y concretamente, en materia de fomento y salvaguarda de la competencia sectorial, tanto el Tribunal Supremo en sus SSTS de 6 de octubre de 2010³³ y 17 de diciembre de 2008³⁴ como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 14 de octubre de 2010³⁵ han reconocido la potestad de esta Comisión para ejercitar dicha potestad.

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 legalidad³⁶. 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 2007³⁷ y 19 de julio de 2006³⁸, 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 (...).”

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 2 de junio de 2011 (DT 2010/1760), 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 este Fundamento y en el Fundamento anterior, existen motivos técnicos razonables para adoptar la resolución impugnada, lo que excluye cualquier vicio de aquella naturaleza según indica reiterada jurisprudencia³⁹.

³¹ 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.

³² 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.”

³³ RC 1338/2008.

³⁴ RJ 2009\232.

³⁵ C-280/08, apartado 92.

³⁶ 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).

³⁷ Recurso de casación núm. 123/2005.

³⁸ RJ 2006\4630.

³⁹ 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).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin perjuicio de todo lo anterior, no es voluntad de este organismo regulador imponer a la entidad recurrente medidas costosas que no tengan ninguna repercusión práctica en la mejora del funcionamiento de los mercados y del sector, tal y como prevé el artículo 10.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Por ello, en el caso de que en el futuro se confirmase una efectiva falta de uso por parte de los operadores del Entorno de Pruebas de los servicios web (WS), desde esta Comisión se adoptarían las medidas oportunas al respecto, inclusive la posible cancelación del servicio de simulación de servicios web (WS) y la desaparición del sistema que lo soporta.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

UNICO.- Desestimar íntegramente el recurso potestativo de reposición interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU contra la Resolución de esta Comisión de 2 de junio de 2011 (DT 2010/1760) sobre los precios aplicables al entorno de pruebas de los servicios web de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado.

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.

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