



MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO, Director de Asesoría Jurídica de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (artículo 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), 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 28/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 18 de julio de 2013, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución relativa a los recursos de reposición interpuestos por France Telecom España, SAU, y Telefónica de España, SAU, contra la Resolución, de fecha 11 de abril de 2013, sobre el proceso de migración de los servicios mayoristas GigADSL y ADSL-IP al nuevo servicio NEBA (AJ 2013/884).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de 11 de abril de 2013.

Con fecha 11 de abril de 2013, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución, en el marco de la tramitación del expediente número DT 2012/1447, relativo al proceso de migración de los servicios mayoristas GigADSL y ADSL-IP al Nuevo servicio Ethernet de Banda Ancha (NEBA).

La mencionada Resolución acordó en su parte dispositiva lo siguiente:

<<PRIMERO.- El marco de aplicación para el cese de las obligaciones de dar nuevas altas en GigADSL y ADSL-IP indicado en el Anexo 3 de la Resolución MTZ 2008/626 de 22 de enero de 2009 así como para la posible migración de las conexiones existentes será el contenido en el Anexo I.

SEGUNDO.- La definición y condiciones aplicables a las migraciones masivas hacia NEBA serán las indicadas en el Anexo II.

TERCERO.- Suprimir la obligación impuesta en el resuelve octavo de la Resolución DT 2009/497, de 11 de noviembre de 2010, sobre la comercialización por terceros de las ofertas minoristas FTTH de Telefónica.>>



SEGUNDO.- Recurso de reposición de ORANGE.

Con fecha 14 de mayo de 2013 tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito de la entidad France Telecom España, SAU, (en adelante, ORANGE) en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

ORANGE interpuso su recurso invocando genéricamente al artículo 62 de la LRJPAC, sin aludir a ninguna causa concreta de nulidad, realizó las siguientes alegaciones:

- La Resolución contraviene lo establecido en la Resolución DT 2009/871 al modificar los criterios ahí establecidos para la retirada de las condiciones económicas aplicadas a las conexiones AMLT acompañadas de acceso indirecto de banda ancha.
- La modificación de los criterios antes indicados se ha realizado sin ninguna justificación y de forma distinta al planteamiento propuesto en el informe de audiencia.

TERCERO.- Recurso de reposición de TESAU.

Con fecha 14 de mayo de 2013 tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito de la entidad Telefónica de España, SAU, (en adelante, TESAU) en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho primero, sin aludir a ninguna causa concreta de nulidad, sobre la base de las siguientes alegaciones:

- Que la fecha de disponibilidad efectiva del NEBA a establecer por la Comisión en un procedimiento *ad hoc*, genera incertidumbre sobre la fecha desde la que se aplique la desregulación. En consecuencia, solicita que dicha fecha sea la de comunicación de cumplimiento de las obligaciones derivadas del servicio NEBA cobre del expediente DT 2011/738 y el calendario previsto en la resolución DT 2011/2744.
- Que la obligación de comunicar con carácter mensual la información de nuevas localizaciones de cobertura NEBA resulta ineficiente y desproporcionada en cuanto que los operadores ya pueden disponer de dicha información por lo que solicita que se elimine dicha obligación.
- Que resulta ineficiente y desproporcionada la obligación de realizar actuaciones manuales en el marco de las condiciones aplicables a las migraciones masivas hacia NEBA cuando el servicio ya está desarrollado, motivo por el que considera innecesario un mecanismo de migración masiva virtual.
- Que resulta desproporcionado no limitar la aplicación del descuento en el precio de las provisiones a las solicitudes individuales de migración de los servicios indirectos actuales hacia NEBA cuando sean enviadas por un operador y ejecutadas en el mismo día.
- Que considera injustificada la aplicación de un precio reducido para el servicio ADSL-IP nacional a todas las conexiones o accesos de una demarcación ADSL-IP



provincial o GigADSL que no cuente con cobertura NEBA completa cuando los operadores no hubieran optado por disponer de un servicio regional en la demarcación de referencia. Por lo tanto, solicita que la aplicación de dicho precio reducido esté supeditado a la disponibilidad previa de un servicio regional en la citada demarcación y únicamente para las conexiones regionales existentes en localizaciones fuera de cobertura NEBA.

