



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión número 07/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 19 de febrero de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2008 POR LA QUE SE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO DE ALTA SIMULTÁNEA DE LÍNEA AMLT Y SERVICIOS OBA DE ACCESO INDIRECTO O ACCESO DESAGREGADO COMPARTIDO.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 20 de noviembre de 2008 por la que se establece el procedimiento de alta simultánea de la línea AMLT y los servicios OBA de acceso indirecto o acceso desagregado compartido, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión número 07/09 del día de la fecha, la siguiente Resolución (AJ 2009/12):

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de 20 de noviembre de 2008.

Con fecha 20 de noviembre de 2008 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una Resolución mediante la cual se establece el procedimiento de alta simultánea de la línea de Acceso Mayorista a la Línea



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica (AMLT) y los servicios de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) de acceso indirecto o acceso desagregado compartido, de Telefónica de España (en adelante, TESAU); dicho procedimiento fue tramitado en el Expediente número DT 2008/787.

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

<< Primero.- Que Telefónica deberá implementar un procedimiento automático para solicitar y proveer, de forma coordinada y simultánea, el servicio mayorista AMLT y el de acceso al bucle de abonado OBA, bien por acceso indirecto, bien mediante prolongación de par desagregado compartido, respetando íntegramente las condiciones expresadas en el Anexo I a esta resolución.

Segundo.- El plazo máximo para la puesta a disposición de los operadores del citado procedimiento de alta conjunta y simultánea será de cinco meses, incluyendo un mes para pruebas, contados a partir de la fecha de notificación de la presente resolución. Transcurrido este plazo sin la disponibilidad operativa del servicio, serán aplicables las medidas adicionales descritas en el Anexo II a esta resolución, hasta que, previa notificación de Telefónica, se constate de modo expreso por esta Comisión la disponibilidad del alta conjunta en los términos establecidos en la presente resolución

Tercero.- Telefónica deberá modificar su Oferta de acceso mayorista a la línea telefónica (AMLT) de acuerdo al Anexo III a esta resolución, así como publicar la nueva oferta AMLT en su servidor hipertextual "<http://www.telefonicaonline.es>", poniendo al menos un ejemplar de la oferta a disposición de los interesados en una de sus oficinas centrales en Madrid.>>

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por TESAU.

Con fecha 5 de enero de 2009 tuvo entrada en el Registro General de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) presentado el día 20 de diciembre de 2008, en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución de 20 de noviembre de 2008 del Consejo de esta Comisión de fecha 20 de noviembre de 2008 a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con dicha Resolución e invoca su nulidad de pleno derecho de acuerdo con lo establecido en el artículo 62.1, a), c) y e), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), así como su anulabilidad de conformidad con lo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dispuesto en el artículo 63.1 de la misma Ley; todo ello sobre la base de, fundamentalmente, los siguientes argumentos:

2.1.- Sobre la imposibilidad de poner a disposición de los operadores el procedimiento de alta conjunta y simultánea de los servicios AMLT y OBA en el plazo de 5 meses.

TESAU reitera sus anteriores alegaciones formuladas en el curso de la tramitación de los procedimientos administrativos números DT 2007/1192 y DT 2007/787, en el sentido de alegar la, a su juicio, imposibilidad material de poner a disposición de los operadores el procedimiento de alta conjunta y simultánea de de la línea AMLT y los servicios OBA de acceso indirecto o acceso desagregado compartido en el plazo máximo de 5 meses, tal y como dispone el Resuelve Segundo de la Resolución recurrida.

Por todo ello TESAU solicita que se modifique del Resuelve Segundo de la Resolución recurrida y se incremente el plazo para desarrollar dicho procedimiento de alta conjunta y simultánea, para no incurrir en el vicio de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.c) de la LRJPAC.

2.2.- Sobre la ampliación del ámbito del procedimiento para las líneas activas.

TESAU alega que la Resolución de 20 de noviembre de 2008 le ha impuesto, de manera novedosa respecto del informe sometido a trámite de audiencia, una nueva obligación que no formaría parte del objeto del procedimiento, cual es el extender el procedimiento de alta conjunta y simultánea de los servicios AMLT y OBA, que a su juicio se dirigía únicamente a potenciales usuarios que no dispusiesen de línea telefónica con TESAU, también a las líneas ya activas de clientes de TESAU preexistentes, multiplicando exponencialmente la demanda esperada del citado servicio de alta conjunta. Así, se habría generado a la recurrente una inseguridad jurídica al no haberse sometido de nuevo a audiencia dicha modificación y ampliación del ámbito de la medida regulatoria en cuestión, ni haberse motivado dicho cambio de criterio en la Resolución recurrida.

Asimismo, TESAU encuentra injustificada la obligación de realizar desarrollos adicionales en sus sistemas con el fin de que los operadores puedan solicitar conjuntamente los servicios mayoristas de AMLT y OBA por no existir ninguna ventaja ni mejora que justifique la misma, y por no haberse considerado un servicio necesario en otros países europeos al no tener influencia uno sobre el otro. Esta ausencia de justificación conllevaría que la obligación fuese desproporcionada y no objetiva, es decir, contraria al artículo 11.5 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y además impuesta sin respetar el procedimiento legalmente establecido, por lo que TESAU solicita que se declare nula de pleno derecho de acuerdo con lo establecido en el artículo 62.1.a) y e), de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

LRJPAC, o subsidiariamente anulable de conformidad con el artículo 63.1 de la misma Ley.

2.3.- Sobre los plazos de provisión del servicio de alta conjunta y simultánea de los servicios AMLT y OBA.