CUARTO.- Notificación a los interesados del inicio de la tramitación de los recursos y de su acumulación.

Por medio de un escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 16 de mayo de 2013, se informó a los interesados del inicio del procedimiento, con número de expediente AJ 2013/884, por el que se tramita el recurso de reposición interpuesto por ORANGE al que nos hemos referido en el anterior Antecedente de Hecho, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 y 112.2 de la de la LRJPAC.

Con posterioridad, en fecha 22 de mayo de 2013, se notificó a los interesados la interposición del recurso de reposición interpuesto por TESAU también referido en el anterior Antecedente de Hecho, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 y 112.2 de la de la LRJPAC.

En el mismo escrito de 22 de mayo de 2013, se notificó el acuerdo de acumulación del procedimiento de este recurso a la tramitación de recurso interpuesto por ORANGE bajo la referencia AJ 2013/884.

QUINTO.- Alegaciones de TESAU.

Con fecha 29 de mayo de 2013, tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito en nombre y representación TESAU por el que solicitó la desestimación del recurso de reposición interpuesto por ORANGE sobre la base de las siguientes alegaciones:

- Que el recurso interpuesto por ORANGE ha de ser desestimado al no estar basado en ninguna causa de nulidad o anulabilidad previstas en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC.
- Que la Resolución recurrida está suficientemente argumentada y motivada y, asimismo, resulta coherente con la Resolución DT 2009/871.
- Que el descuento de las conexiones AMLT con acceso indirecto de banda ancha es una medida regulatoria impuesta a TESAU con carácter provisional que ha de eliminarse cuando se compruebe el cumplimiento del hito específicamente establecido para ello.

SEXTO.- Alegaciones de VODAFONE.



Con fecha 4 de junio de 2013, tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito en nombre y representación Vodafone España, SAU, (en adelante, VODAFONE) por el que solicitó la desestimación de las solicitudes presentadas por TESAU en su recurso de reposición, sobre la base de las siguientes alegaciones:

- Que el recurso interpuesto por TESAU debe de desestimarse al no estar fundado en ninguna causa de nulidad o anulabilidad previstas en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC.
- Que la solicitud de TESAU de que se declare como fecha de disponibilidad efectiva del NEBA el día que TESAU comunique a esta Comisión el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del NEBA, debe rechazarse puesto que su adopción supondría la aplicación retroactiva de un acto administrativo con efectos desfavorables para los operadores alternativos. La decisión de la CMT de adoptar la fecha de Resolución del correspondiente procedimiento que se inicie con el objeto de comprobar la disponibilidad efectiva del NEBA, resulta proporcionada y conforme a Derecho.
- No resulta desproporcionada la obligación impuesta a TESAU de comunicar con carácter mensual la información de nuevas localizaciones de cobertura NEBA, sino que resulta apropiada para dotar a los operadores alternativos de información suficiente en relación con el despliegue de red en la que está disponible el servicio NEBA.
- Que la solicitud de TESAU de modificación de las condiciones de aplicación del mecanismo de migración masiva virtual resulta inapropiada puesto que dicha modificación supondría la necesidad de realizar desarrollos *ad hoc* para este tipo de migraciones con el coste económico superior que ello supondría para TESAU.
- Sobre la solicitud de que los descuentos a las solicitudes individuales se apliquen exclusivamente a las migraciones que se ejecuten en una misma ventana temporal, resulta incompatible con la necesidad de establecer un lapso temporal en que se deben enviar las solicitudes individuales para ser consideradas como una solicitud masiva con derecho a descuento.
- Que la aplicación de un precio reducido para el servicio ADSL-IP nacional a todas las conexiones o accesos de una demarcación ADSL-IP provincial o GigADSL que no cuente con cobertura NEBA completa, no solo resulta proporcional y conforme a derecho, sino que dicha reducción debería aplicarse también al servicio ADSL-IP a nivel regional en correspondencia con la diferencia de precio entre nivel nacional y el regional.

SÉPTIMO.- Alegaciones de ORANGE.

Con fecha 7 de junio de 2013, tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito en nombre y representación ORANGE por el presentó las siguientes alegaciones contra el recurso de reposición interpuesto por TESAU:



- Que la solicitud de TESAU de aplicar retroactivamente la desregulación de los servicios indirectos desde la fecha en que se solicite la verificación de la disponibilidad del servicio NEBA, es contraria a lo previsto al respecto en las resoluciones MTZ 2008/626 y DT 2009/871. Asimismo, teniendo en cuenta que la solicitud de TESAU supondrían claros perjuicios para los operadores alternativos, los efectos retroactivos que dicha solicitud reclama contraviene lo previsto en el artículo 57 de la LRJPAC.
- Que la solicitud de TESAU de exigir, como requisito imprescindible, la coordinación en la ejecución de las migraciones individuales de los accesos indirectos con AMLT a NEBA sin STB para poder aplicar el procedimiento de migración masiva virtual, haría inservible dicho procedimiento de migración.

II FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación de los escritos.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley, y cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma LRJPAC.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y en el artículo 117 se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

TESAU y ORANGE califican sus escritos como recursos de reposición y han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley; por tanto, y teniendo en cuenta que las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar ambos escritos de recurso como recursos potestativos de reposición interpuestos contra la Resolución del Consejo de la Comisión de 11 de abril de 2013, por la que se puso fin al procedimiento con número de expediente DT 2012/1447.

SEGUNDO.- Legitimación de las entidades recurrentes.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. Las entidades recurrentes ostentan la condición de interesadas por cuanto que ya lo eran en el procedimiento con número de expediente DT 2012/1447 en el marco del cual se dictó la Resolución objeto de impugnación.

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.

Los recursos de reposición interpuestos por ORANGE y TESAU cumplen parcialmente con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, al presentarlo dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, pero no aluden expresamente a ninguna de las causas de nulidad o anulabilidad previstas en los artículos 62 o 63 de la misma Ley. No obstante, en virtud del principio antiformalista que rige la actividad de la Administración Pública, corresponde a la Comisión determinar si el acto impugnado incurre en una infracción del ordenamiento jurídico determinante de su nulidad o anulabilidad.

En virtud de todo lo anterior, procede admitir a trámite ambos recursos.

CUARTO.- Competencia para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver los recursos de reposición le corresponde al órgano administrativo que dictó el acto impugnado. En consecuencia, corresponde al Consejo de la Comisión resolver los recursos de reposición.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la modificación de las condiciones económicas previstas en la Resolución DT 2009/871 para las conexiones AMLT acompañadas de acceso indirecto de banda ancha.

ORANGE alega que la modificación contenida en la Resolución recurrida sobre las condiciones económicas correspondientes a las conexiones AMLT con acceso indirecto de banda ancha y que hayan sido contratadas tras haber sido declarado disponible el servicio NEBA, además de no estar justificada de forma objetiva y ser distinta de la modificación propuesta en el informe de audiencia, contraviene lo establecido en la Resolución DT 2009/871.

En relación con el cambio de criterio respecto de aquél reflejado en el informe de audiencia sobre la modificación de las mencionadas condiciones económicas, se ha de recordar que, de conformidad con el artículo 48.5 de la LGTel¹, el artículo 32 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, y el artículo 4.2 del Reglamento de Régimen Interior², esta Comisión está regida por un Consejo al que le corresponde el ejercicio de todas las funciones atribuidas a la CMT.