TESAU expone que sus alegaciones en la tramitación del procedimiento fueron malinterpretadas por esta Comisión por dos razones:

- Según TESAU, el plazo máximo de provisión de AMLT sobre una línea inactiva sería de un mínimo de 23 días naturales o 17 días hábiles (18 días naturales –o 12 días hábiles- para el alta de la línea, más 5 días para la preasignación y AMLT de dicha línea, tal y como se establece en la Oferta de AMLT) en el 95% de las solicitudes, y que además esos plazos no son un plazo límite sino un indicador del nivel de cumplimiento, ya que lo que se regula en la Oferta de AMLT es una obligación de no discriminación con respecto a sus clientes minoristas propios, no unos plazos máximos específicos; si ahora se reinterpreta como un plazo máximo, y encima se redujese el mismo, se estarían vulnerando las condiciones regulatorias vigentes en uno de los servicios de AMLT.
- Además la recurrente alega que la preasignación de la línea y su posterior alta en el servicio de AMLT es técnicamente imposible que comience antes de que dicha línea exista y que se haya ejecutado el alta de la misma, por lo que no se pueden superponer los plazos de dos procesos distintos y sucesivos, donde uno de ellos necesita la preexistencia del otro; es decir, no cabe su ejecución simultánea y superpuesta.
- TESAU alega que cuando el servicio OBA solicitado sea el de acceso indirecto, se necesitarán un mínimo de 24 días laborables (12 días hábiles para el alta de la línea, más 12 días laborables para implementar el servicio OBA de acceso indirecto, tal y como se establece en la misma OBA), ya que al igual que en el caso anterior el servicio OBA de acceso indirecto es técnicamente imposible que comience antes de que dicha línea exista y que se haya ejecutado el alta de la misma, por lo que cabe superponer los plazos de dos procesos distintos y sucesivos, donde uno de ellos necesita la preexistencia del otro.

Por todo ello TESAU reitera sus anteriores alegaciones formuladas en el curso de la tramitación de los procedimientos administrativos números DT 2007/1192 y DT 2007/787, en el sentido de manifestar que la obligación regulatoria es no objetiva y desproporcionada ya que los tiempos de provisión de la Resolución recurrida son insuficientes e incoherentes con los tiempos de provisión del resto de los servicios incluidos en la Oferta de AMLT y vulneran la regulación sectorial vigente, por lo que solicita que se modifique el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Anexo III de la misma en cuanto a los tiempos de provisión en el siguiente sentido:

- Que no se fije un compromiso específico para cada una de las provisiones, sino la obligación de no discriminación con respecto a sus propios clientes minoristas.
- Que una vez provisionada el alta de línea, el tiempo de provisión de alta del resto de servicios sea de 12 días laborables (tiempo necesario para la provisión del servicio de banda ancha una vez ejecutada el alta de la línea), y en ningún caso inferior a los 5 días necesarios para activar la preselección y el servicio de AMLT.
- Que se descuenten de dichos plazos los retrasos motivados por causas imputables al operador beneficiario, por el abonado o por casos de fuerza mayor.

Todo ello para no incurrir en el vicio de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.a) y e) de la LRJPAC.

2.4.- Sobre la imposibilidad de descontar las incidencias o paradas de reloj.

Según TESAU el último párrafo del Apartado 8.1.3 de la Oferta de AMLT en la redacción aprobada por la Resolución recurrida (Anexo III) impide contabilizar las incidencias o paradas de reloj no imputables a la recurrente, lo que vulneraría varias normas sectoriales, sería arbitrario y le habría causado indefensión.

La recurrente alega que las obligaciones regulatorias que le impone la normativa sectorial vigente (cita los artículos 2, 3, 10 y 11 de la LGTel) le obligan a prestar determinados servicios mayoristas de forma transparente y no discriminatoria, pero asimismo dichas obligaciones han de ser justas, equitativas y proporcionales al fin regulatorio perseguido.

A juicio de TESAU la exclusión de las incidencias y paradas de reloj del cómputo de los tiempos medios de provisión sería desproporcionado y vulneraría la normativa sectorial y los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución española por ser arbitraria y causar indefensión, a más de ir contra las definiciones de tiempos medios de provisión contenidas en las Ofertas Mayoristas (OBA y AMLT), que según TESAU sí contemplan el supuesto de que ciertas incidencias no imputables a dicho operador pueden demorar la provisión de los servicios y no se contabilizarían en el tiempo medio de provisión de los mismos.

Por tanto, solicita que se modifique el Anexo III de la Resolución recurrida en el sentido de que se excluyan las incidencias y paradas de reloj del cómputo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de los tiempos de provisión de los servicios, todo ello para no incurrir en el vicio de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.a) y e) de la LRJPAC.

2.5.- Sobre la cancelación de solicitudes sin haber finalizado la provisión global de los servicios de AMLT y de OBA.

La Resolución de 20 de noviembre de 2008 dispone en su Anexo III, al modificar el Apartado 8.1.3 de la Oferta de AMLT, que en el caso de solicitarse la baja en el procedimiento antes de la provisión del pedido conjunto, la solicitud será global y alcanzará a todos los servicios que la integran. En este sentido, TESAU alega en su recurso que debería concretarse dicha disposición con los siguientes elementos:

- Por una parte reitera en su recurso su solicitud de que se establezca la existencia de “puntos de no retorno” en las ofertas de servicios OBA, que serían los siguientes: a) en acceso compartido sea el momento de la notificación de la finalización de los trabajos (si se solicitó con pruebas de TESAU) o dos días después de la finalización de los mismos (si se solicitó con pruebas del operador); y b) en acceso indirecto sea el momento de la finalización de los trabajos. Así, en caso de haberse superado dichos “puntos de no retorno” no se podría introducir en el Sistema de Gestión de Operadores (SGO) la petición de cancelación de la Banda Ancha sino que se cursaría una solicitud de baja de línea que acarrearía también la de la propia Banda Ancha.
- Por otra parte, TESAU reitera igualmente la necesidad de reflejar en la Oferta de AMLT los importes facturables al operador para los consumos y elementos ya instalados en el momento de su solicitud de cancelación, proponiendo al respecto que a) si la cancelación se solicita antes de que se realice el alta de la línea, la cancelación de la solicitud se realizaría sin cargo alguno; b) pero si la baja se solicita cuando ya se ha comunicado al operador que la línea está dada de alta y operativa, el operador debería compensar a TESAU por los gastos incurridos en prestarle dicho servicio de alta de línea, por lo que debería emitirse una factura por el importe mayorista del alta de línea, el importe del posible tráfico que se haya cursado, el importe de las cancelaciones previstos en la OBA y las cuotas de preasignación y de servicio de AMLT si ya se hubiesen ejecutado, todo ello comprendiendo el periodo transcurrido entre la fecha de comunicación de alta de la línea hasta el día siguiente a la fecha indicada por el operador como fecha de cancelación de la solicitud conjunta.

Por todo ello solicita que se modifique la Resolución recurrida introduciendo dichas especificaciones de conformidad con lo previsto en el artículo 89.1 de la LRJPAC, para no incurrir en el vicio de anulabilidad del artículo 63.1 de la LRJPAC.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.6.- Sobre la obligación de modificar la Oferta de AMLT.

Por último, TESAU manifiesta que la obligación impuesta en el Resuelve Tercero y en el Anexo III de la Resolución recurrida (modificar el Apartado 8.1.3 de la Oferta de AMLT) a su juicio adolecería de falta de definición por tener muchísimas implicaciones y no podría hacerse de inmediato al afectar a otros Apartados de dicha Oferta Mayorista (concretamente cita los Apartados 8.1.2, 8.1.3, 8.1.4, 8.1.5, 8.1.7 y 8.3).

Por todo ello solicita que se modifique la Resolución recurrida recogiendo todas las modificaciones necesarias de la Oferta de AMLT antes señaladas de conformidad con lo previsto en el artículo 89.1 de la LRJPAC, para no incurrir en el vicio de anulabilidad del artículo 63.1 de la LRJPAC.

TESAU finaliza su escrito de interposición del recurso de reposición solicitando, sobre la base de las alegaciones anteriormente expuestas, que se estime el mismo y, en consecuencia, que se modifique la Resolución del Consejo de esta Comisión de 20 de noviembre de 2008 en el sentido de sus alegaciones.

TERCERO.- Notificación y trámite de información a los interesados.

Mediante los correspondientes escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechados el día 9 de enero de 2009, se informó a la recurrente y a todos los interesados del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición interpuesto por TESAU, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la LRJPAC, se dio traslado a los demás interesados de una copia del escrito de interposición del recurso de reposición interpuesto por TESAU y se les informaba de que disponían de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento si así lo estimaban conveniente a sus intereses.

CUARTO.- Alegaciones de FRANCE TELECOM y de ASTEL.

El operador FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (en adelante, FTES) efectuó alegaciones mediante un escrito fechado el día 27 de enero de 2009 y cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 30 de enero de 2009, en el cual manifiesta su conformidad con lo dispuesto en la Resolución de 20 de noviembre de 2008 y se opone al recurso de reposición de TESAU sobre la base de los siguientes argumentos:

- FTES entiende en general que la Resolución recurrida está suficientemente definida y motivada; que las obligaciones regulatorias impuestas son objetivas y no discriminatorias y no se produce indefensión alguna; y que en consecuencia no es preciso modificar la Oferta Mayorista de AMLT.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- En concreto FTES discrepa de la presunta imposibilidad técnica de implementar el procedimiento de alta conjunta en el plazo de 5 meses y afirma que es suficiente, y como prueba de ello pone de manifiesto que TESAU ha sido capaz de implementar todo un servicio mayorista nuevo como la AMLT en el plazo de 7 meses; asimismo FTES entiende que es imprescindible cumplir los plazos de la Resolución recurrida para que los operadores alternativos puedan operar en todo el territorio nacional mediante la oferta comercial de productos empaquetados de manera totalmente desvinculada de TESAU.
- FTES alega también que el ámbito del procedimiento de alta conjunta para líneas activas e inactivas no es nuevo sino que ya fue establecido en la anterior Resolución del Consejo de esta Comisión de 18 de marzo de 2008; que los plazos establecidos son adecuados y suficientes y deben ser vinculantes y ciertos para poder cumplir con el artículo 105.2.c) del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios; que en el cómputo de los tiempos de provisión no debe incluirse las paradas de reloj para evitarse retrasos perjudiciales para los operadores, ya que en la práctica, y de acuerdo con las inspecciones efectuadas por esta Comisión recientemente (Expediente DT 2008/196) muchos retrasos de provisión serían a juicio de FTES imputables a la recurrente y no a otros factores externos; y por último que no debe facturarse cantidad alguna cuando se produzca una cancelación de una solicitud de alta conjunta afectada por un retraso en la provisión, y que en otros casos se detallen los conceptos a facturar y se limite el importe de la misma a la cuota de alta.

Por todo ello FTES solicita que se desestime el recurso de reposición de TESAU.