Los servicios³ de esta Comisión, a quienes les corresponde la elaboración de la propuesta de resolución remitida en la notificación del trámite de audiencia y que no tienen el carácter

¹ En la versión de la Ley que estuvo en vigor entre el 6 de marzo de 2011 y el 5 de junio de 2013.

² Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de marzo de 2012 (Expediente número AJ 2012/593)



de “órganos consultivos” en el sentido de lo previsto en el artículo 54.1.c) de la LRJPAC, no expresan ni pueden expresar la voluntad ni la postura oficial de la Comisión. Por este motivo, los tribunales⁴ han reconocido explícitamente la posibilidad de que el Consejo se aparte de los informes previos elaborados por los servicios, todo ello sin necesidad de motivar expresamente su discrepancia.

En referencia a las condiciones económicas de las conexiones AMLT con acceso indirecto de banda ancha, la Resolución DT 2009/871 impuso un descuento especial para éstas debido a la inexistencia del servicio mayorista que permite la prestación con garantías de telefonía IP. Así, en el resuelve segundo de dicha Resolución se estableció un precio especial para las cuotas de AMLT *“hasta la comprobación por esta Comisión de la disponibilidad operativa del servicio de tráfico de paquetes para telefonía IP, momento en el que se definirá el periodo en que los operadores podrán migrar sus soluciones conjuntas de AMLT con acceso indirecto a soluciones de acceso indirecto desnudo sin coste alguno”*. Por lo tanto, tal y como se indica en la Resolución recurrida, la comprobación de la disponibilidad efectiva de NEBA (que incorpora un servicio de tráfico de paquetes para telefonía IP mediante su calidad de tráfico *realtime*) marca el fin del período de validez de dichas condiciones económicas especiales.

La Resolución recurrida no contraviene la Resolución DT 2009/871 sino que, precisamente, confirma lo ahí dispuesto y define las condiciones y características del período en que los operadores podrán migrar sus accesos AMLT con acceso indirecto, aspecto mencionado en el citado resuelve segundo, y asegura que dicha migración no tendrá coste para los operadores, como también se especifica en el mismo resuelve.

Además, debe recordarse que en la Resolución DT 2009/871 se desestimó la posibilidad de exigir un compromiso de migración futura de estos accesos AMLT a los operadores que se beneficien del descuento, de conformidad con las peticiones de varios operadores que solicitaban libertad para que, una vez que estuviera disponible el servicio mayorista IP, el operador pudiera optar por la migración de los accesos o bien mantener el servicio AMLT. En la Resolución recurrida mantiene que la aludida migración sea opcional para los operadores.

Por otra parte, ORANGE alega que la Resolución DT 2009/871 preveía que el descuento del precio AMLT se mantendría también durante el periodo de migración al nuevo servicio de acceso indirecto que estableciera esta Comisión, citando el siguiente texto del apartado II.6.4 de la mencionada Resolución:

“Dicha medida dejará de ser efectiva una vez se certifique la correcta implantación de la VoIP y haya transcurrido un lapso de tiempo suficiente especificado por esta Comisión que posibilite a los operadores migrar a la nueva solución de acceso indirecto naked.”

³ La actividad de los Servicios de la Comisión viene regulada básicamente en el artículo 2.2 del Real Decreto 1994/1996, desarrollada en el artículo 11 del Reglamento de Régimen Interior

⁴ Entre otras, SAN de 30 de julio de 2005 (RJCA 2006\26): *“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, alegación pues, que ha ser rechazada por carecer de sustancia y relevancia.”*



En el mismo párrafo en el que figura cita aludida por ORANGE, también se indica que *“la reducción de cuota aplicará sobre aquellos usuarios que tengan contratado de forma simultánea el servicio AMLT y acceso indirecto [...] y se mantendrá vigente hasta que se verifique por esta Comisión la correcta implantación de la solución de VoIP a nivel regional ...⁵”*. Asimismo, la Resolución recurrida señala en su apartado II.7 que *“... los operadores que se han beneficiado de estas condiciones especiales [...] han dispuesto de tiempo desde la entrada en funcionamiento de NEBA para realizar pruebas, constituir los pPAI y preparar la migración si así lo desean, y dispondrán todavía del tiempo que necesite esta Comisión para verificar la disponibilidad de NEBA, período en el que mantendrán las condiciones actuales”*.