Por su parte la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (en adelante, ASTEL) efectuó alegaciones mediante un escrito fechado el día 27 de enero de 2009 y cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 30 de enero de 2009, en el cual manifiesta su conformidad con lo dispuesto en la Resolución de 20 de noviembre de 2008 y se opone al recurso de reposición de TESAU sobre la base de los siguientes argumentos (muy similares a los de FTES):

- ASTEL entiende en general que la Resolución recurrida está suficientemente definida y motivada; que las obligaciones regulatorias impuestas son objetivas y no discriminatorias y se han adoptado cumpliendo el procedimiento legalmente establecido, por lo que no se produce indefensión alguna; y que en consecuencia no es preciso modificar la Oferta Mayorista de AMLT.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- ASTEL alega también que el ámbito del procedimiento de alta conjunta para líneas activas e inactivas no es nuevo sino que ya fue establecido en la anterior Resolución del Consejo de esta Comisión de 18 de marzo de 2008; que los plazos establecidos son adecuados y suficientes y deben ser vinculantes y ciertos para poder cumplir con el artículo 105.2.c) del Real Decreto 424/2005 antes citado; que en el cómputo de los tiempos de provisión no debe incluirse las paradas de reloj para evitarse retrasos perjudiciales para los operadores, además de no existir datos objetivos para conceder dichas paradas de reloj ya que en la práctica, y de acuerdo con las inspecciones efectuadas por esta Comisión recientemente (Expediente DT 2008/196) muchos retrasos de provisión serían a juicio de ASTEL imputables a la recurrente y no a otros factores externos; y por último que no debe facturarse cantidad alguna cuando se produzca una cancelación de una solicitud de alta conjunta afectada por un retraso en la provisión, y que en otros casos se detallen los conceptos a facturar y se limite el importe de la misma a la cuota de alta.

Por todo ello ASTEL solicita que se desestime el recurso de reposición de TESAU.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación.

El artículo 107 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 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.

La recurrente TESAU califica expresamente su escrito como recurso de reposición; por tanto, y teniendo en cuenta que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa (artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; en adelante, LGTel), resulta procedente calificar el escrito de TESAU, presentado en Correos el día 20 de diciembre de 2008 y recibido en el Registro General de esta Comisión el día 5 de enero de 2009, como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 20 de noviembre de 2008, a tenor de lo establecido



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en el artículo 116 de la LRJPAC que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en reposición ante el mismo órgano que lo hubiera dictado.

SEGUNDO.- Competencia y plazo para resolver.

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

El citado recurso deberá ser resuelto, y su Resolución notificada, en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del mismo, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley, y siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

TERCERO.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición de TESAU ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre la imposibilidad de poner a disposición de los operadores el procedimiento de alta conjunta y simultánea de los servicios AMLT y OBA en el plazo de 5 meses.

Frente a la alegación de TESAU de existir una imposibilidad material de poner a disposición de los operadores el procedimiento de alta conjunta y simultánea de la línea AMLT y los servicios OBA de acceso indirecto o acceso desagregado compartido en el plazo máximo de 5 meses, tal y como dispone el Resuelve Segundo de la Resolución recurrida, hay que contestar que, al igual que en ocasiones anteriores, la recurrente se limita a realizar dicha alegación de manera genérica, sin explicar ni detallar las razones objetivas de dicha imposibilidad y sin aportar ninguna prueba ni dato objetivo al respecto.

En consecuencia, y ante la falta de argumentos ni de pruebas por parte de la recurrente de dicha imposibilidad, hay que remitirse a los análisis y fundamentos de la Resolución de 20 de noviembre de 2008, y concretamente a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

su Fundamento de Derecho Octavo (paginas 11, 12 y 13), y reafirmar el plazo de 5 meses como adecuado y suficiente para permitir a TESAU cumplir con su obligación de implementar dicho procedimiento de alta conjunta y simultánea de de la línea AMLT y los servicios OBA de acceso indirecto o acceso desagregado compartido, evitando así que un plazo mayor pueda causar perjuicios comerciales y económicos a los operadores alternativos y muy especialmente para los no cubricados en centrales.

SEGUNDO.- Sobre la ampliación del ámbito del procedimiento para las líneas activas.

TESAU alega que la Resolución de 20 de noviembre de 2008 le ha impuesto, de manera novedosa respecto del informe sometido a trámite de audiencia, una nueva obligación que no formaría parte del objeto del procedimiento, cual es el extender el procedimiento de alta conjunta y simultánea de los servicios AMLT y OBA, que a su juicio se dirigía únicamente a potenciales usuarios que no dispusiesen de línea telefónica con TESAU, también a las líneas ya activas de clientes de TESAU preexistentes, multiplicando exponencialmente la demanda esperada del citado servicio de alta conjunta. Así, se habría generado a la recurrente una inseguridad jurídica e indefensión al no haberse sometido de nuevo a audiencia dicha modificación y ampliación del ámbito de la medida regulatoria en cuestión, ni haberse motivado dicho cambio de criterio en la Resolución recurrida.

Además la recurrente encuentra injustificada la obligación de realizar desarrollos adicionales en sus sistemas con el fin de que los operadores puedan solicitar conjuntamente los servicios mayoristas de AMLT y OBA por no existir ninguna ventaja ni mejora que justifique la misma, y por no haberse considerado un servicio necesario en otros países europeos al no tener influencia uno sobre el otro. Esta ausencia de justificación conllevaría que la obligación fuese desproporcionada y no objetiva, es decir, contraria al artículo 11.5 de la LGTel.

Frente a dichas alegaciones hay que poner de manifiesto que TESAU compara el informe sometido a audiencia con lo finalmente aprobado en el procedimiento DT 2008/787 y señala que donde el informe sometido a audiencia decía: *“...establecer, modificando la oferta de referencia correspondiente, la operativa del alta simultánea y coordinada de línea, del servicio mayorista AMLT y del de acceso de banda ancha, bien por acceso indirecto, bien con acceso desagregado con par compartido...”*, la Resolución aprobada el 20 de noviembre de 2008 habla en su Fundamento Primero, página 4, de *“...establecer, modificando la oferta de referencia correspondiente, y tanto para líneas inactivas como activas, la operativa del alta simultánea y coordinada por parte de Telefónica de los elementos siguientes: línea*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(necesaria para aquellos casos en que la misma esté inactiva), servicio mayorista AMLT y acceso OBA de banda ancha... [el subrayado es nuestro].