Es decir, la intención de finalizar el descuento con la comprobación de la disponibilidad de un acceso indirecto adecuado ya incluye el periodo de tiempo de migración al que se refiere ORANGE en su recurso. El hecho de que durante dicho periodo (durante el cual estará en funcionamiento el NEBA) los operadores no hayan hecho uso del NEBA, no les podrá suponer ventajas como, por ejemplo, el mantenimiento del descuento por un tiempo superior. Además, la opción alternativa de mantener el descuento durante el período de un año en que se mantienen las condiciones reguladas de los servicios de acceso indirecto GigADSL y ADSL-IP para posteriormente proceder a la devolución de los importes descontados por parte de los operadores que no migren a NEBA (migración que, a petición de los operadores, no era requisito para acceder al descuento) ya fue desestimada por la Resolución recurrida.

En definitiva, las condiciones económicas previstas en la Resolución recurrida se consideran objetivas y proporcionadas, además de justificadas y consistentes con otras Resoluciones.

SEGUNDO.- Sobre la supuesta incertidumbre que supone la fecha de disponibilidad efectiva del servicio NEBA a establecer por la Comisión.

TESAU demanda conocer con certeza la fecha en la que cesarán sus obligaciones regulatorias en lugar de mantener que sea ésta la de la fecha de Resolución de esta Comisión por la que se declare la disponibilidad efectiva del NEBA, aún cuando hubiera cumplido diligentemente y con anterioridad a la fecha de la Resolución, las obligaciones que le son propias. Por lo tanto, solicita que una vez declarada la efectiva disponibilidad del servicio NEBA por parte de la Comisión, la fecha desde la que se aplique la desregulación se retrotraiga a la fecha de la comunicación por parte de la recurrente de cumplimiento de las obligaciones derivadas del mencionado servicio.

El artículo 57 de la LRJPAC establece la eficacia inmediata de los actos administrativos. En el apartado tercero del mencionado artículo se establece, excepcionalmente, su eficacia retroactiva cuando se dicten en sustitución de actos anulados y, también, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.

La Resolución que dicte esta Comisión, por la que se declare la disponibilidad efectiva del servicio NEBA, si bien produce efectos favorables para TESAU al suponer la supresión de obligaciones de este operador, también supone que los operadores alternativos dejarán de

⁵ Añadiendo al final de la frase condiciones relativas a la cobertura, que debido a las características de cobertura de NEBA han perdido validez.



beneficiarse de dichas obligaciones. Además, durante el periodo de comprobación de la disponibilidad efectiva del servicio NEBA, podrían encontrarse incumplimientos o fallos, conforme da a entender la recurrente, con los perjuicios que ello supondría para los operadores alternativos. Por lo tanto, tras realizar la correspondiente ponderación de intereses, cabe concluir que no concurren los requisitos necesarios para aplicar la eficacia retroactiva de la citada Resolución a la fecha en que TESAU comunique el cumplimiento de sus obligaciones correspondientes.

Pero además, debe recordarse que el periodo de comprobación desde que TESAU comunique el cumplimiento de sus obligaciones hasta que esta Comisión declare su efectiva disponibilidad, sirve para evitar que la falta de uso del servicio NEBA impida o se constituya como un motivo de aplazamiento de la declaración de disponibilidad y, también, para evitar que por motivos de un plazo insuficiente los operadores alternativos tomen decisiones sin realizar el debido análisis.