Esta Comisión estima que la redacción final aporta una mayor concreción y claridad sobre el ámbito del servicio a implementar, sin que ello suponga contradicción alguna con lo sometido a audiencia ni con el objeto del procedimiento, ya que el mandato de la Resolución del procedimiento número DT 2007/1192, que dio origen al procedimiento número DT 2008/787 cuya resolución se recurre, era del siguiente tenor: *“Telefónica deberá atender cualquier solicitud realizada por un operador para disponer de forma coordinada y simultánea de los servicios mayoristas AMLT y de acceso indirecto o de acceso desagregado con par compartido, a efectos de replicar su facilidad minorista de solicitar el alta de la línea y servicio de banda ancha simultáneamente. A tal fin propondrá a esta Comisión un procedimiento en el plazo de 1 mes desde la notificación de la presente resolución.”* [el subrayado es nuestro].

Es evidente que el alcance del Fundamento Primero de la Resolución de 20 de noviembre de 2008 se extiende al alta simultánea de AMLT y servicio OBA en cualquier caso, es decir, tanto sobre pares vacantes como sobre líneas ya en servicio, pues el objeto final es facilitar la replicabilidad de ofertas similares de TESAÚ, por lo que no cabe aceptar su interpretación en el sentido de limitar el alcance de la Resolución recurrida sólo a los pares vacantes, es decir, a aquellos casos que requieren de un alta de línea nueva, dejando fuera del alcance del servicio de alta conjunta a aquellos que ya disponen de línea activa (que son la mayoría). La redacción del texto sometido a audiencia no se oponía a la intención original del procedimiento número DT 2007/1192 antes citado, pero en aras de una mayor claridad y de evitar interpretaciones restrictivas como la que sugiere la recurrente se mejoró dicha redacción, detallando en mayor medida el alcance del procedimiento a implementar.

Sin perjuicio de lo anterior, en lo que respecta a la supuesta indefensión que le ha generado la falta de motivación del cambio de decisión de esta Comisión respecto del informe de los Servicios sometido a audiencia, es preciso señalar que la Audiencia Nacional en su Sentencia de 30 de julio de 2005 (RJCA 2006/26) ha confirmado el carácter no vinculante del informe elaborado por los Servicios de un órgano administrativo, evacuado en el marco del trámite de audiencia, para el órgano decisorio del mismo, lo que determina que el cambio de criterio que se pueda producir en el acto final aprobado respecto del manifestado en el citado informe no requiere la motivación exigida en el artículo 54.1.c) de la LRJPAC, relativo a la necesaria motivación que deben tener aquellos actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

En consecuencia, sin perjuicio de que esta Comisión en la Resolución recurrida sí que puso en conocimiento de los interesados todos los elementos de juicio que iban a tenerse en cuenta en la adopción de la Resolución, y que realmente no hubo un cambio de criterio sustancial sino una mera aclaración y especificación del alcance de la medida regulatoria a adoptar, en aplicación de lo establecido por el citado Tribunal hay que declarar que el cambio producido en la Resolución recurrida respecto de la propuesta formulada por los Servicios de esta Comisión no constituye uno de los supuestos previstos en el artículo 54.1.c) de la LRJPAC, y por tanto no requería estar dotado de la motivación exigida por la recurrente ni someterse de nuevo a audiencia ni se ha causado indefensión alguna a la recurrente.

En cuanto a la alegación sobre la presunta falta de justificación de la obligación de realizar desarrollos adicionales en sus sistemas para que los operadores puedan solicitar conjuntamente los servicios mayoristas de AMLT y OBA, hay que responder de nuevo que, al igual que en ocasiones anteriores, la recurrente se limita a realizar dichas alegaciones de manera genérica, sin explicar ni detallar las razones objetivas de dicha ausencia de mejoras o de necesidad alegadas y sin aportar ninguna prueba ni dato objetivo al respecto, ni siquiera informes que apoyen las referencias a la prestación de servicios similares en otros países europeos que invoca en su recurso. En consecuencia, y ante la falta de argumentos y de pruebas por parte de la recurrente hay que remitirse nuevamente a los análisis y fundamentos de la Resolución de 20 de noviembre de 2008, y concretamente a su Fundamento de Derecho Octavo (paginas 11, 12 y 13), y rechazar que la obligación impuesta sea injustificada, desproporcionada o que no se ajuste a la normativa sectorial vigente.

TERCERO.- Sobre los plazos de provisión del servicio de alta conjunta y simultánea de los servicios AMLT y OBA.

TESAU alega la imposibilidad de cumplir con los plazos impuestos en el Anexo III de la Resolución recurrida, y para ello reitera sus anteriores alegaciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

formuladas en el curso de la tramitación de los procedimientos administrativos números DT 2007/1192 y DT 2007/787, en el sentido de manifestar que la obligación regulatoria es no objetiva y desproporcionada ya que los tiempos de provisión de la Resolución recurrida son insuficientes e incoherentes con los tiempos de provisión del resto de los servicios incluidos en la Oferta de AMLT y vulneran la regulación sectorial vigente, por lo que solicita que se modifiquen los tiempos de provisión en el siguiente sentido:

- Que no se fije un compromiso específico para cada una de las provisiones, sino que simplemente se reitere la obligación de no discriminación con respecto a sus propios clientes minoristas.
- Que una vez provisionada el alta de línea (con un plazo de provisión de 12 días laborables o 18 hábiles), el tiempo de provisión de alta del resto de servicios sea de 12 días laborables (tiempo necesario para la provisión del servicio de banda ancha una vez ejecutada el alta de la línea), y en ningún caso inferior a los 5 días necesarios para activar la preselección y el servicio de AMLT.
- Que se descuenten de dichos plazos los retrasos motivados por causas imputables al operador beneficiario, por el abonado o por casos de fuerza mayor.

Procede analizar detenidamente la solicitud de la recurrente en este punto:

- TESAU comienza por reiterar alegaciones ya expresadas en el trámite de audiencia, conducentes a obtener un plazo máximo de provisión del pedido conjunto de unos 30 días laborables, muy superior al finalmente fijado por la Resolución (12 días laborables).
- No obstante, a continuación TESAU reclama que, al menos, se añadan a estos 12 días otros 5, destinados al alta del servicio AMLT tras el fin del proceso de alta de línea, pues considera que el hito inicial del alta AMLT es justamente el momento en que la línea se da por completamente operativa.
- Asimismo TESAU reclama que en el caso concreto de que el servicio OBA de datos solicitado sea el de acceso indirecto, deberán contemplarse un total de 12+12 días laborables, al sumar aritméticamente las duraciones de las provisiones del alta de línea y dicho acceso indirecto, quedando subsumida el alta AMLT dentro de esos segundos 12 días.

Revisando la redacción del apartado 8.1.5 de la Oferta de AMLT, cabe decir que a primera vista podría hacerse una interpretación favorable a la recurrente, esto es, que al alta efectiva de línea le suceden los trabajos de activación del servicio de AMLT sobre dicho par, aunque igualmente podría asimilarse este alta dentro de las “*actuaciones en red*”, para las que se establece un plazo de 6



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

días hábiles, lo que en realidad haría un total de 6+5 días para la provisión, menor en consecuencia que los 12 establecidos por la Resolución recurrida.

No obstante, no cabe la interpretación pretendida por TESAU ya que tal y como destaca la recurrente, en virtud de lo recogido en el Anexo de la Oferta de AMLT sobre Acuerdos de Nivel de Servicio, en el cuadro del punto A.1, se establece que el hito inicial del alta de AMLT con alta de línea es precisamente el “Alta de línea”, mientras que en el párrafo que antecede dicho cuadro para facilitar su correcta interpretación se establece que *“El indicador “Tiempo de provisión” se define como el tiempo transcurrido desde el hito inicial (recepción de la solicitud del operador por parte de Telefónica de España) hasta la fecha efectiva de alta en el servicio.”* [el subrayado es nuestro]. Esto implica que, tal y como se expone en el Fundamento Séptimo de la Resolución recurrida (páginas 10 y 11), el plazo de 5 días de provisión AMLT hay que considerarlo incluido en los 12 días laborables del plazo máximo para tramitar el alta de línea nueva sobre par vacante.

En relación con el caso concreto del alta simultánea en la modalidad de servicio OBA de acceso indirecto, ya en la tramitación del procedimiento cuya Resolución es objeto de recurso se debatió al respecto, habiéndose establecido que TESAU deberá simultanear en la medida de lo posible los trabajos conducentes a la provisión conjunta de ambos servicios, con el objetivo de acercarse a los resultados que obtiene con sus clientes minoristas.

Y en apoyo de todo lo anterior hay que poner de manifiesto que se dispone del hecho contrastado y verificable por los propios datos que TESAU aporta con destino a la página web del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, de que dicho operador está suministrando el servicio telefónico sobre pares vacantes en un máximo de 16 días naturales (es decir, algo menos de 11 días laborables), para el 95 % de sus clientes minoristas¹, lo que demuestra que los plazos de provisión establecidos se corresponden con los plazos reales para los clientes propios de la recurrente y que no existe la pretendida imposibilidad de su prestación efectiva.

Dado que lo que se espera en este caso es que los alternativos sean capaces de replicar ofertas de TESAU mediante el procedimiento de alta conjunta, y que dichos plazos se demuestran suficientes para tramitar el alta conjunta, debe mantenerse el plazo máximo de 12 días laborables previsto por la Resolución para dicha alta conjunta de servicios, por lo que hay que desestimar la solicitud del recurrente en este sentido.

¹ Datos del tercer trimestre de 2008, según lo publicado por el propio operador en la página: <http://www.telefonica.es/calidadsets/>



CUARTO.- Sobre la imposibilidad de descontar las incidencias o paradas de reloj.

A juicio de TESAU la exclusión de las incidencias y paradas de reloj que no le sean imputables del cómputo de los tiempos medios de provisión sería una medida desproporcionada y arbitraria y le causaría indefensión, además de ir contra las definiciones de tiempos medios de provisión contenidas en las Ofertas Mayoristas (OBA y AMLT), que según TESAU sí contemplan el supuesto de que ciertas incidencias no imputables a dicho operador pueden demorar la provisión de los servicios y no se contabilizarían en el tiempo medio de provisión de los mismos. Por tanto, solicita que se modifique el Anexo III de la Resolución recurrida en el sentido de que se excluyan las incidencias y paradas de reloj del cómputo de los tiempos de provisión de los servicios.

Efectivamente, la OBA dispone que las paradas de reloj no se tendrán en cuenta para el cálculo de los tiempos máximos de provisión, pero no se habla en este caso de tiempos máximos sino de tiempos medios; TESAU intercambia interesadamente en su recurso ambos conceptos en su argumentación, cuando la Resolución recurrida, en su Fundamento Séptimo, último párrafo (página 11), habla con claridad de tiempos medios: *“No obstante, se tendrá siempre en cuenta el criterio de no discriminación establecido en la modificación OBA de 22 de mayo de 2008 (ref. DT 2006/1586, resuelve quinto), por el que Telefónica garantizará que los tiempos medios de provisión de los servicios aquí considerados serán siempre coincidentes con los que se obtengan en la provisión de servicios equivalentes a sus propios abonados.”* [el subrayado es nuestro]; y en la modificación de la Oferta de AMLT que establece la misma Resolución en su Anexo III se dice que *“El plazo máximo de provisión del conjunto de servicios que forma el pedido será de 12 días laborables. No obstante, el tiempo medio de provisión de los citados servicios mayoristas no podrá exceder el tiempo medio de provisión de las actividades equivalentes de Telefónica. De igual manera, en el cómputo de los citados plazos medios, ya sean relativos a los servicios mayoristas o a las actividades equivalentes en autoprestación, Telefónica no descontará plazos correspondientes a incidencias o paradas de reloj de ninguna naturaleza.”* [el subrayado es nuestro].