TERCERO.- Sobre la supuesta ineficiencia y desproporcionalidad de la obligación impuesta a TESAU de comunicar mensualmente la información sobre nuevas localizaciones con cobertura NEBA.

TESAU considera innecesaria e ineficiente la obligación de comunicar, con carácter mensual, las modificaciones de cobertura NEBA, conforme a lo dispuesto en la segunda frase del párrafo tercero⁶ del Anexo I de la Resolución recurrida. Señala que la información sobre la cobertura se encuentra disponible en el fichero relativo a la “Lista de centrales y nodos” que se actualiza semanalmente y por el que los operadores alternativos podrán conocer si NEBA está disponible o si lo estará en cada localización, con una antelación de al menos seis meses.

La mencionada obligación, de cumplimiento con periodicidad mensual, se justificó de la siguiente manera: *“Ahora bien, dada la importancia que tiene saber la fecha del mencionado cese de obligaciones, y para evitar litigios respecto a dicha fecha, se considera adecuado que, además de poner a disposición de los operadores la fecha de disponibilidad de NEBA con seis meses de antelación, como Telefónica viene haciendo, se envíe mensualmente una comunicación a los operadores con usuarios de acceso indirecto, indicando las modificaciones a la cobertura de NEBA introducidas en el citado fichero el mes anterior”.*

En efecto, de conformidad con lo establecido en la Resolución recurrida, la fecha de puesta en marcha de NEBA en una localización es de gran importancia para los operadores, pues a partir de ese momento se cumple lo dispuesto en la Resolución recurrida: cese de la obligación de aceptar nuevas altas para ADSL-IP y GigADSL, cese de aplicación del descuento especial de AMLT con indirecto, y comienzo del plazo de un año para o bien migrar a NEBA o bien prestar el servicio anterior en condiciones comerciales. Es decir, el conocimiento de la fecha de la entrada en servicio de NEBA cobra, con la Resolución recurrida, gran importancia en la estrategia comercial de los operadores.

Si bien es cierto que esta obligación podría considerarse redundante, debe de tenerse en cuenta el mínimo esfuerzo que supone para la recurrente su cumplimiento puesto que

⁶ *“Además de incluir en las bases de datos mayoristas el anuncio con seis meses de antelación de las localizaciones que se vayan a incorporar a la cobertura de NEBA sobre cobre, Telefónica comunicará a los operadores con usuarios de acceso indirecto, en los diez primeros días de cada mes, las modificaciones a la cobertura NEBA introducidas en las bases de datos mayoristas el mes anterior.”*



dispone de antemano de los datos requeridos, conoce de los cambios habidos y podrá comunicar éstos a los operadores por correo electrónico. Al mismo tiempo, deben considerarse los beneficios que la obligación genera para el sector al ofrecer información en tiempo a los operadores sobre cambios que podrían afectar a su estrategia comercial.

Por todo lo anterior, para evitar que todos y cada uno de los operadores deban comprobar de manera continua el fichero semestral que contiene la "Lista de centrales y nodos", así como para evitar posibles litigios sobre si una localización ha sido anunciada con la debida antelación antes de pasar a tener cobertura NEBA, se considera proporcionada esta obligación que ha de mantenerse.

CUARTO.- Sobre la supuesta ineficiencia y desproporcionalidad de prever un mecanismo virtual de migración masiva así como no limitar el descuento en el precio de las provisiones.

En relación con las migraciones masivas virtuales introducidas en el Resuelve segundo de la Resolución recurrida, TESAU alega que resulta ineficiente y desproporcionada la obligación de realizar actuaciones manuales cuando el procedimiento para efectuar las migraciones masivas ya está desarrollado. Por lo tanto, en todos los casos en los que dicho procedimiento ya esté desarrollado -la recurrente cita migraciones desde servicios con STB a NEBA con STB, y desde servicios sin STB a NEBA sin STB-, el descuento de referencia solo debe aplicar a las solicitudes gestionadas a través de los servicios masivos desarrollados a tal efecto, sin que proceda utilizar mecanismo virtual genérico alguno.