Es decir, por un lado se establece un plazo máximo de provisión, y por otro se aplica una medida de no discriminación en torno a los plazos medios, para los que, en efecto, no se permite descontar las incidencias o paradas de reloj. Y todo ello en estricta aplicación de la OBA vigente, por lo que no cabe observar ni incoherencia, ni desproporción, ni arbitrariedad, ni indefensión.



QUINTO.- Sobre la cancelación de solicitudes sin haber finalizado la provisión global de los servicios de AMLT y de OBA, y sobre la necesidad de modificar la Oferta de AMLT.

La Resolución de 20 de noviembre de 2008 dispone en su Anexo III, al modificar el Apartado 8.1.3 de la Oferta de AMLT, que en el caso de solicitarse la baja en el procedimiento antes de la provisión del pedido conjunto, la solicitud será global y alcanzará a todos los servicios que la integran. En este sentido, TESAU alega en su recurso que debería completarse y concretarse dicha disposición con los siguientes elementos: establecer unos “puntos de no retorno” de las solicitudes de alta, y reflejar una serie de importes facturables al operador por los gastos incurridos. Asimismo TESAU manifiesta que la obligación impuesta en el Resuelve Tercero y en el Anexo III de la Resolución recurrida (modificar el Apartado 8.1.3 de la Oferta de AMLT) a su juicio adolecería de falta de definición por tener muchísimas implicaciones y no podría hacerse de inmediato al afectar a otros Apartados de dicha Oferta Mayorista, que se modifique la Resolución recurrida recogiendo todas las modificaciones necesarias de la Oferta de AMLT.

Sin embargo, a la luz de lo dispuesto en los Fundamentos y en el Anexo I de la Resolución de 20 de noviembre de 2008 al respecto no parece necesaria la modificación solicitada, ya que:

- Por un lado, el propio texto recurrido establece en su Anexo I “Procedimiento de alta conjunta y simultánea de línea, AMLT, y acceso OBA indirecto o por bucle compartido” lo siguiente: *“En el caso de solicitarse la cancelación del procedimiento, si dicha solicitud se produce antes de la provisión del pedido conjunto, ésta alcanzará a todos los servicios que lo forman. En caso de producirse una vez finalizada dicha provisión, las bajas se tratarán de manera independiente.”*
- Y por otro lado, será en todo caso de aplicación el apartado 1.5.1.4 de la OBA, que específicamente regula la Cancelación de Solicitudes de los servicios comprendidos en dicha Oferta.

Se entiende que ambos textos cubren adecuadamente la casuística que pudiese presentarse en un pedido conjunto, por lo que no existe la necesidad de modificar los mismos ni la Oferta de AMLT en el sentido solicitado por la recurrente, ni tampoco se estiman necesarios apartados adicionales al Anexo III de la Resolución de 20 de noviembre de 2008.



SEXTO.- En general, sobre las alegaciones de la existencia de presuntos defectos formales y procedimentales, de motivación y de indefensión.

Al igual que en numerosos recursos de reposición interpuestos previamente por TESAU, la recurrente realiza una serie de alegaciones genéricas conforme a las cuales la Resolución de 22 de mayo de 2008 se habría aprobado con omisión del procedimiento legalmente establecido para modificar obligaciones regulatorias sectoriales y con falta de motivación suficiente, todo lo cual le habría causado indefensión.

Frente a estas alegaciones hay que reiterar que en la aprobación de la Resolución recurrida se han ejercido las competencias regulatorias que están previstas en el artículo 48 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones así como la normativa de desarrollo de la misma y de conformidad con el procedimiento administrativo regulado en la LRJPAC, con una motivación suficiente, respetando escrupulosamente el derecho de audiencia de la recurrente, que pudo alegar varias veces en el curso del Procedimiento, y sin exlimitación alguna ni imposición de obligaciones regulatorias que estén fuera del marco de la aplicación de la normativa sectorial en materia de Ofertas Mayoristas, como se explica a continuación:

A) Sobre la motivación de la Resolución.

En concreto, en lo referente a la fundamentación de la Resolución recurrida y el respecto a la normativa sectorial vigente, la alegación de TESAU carece de rigor, ya que en la misma se argumentaba suficientemente la adopción de la medida regulatoria recurrida:

- El hecho de que la Resolución de 22 de mayo de 2008 contenga algunos extremos que difieren de los inicialmente planteados en el trámite de audiencia es resultado del ejercicio de la potestad administrativa decisoria de esta Comisión y, en general, de sus competencias legalmente establecidas, de conformidad con las normas jurídicas vigentes, singularmente el citado artículo 48 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y la LRJPAC.
- Los cambios introducidos por esta Comisión en su Resolución respecto del Informe de audiencia fueron consecuencia de las alegaciones presentadas por los diferentes interesados al respecto, y se han motivado suficientemente en los Fundamentos de Derecho de la citada Resolución recurrida, en estricto cumplimiento del artículo 54.1.c) de la LRJPAC. Asimismo ya se ha expuesto en el Fundamento de Derecho Segundo que la Audiencia Nacional ya ha confirmado el carácter no vinculante del informe elaborado por los Servicios de un órgano administrativo, evacuado en el marco del trámite de audiencia, para el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

órgano decisorio del mismo, lo que determina que el cambio de criterio que se pueda producir en el acto final aprobado respecto del manifestado en el citado informe no requiere la motivación exigida en el artículo 54.1.c) de la LRJPAC, relativo a la necesaria motivación que deben tener aquellos actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes, ni tampoco que se someta de nuevo a audiencia.