A este respecto, la Resolución recurrida manifiesta que: *"La existencia de procedimientos de migración masiva se considera parte fundamental de los requisitos exigibles para el cese de la obligación de dar nuevas altas", y "dichos procedimientos deberán estar operativos con anterioridad a la fecha del cese de obligaciones"*. Por ello, esta Comisión considera desproporcionado extender el servicio de migración masiva (definido en la oferta de referencia) de modo que incluya a las conexiones con destino NEBA sin STB, sobre la base de las alegaciones de TESAU por las que señalaba que *"ya existe la posibilidad de realizar solicitudes masivas de cambios desde los indirectos actuales hacia NEBA con y sin STB, sin limitaciones prácticas al número de órdenes que se pueden cursar; lo que no hay es una solicitud masiva que agrupe las solicitudes individuales por central y fecha y las valide conjuntamente, aplicando un descuento en los precios de las provisiones que se ejecuten, para el caso de destino NEBA sin STB"*. Por lo tanto, no pueden tener favorable acogida las alegaciones de TESAU al respecto puesto que en la oferta de referencia no existe un procedimiento de migración masiva hacia accesos sin STB.

En cuanto a las otras migraciones (de servicios con STB a NEBA sin STB), TESAU *"estima innecesario un desarrollo para situaciones en las que habitualmente no se realizan tratamiento masivos"*. Al margen de la anterior consideración, ha patente en las diferentes resoluciones sobre el servicio NEBA la importancia que da esta Comisión a las migraciones masivas en todas sus modalidades, sin aventurar la importancia que los operadores darán a los diferentes movimientos (más aún en un entorno como es la migración de sus accesos actuales a NEBA). Pero es que además, no parece que se vaya a cumplir la evaluación de TESAU puesto que los accesos actuales con AMLT (es decir, con STB usando AMLT), que están en servicio porque la recurrente no disponía de un servicio de VoIP tal y como exigía el análisis del mercado 2 (y que con NEBA sí está disponible), deberán ser migrados,



previsiblemente, a accesos sin STB (en cuyo caso la migración no tendrá coste alguno) para hacer uso de las capacidades de NEBA. Por tanto, es de prever que dichos movimientos contarán con una demanda considerable.

Es así, que atendiendo a la afirmación de TESAU de que todas las migraciones están disponibles sin restricciones, en aras de evitar desarrollos no estrictamente necesarios a la recurrente, no se le obligó a desarrollar un nuevo servicio de migración masiva sino que se le impuso un servicio “virtual” que afecta únicamente a la facturación. Por lo tanto, esta Comisión no considera adecuado atender la solicitud de eliminar el mecanismo de migración masiva virtual pues todos los movimientos deben contar con migraciones masivas, sean éstas reales o virtuales, independientemente de que haya o no un procedimiento automatizado.

En relación con la solicitud de TESAU de limitar la aplicación del descuento en el precio de las provisiones a las solicitudes individuales de migración de los servicios indirectos actuales hacia NEBA cuando sean enviadas por un operador y ejecutadas en la misma ventana de trabajo, no se considera razonable. En efecto, la propia complejidad alegada por TESAU y que motiva su solicitud pone de relieve que un procedimiento automatizado y definido en la oferta de referencia no resulta proporcionado puesto que ocasiona dificultades a los operadores alternativos para sincronizar las ventanas de actuación de sus usuarios quienes deben sufrir la menor afectación posible. Más bien, la propia TESAU es quien puede agrupar todas las actuaciones que considere convenientes para acometerlas de la manera más eficiente posible y con el menor coste para ella, sin que por ello deba trasladarse la mencionada complejidad a los operadores alternativos. Por lo tanto, debe rechazarse esta solicitud de limitar el descuento.

QUINTO.- Sobre la supuesta falta de proporcionalidad de una propuesta de precio reducido no limitada para el servicio ADSL-IP nacional.

TESAU⁷ considera injustificada la aplicación de un precio reducido para el servicio ADSL-IP nacional a todas las conexiones o accesos de una demarcación ADSL-IP provincial o GigADSL que no cuenten con cobertura NEBA completa cuando los operadores no hubieran optado por disponer de un servicio regional en la demarcación de referencia. Añade que el precio reducido únicamente debería de aplicarse a las conexiones regionales existentes en localizaciones fuera de cobertura NEBA en donde sí estuviera disponible un servicio regional.

Esta Comisión justificó, en la Resolución recurrida, la aplicación de dicho precio reducido por el alto coste que supone mantener simultáneamente varios servicios de acceso indirecto, en referencia a GigADSL y ADSL-IP además de NEBA, en una misma demarcación. Y por ello, para evitar sobrecostes innecesario -cuando en una demarcación (de GigADSL o ADSL-IP) haya solo unas pocas centrales (o nodos) en las que no haya servicio NEBA- a los operadores (y TESAU) producidos por tener varios PAI activos, se podrán eliminar los PAI de GigADSL o ADSL-IP provincial correspondientes y hacer uso, en su lugar, de ADSL-IP nacional con un descuento.

⁷ TESAU hace referencia al tercer párrafo del Anexo I de la Resolución recurrida, que indica que “*Cuando en una demarcación de GigADSL o ADSL-IP provincial quede un número reducido de localizaciones o de accesos sin cobertura NEBA, los operadores podrán solicitar a la CMT el establecimiento de un precio reducido para el servicio ADSL-IP nacional en dichas localizaciones*”.



Sin embargo, en contra de lo solicitado por TESAU de limitar la aplicación del precio reducido a las conexiones mediante ADSL-IP nacional en las que los operadores hayan optado por disponer de un servicio regional en la demarcación de referencia, no puede acogerse. De lo contrario, quedarían excluidos otros casos que pudieran ser relevantes, como por ejemplo, el caso de un operador que, aun sin servicio regional en una zona determinada, no abra un PAI de NEBA debido a la falta de cobertura NEBA en ciertas localizaciones.

Debe recordarse que el precio reducido para el servicio ADSL-IP nacional tiene por objeto permitir a los operadores prescindir de sus PAI regionales, independientemente de si usan un servicio regional o nacional puesto que, aun en el caso de hacer uso de ADSL-IP nacional en algunas conexiones de esa localización, los operadores resultan perjudicados por la falta de cobertura NEBA en esa localización impidiéndoles pasar todos sus accesos a NEBA. Por lo tanto, se considera proporcionado no concretar expresamente en la Resolución recurrida que el precio reducido sea *“aplicable exclusivamente para las conexiones regionales existentes, mientras estas localizaciones permanezcan sin cobertura NEBA”*.

La interpretación y definición concreta de las condiciones deberá hacerse en el momento en que un operador curse la solicitud de migración. Es así que en el momento en que la localización pase a estar en cobertura de NEBA, aplicarán en esas localizaciones las condiciones generales de migración de modo que, pasado el plazo de un año, los operadores deberán haber migrado sus conexiones a NEBA o haber negociado comercialmente con TESAU la prestación de otro tipo de servicios de acceso indirecto dejando el descuento de tener carácter regulado.

Por todo cuanto antecede, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente los recursos de reposición interpuestos por France Telecom España, SAU, y Telefónica de España, SAU, contra la Resolución del Consejo de esta Comisión, de fecha 11 de abril de 2013, relativa al proceso de migración de los servicios mayoristas GigADSL y ADSL-IP al Nuevo servicio Ethernet de Banda Ancha (NEBA), recaída en el procedimiento administrativo número DT 2012/1447.

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 22.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, 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 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por Miguel Sánchez Blanco, Director de la Asesoría Jurídica en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la CMT, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30.03.2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.