- La Resolución recurrida contiene de forma adecuada todos aquellos criterios utilizados y conclusiones obtenidas tras el oportuno análisis practicado de las circunstancias concurrentes y se ha dado contestación a todas y cada una de las alegaciones efectuadas por TESAU y por los demás operadores. Muestra de ello es el hecho de que la propia recurrente ha rebatido algunos de los razonamientos y criterios establecidos por esta Comisión en la propia Resolución ahora recurrida. Cuestión diferente es que TESAU comparta o no las decisiones adoptadas por esta Comisión en dicha Resolución, pero sin que ello nada tenga que ver con la supuesta insuficiencia en la motivación de los cambios introducidos respecto del informe de audiencia.

A tal efecto, cabe destacar la reiterada interpretación jurisprudencial en relación a la motivación de los actos administrativos, con arreglo a la cual, la exigencia contenida en el artículo 54.1 de la LRJPAC se traduce en la obligación de exteriorizar las razones que sirven de fundamento a la decisión administrativa, realizando una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de Derecho que dan lugar a la adopción de la decisión, en aras a permitir a los afectados ejercitar debidamente su derecho de defensa, pero sin que se requiera una profunda, extensa y detallada exposición de los razonamientos o argumentos determinantes de su adopción.²

En definitiva, no es admisible la alegación de TESAU en lo referente a supuesta falta de motivación suficiente de la Resolución del Consejo de esta Comisión de 20 de noviembre de 2008.

B) Sobre la alegación de indefensión.

Frente a la repetida alegación de TESAU de que la supuesta falta de motivación suficiente sobre los cambios introducidos por esta Comisión en su Resolución respecto del Informe de audiencia le habrían provocado

~~indefensión que provocaría la nulidad de pleno derecho de la Resolución~~
² El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en Sentencias de fecha 29 de marzo de 2004 (RJ 2004/1849), 10 de diciembre de 2003 (RC 3905/2000 [RJ 2003\9526]), 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/2957), 29 de febrero de 2000 (Ar. 2000/3166), 20 de enero de 1998 (RJ 1998\1418), 25 de mayo de 1998 (RJ 1998\4486); 9 de febrero de 1996 (RJ 1996/1105), y 12 de diciembre de 1990 (Ar. 1990/9918), entre otras.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

recurrida, hay que responder reiterando que en el procedimiento de aprobación de la Resolución recurrida no se ha producido en ningún momento la indefensión alegada por TESAU, ya que en todo momento tuvo oportunidad de presentar alegaciones y de aportar toda la información y documentación que estimó pertinente a sus intereses, y más específicamente en el trámite de audiencia practicado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJPAC.

Es decir, que hay que negar de manera categórica la existencia de indefensión de TESAU en el procedimiento y reiterar una vez más los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales expuestos en numerosas Resoluciones del Consejo de esta Comisión, en el sentido de negar radicalmente la existencia de indefensión alguna.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de junio de 2004 (RJ 2004/7632), describe el concepto de indefensión: *“la esencia de la indefensión, esto es, una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, o, en otras palabras, aquella situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de las facultades de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en aplicación del indispensable principio de contradicción”*.

Pero además, según las Sentencias del Tribunal Constitucional 65/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 65) y 178/1998, de 14 de septiembre (RTC 1998, 178), no cabe invocar el principio constitucional del derecho fundamental a la tutela efectiva de los jueces y Tribunales, contenido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, en el marco de un procedimiento administrativo de carácter no sancionador ya que la resolución del mismo es impugnabile en vía judicial, y serán los jueces y Tribunales los que enjuicien eventuales vulneraciones del ordenamiento jurídico por parte de las Administraciones Públicas. Así, la indefensión se produciría si no se pudiese acceder a la vía judicial, lo que no es el caso ya que TESAU y los demás interesados tienen la posibilidad de impugnar en vía contencioso-administrativa la Resolución recurrida desde que fue notificada la misma (hay que recordar que recurrir en reposición es potestativo, como establece el artículo 116.1 de la LRJPAC), y asimismo la recurrente podrá hacerlo desde que sea notificada de la Resolución del presente recurso potestativo de reposición.

En definitiva, no cabe aceptar como válida la alegación de indefensión derivada de la Resolución recurrida ni del procedimiento administrativo tramitado al efecto, por carecer de base jurídica ya que se ha respetado en todo momento la legalidad vigente y la interpretación jurisprudencial de la misma, tanto a nivel procedimental general como en la aplicación del Derecho sectorial, y en especial porque se ha garantizado, en todo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

momento, el derecho de la recurrente a efectuar alegaciones, así como por no haber lugar a la invocación del derecho a la tutela judicial en el marco de un procedimiento administrativo no sancionador.

En conclusión, la Resolución de 20 de noviembre de 2008 recurrida se ajusta a Derecho, por lo que no cabe alegar vicio alguno de legalidad, ni de falta de motivación ni de indefensión, procediendo desestimar todas las alegaciones de TESAU al respecto.

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

UNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U., contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 20 de noviembre de 2008 mediante la cual se establece el procedimiento de alta simultánea de la línea de Acceso Mayorista a la Línea Telefónica (AMLT) y los servicios de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) de acceso indirecto o acceso desagregado compartido, recaída en el expediente DT 2008/787, por estar la misma plenamente ajustada a Derecho.

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

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº
EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera