



---

## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

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

### CERTIFICA

Que en la Sesión número 31/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 14 de octubre de 2010, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la

**Resolución por la que se resuelven los recursos de reposición interpuestos por France Telecom España SA y Telefónica de España SAU contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 3 de junio de 2010 recaída en el procedimiento DT 2008/674 sobre los Sistemas de Información y de Provisión de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (AJ 2010/1270).**

## I ANTECEDENTES

### **Primero.- Inicio del procedimiento DT 2008/674.**

En mayo de 2008 esta Comisión estimó conveniente iniciar de oficio un procedimiento administrativo con el objeto de estudiar la situación de los sistemas de información de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) y adoptar en su caso las medidas pertinentes. Concretamente, con fecha 19 de mayo de 2008 se comunicó dicho trámite a los interesados, dirigiéndoles los correspondientes escritos, mediante los cuales se les informaba de que había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo.

### **Segundo.- Creación del Foro de Sistemas de Información de la OBA (SGO/NEON)**

Ante la diversidad de posturas manifestadas durante el primer trámite de audiencia en el procedimiento DT 2008/674, y con el objeto de facilitar una convergencia en esta materia, se creó un foro de discusión sobre la evolución de los sistemas de información de la OBA (mediante la migración del Sistema de Gestión de Operadores, SGO, a un sistema evolucionado: el Nuevo Entorno de Operadores Nacionales, (NEON).



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como resultado de este trabajo conjunto, se definieron unos puntos de partida para el proceso de migración de los vigentes sistemas de soporte de la OBA. Entre ellos se encontraban aspectos de especificación y arquitectura relativos al soporte de los diferentes servicios de la OBA, junto con un calendario general de la migración.

### **Tercero.- Resolución del Consejo de esta Comisión de 3 de junio de 2010.**

Mediante Resolución del Consejo de fecha 3 de junio de 2010 recaída en el procedimiento DT 2008/674 esta Comisión acordó que:

***“Primero.-** Telefónica deberá proceder a la migración del conjunto de sistemas de información y provisión que dan soporte a los servicios mayoristas incluidos en su Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) a la nueva plataforma de gestión de provisión, información e incidencias basada en servicios web (NEON).*

***Segundo.-** Para esta migración Telefónica respetará los calendarios, condiciones, provisiones, circunstancias, tecnologías y entornos previstos establecidos en los fundamentos quinto y sexto de la presente resolución.*

*En consecuencia Telefónica remitirá a esta Comisión para su aprobación la propuesta de precios para el entorno de pruebas de servicios web antes del 15 de septiembre de 2010. Dicho entorno de pruebas deberá estar disponible el 1 de mayo de 2011.*

*Respecto del modelo general de acuerdos de nivel de servicio (ANS) aplicables a los servicios web de NEON, Telefónica lo remitirá a esta Comisión antes del día 1 de julio de 2010. No obstante, para cada nuevo módulo o servicio a implementar en NEON, Telefónica remitirá la particularización de dichos ANS con una antelación mínima de tres meses a la apertura de su piloto productivo. Por tanto, y para el caso concreto del módulo de Averías, dicha fecha límite será el 1 de julio de 2010.*

*Dicho calendario de entregas y puestas en producción se resume en las dos tablas siguientes, cuyas fechas deben entenderse como límite para los hitos indicados:*

<b>Acuerdos de Nivel de Servicio (propuestas)</b>	<b>Fecha de entrega</b>
<i>Propuesta de modelo general de ANS para los WS de NEON, incluyendo perfiles de uso</i>	<i>1 julio 2010</i>
<i>Propuesta de ANS para los WS de cada nuevo módulo de NEON, incluyendo perfiles de uso</i>	<i>tres meses antes del piloto productivo</i>

<b>Entorno de pruebas de servicios web</b>	<b>Fecha de entrega</b>
<i>Propuesta de precios</i>	<i>15 septiembre 2010</i>
<i>Disponibilidad inicial operativa (prolongación de par)</i>	<i>1 mayo 2011</i>

<b>Módulo / elemento de NEON</b>	<b>Piloto productivo</b>	<b>Disponibilidad</b>	<b>Fin convivencia, apagado SGO</b>
<i>Gestión de Averías</i>	<i>1 octubre 2010</i>	<i>1 enero 2011</i>	<i>31 diciembre 2011</i>
<i>Servicios de Información / Consultas</i>		<i>1 octubre 2010</i>	
<i>Prolongación de par</i>	<i>1 julio 2011</i>	<i>1 octubre 2011</i>	<i>31 enero 2012</i>
<i>Coubicación, Tendidos, Entrega de Señal</i>		<i>sin prioridad</i>	



**Tercero.-** *En el plazo de un mes desde la notificación de la presente resolución, Telefónica enviará a esta Comisión para su aprobación definitiva el texto modificado de la OBA de acuerdo a lo aquí dispuesto.”*

**Cuarto.- Interposición de recurso de reposición por parte de ORANGE y TESAU contra la Resolución de 3 de junio de 2010.**

El día 9 de julio de 2010 se recibieron en el Registro General de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sendos escritos presentados por Don Julio Gómez Cobos, en nombre y representación de ORANGE y por Don Pablo de Carvajal González, en nombre de TESAU, interponiendo recursos potestativos de reposición contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 3 de junio de 2010 sobre los Sistemas de Información y de Provisión de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) recaída en el expediente DT 2008/674.

**Quinto.- El recurso de reposición de ORANGE.**

La fundamentación contenida en el recurso interpuesto por ORANGE puede resumirse básicamente en lo siguiente:

**1º.-** La resolución impugnada vulnera los derechos de ORANGE al desestimar la introducción en los Web Services de una nueva consulta de validación de los DNIs. En aplicación del principio de no discriminación, la operadora recurrente solicita que se facilite un Web Service en el servicio mayorista a través del cual se pueda acceder a la misma consulta de validación del DNI que en el servicio minorista, ya disponiendo TESAU de ello como herramienta de venta.

**2º.-** La resolución recurrida infringe los derechos de ORANGE al rechazar la introducción en los Web Services de Callejero las coordenadas geográficas. La inclusión en la base de datos de callejero de TESAU de parametrizaciones suficientemente universales, como las coordenadas geográficas (sin perjuicio del mantenimiento de las codificaciones GESCAL) simplificaría enormemente la identificación biunívoca de los domicilios entre el callejero del operador y el callejero GESCAL.

**3º.-** La resolución impugnada vulnera los derechos de ORANGE al no acoger su solicitud de ampliar los Web Services. Dichos servicios deberían incorporar la consulta sobre número dado de alta en TESAU, consulta sobre orden en vuelo y consulta sobre pares vacantes.

El operador recurrente solicita, respecto a las tres cuestiones arriba mencionadas y con carácter subsidiario, que las mismas sean introducidas en el ámbito de trabajo del Foro de Operadores, fijándose un calendario para la consecución de acuerdos y, en caso contrario, se prevea la intervención de esta Comisión.

**4º.-** La resolución impugnada infringe el ordenamiento jurídico vigente por causar discriminación en relación a los tiempos de respuesta del Web Service. Según ORANGE debería imponerse a TESAU la obligación de ofrecer los resultados de la nueva consulta múltiple con un tiempo de respuesta en el mismo orden de la consulta individual.



**Sexto.- El recurso de reposición de TESAU y la solicitud de suspensión contenida en el mismo.**

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

**1º.-** La prolongación de la convivencia entre los sistemas SGO y NEÓN del módulo de averías hasta quince meses frente a la previsión inicial de seis meses, y concretamente, más allá de la fecha prevista de inicio de la convivencia para el servicio de prolongación de par en julio de 2011, resulta desproporcionada y poco objetiva, teniendo graves inconvenientes. Entre dichos inconvenientes la recurrente cita el incremento innecesario de costes o la desincentivación de la migración desde los primeros momentos, con el grave riesgo que ello supondría en el calendario global de migración de servicios al sistema NEÓN. Y todo ello, sin perjuicio de que TESAU y el resto de operadores pudieran acordar una fecha posterior de cierre, en función del avance y funcionamiento de la migración del módulo de averías.

**2º.-** La obligación establecida en la resolución impugnada de que el entorno de pruebas deba ser acumulativo, esto es, que ofrezca en todo momento cualquier servicio de simulación de flujos de comunicación de los web services y con independencia del momento en que dicho servicio se hubiera puesto en marcha, es desproporcionada por su gran complejidad e inversiones necesarias. En vez de imponer dicha obligación, TESAU señala que las condiciones de disponibilidad de los servicios de prueba deberían remitirse a la resolución en la que se aprueben los servicios según la propuesta que la propia operadora debe efectuar el día 15 de septiembre de 2010. Dicha propuesta contemplará la utilización de cualquiera de los servicios de simulación de flujos, con base a condiciones que permitan la debida prestación con la calidad adecuada.

**3º.-** El adelanto del calendario de disponibilidad de H2M para averías desde final del mes de noviembre al 1 de octubre de 2010 es innecesario e injustificado, puesto que ningún operador ha solicitado dicho adelanto. Por otro lado, el canal H2M, a diferencia de los *web services*, es de naturaleza secundaria, por lo que su puesta en servicio simultáneamente con el canal principal no resulta imprescindible.

**4º.-** El adelanto del calendario del módulo de pruebas de prolongación de par en dos meses sobre la fecha prevista, esto es, de julio a mayo de 2011, pone en riesgo la planificación efectuada y el calendario, debido a la carga de desarrollos y el esfuerzo en el cumplimiento de las otras fases o hitos ya acordados. Añade TESAU que gran parte de los esfuerzos de los operadores en dicha fase puede seguir centrada en la migración de averías, estando dicho módulo en fase de convivencia entre SGO y NEÓN. En este sentido, no resultaría comprensible que se le exigieran a la entidad recurrente adelantos de calendarios sobre los ya previstos y, sin embargo, se prorrogaran las convivencias, retrasando en la práctica la necesidad de desarrollos y puesta en servicio de los mismos por parte del resto de operadores. Finalmente, TESAU señala que realizará sus mejores esfuerzos para que el módulo de pruebas esté disponible lo antes posible, si bien no garantiza su disponibilidad antes del mes de julio de 2011.

En el Primer Otrosí Digo del recurso de reposición de TESAU este operador solicita la suspensión de la ejecutividad de los apartados de la resolución recurrida objeto de impugnación y antes referidos, al amparo del artículo 111.2 b), al estar fundamentado el recurso de reposición en varias causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).



**Séptimo.- Notificación del inicio del procedimiento y del acuerdo de acumulación a los interesados.**

Mediante los correspondientes escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechados el día 13 y 14 de julio de 2010, se informó a la recurrente y a todos los interesados, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición interpuesto por ORANGE contra la Resolución del Consejo de 3 de junio de 2010 así como de la acumulación al mismo del recurso presentado por TESAU.

**Octavo.- Resolución de esta Comisión de 22 de julio de 2010 sobre la petición de suspensión realizada por TESAU en su recurso de reposición.**

Mediante Resolución de fecha 22 de julio de 2010, el Consejo de esta Comisión acordó:

*“ÚNICO.- Denegar la medida cautelar de suspensión solicitada por Telefónica de España SAU en el primer Orosí de su recurso de reposición de 9 de julio de 2010 interpuesto contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 3 de junio de 2010 sobre los Sistemas de Información y de Provisión de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) recaída en el procedimiento DT 2008/674.”*

**Noveno.- Escrito de alegaciones de la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL).**

Mediante escrito presentado el día 30 de julio de 2010 la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL), formuló alegaciones a los recursos de reposición interpuestos por TESAU y ORANGE. En su escrito ASTEL manifiesta su voluntad contraria a la pretensión de TESAU de reducir el periodo de convivencia de los sistemas SGO y NEON para la gestión de averías, existiendo una motivación y justificación para la ampliación del plazo de convivencia. Asimismo, ASTEL coincide con el planteamiento de la resolución recurrida en que se establece el 1 de octubre de 2010 para la disponibilidad del servicio H2M.

Por otro lado, ASTEL expresa su coincidencia con todos los argumentos incluidos en el recurso de ORANGE, por considerar que los mismos tienen por objetivo mejorar el funcionamiento de los web services (WS) y que, en caso de prosperar, redundarían en beneficio de los operadores alternativos.

**Décimo.- Escrito de alegaciones presentado por TESAU al recurso interpuesto por ORANGE.**

El día 5 de agosto de 2010 TESAU presenta escrito fechado el día 2 del mismo mes y año por el cual dicho operador efectúa alegaciones al recurso interpuesto por ORANGE contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 3 de junio de 2010 sobre los Sistemas de Información y de Provisión de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) recaída en el expediente DT 2008/674. En dicho escrito de alegaciones TESAU solicita la inadmisión a trámite del recurso de reposición de ORANGE por no concurrir los requisitos necesarios para dicha admisión, y, en especial, por no incurrir la resolución impugnada en ninguna causa de nulidad o anulabilidad de los artículos 62 y 63 de la LRJPAC.



## II FUNDAMENTOS DE DERECHO

### II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS 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.

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

Las entidades recurrentes califican expresamente sus escritos como recursos potestativos de reposición, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la LGTel, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar los escritos presentados por los recurrentes como recursos potestativos de reposición que se interponen contra la Resolución de esta Comisión de 3 de junio de 2010 recaída en el procedimiento DT 2008/674 sobre los Sistemas de Información y de Provisión de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado.

#### **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 de reposición. Las entidades recurrentes ostentan la condición de interesadas por cuanto que ya lo eran en el procedimiento DT 2008/674 en el que se dictó la Resolución objeto de impugnación.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a las entidades recurrentes para la interposición de los presentes recursos.

#### **Tercero.- Admisión a trámite.**

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

En el escrito de Alegaciones de TESAU del día 2 de agosto de 2010 dicho operador solicita expresamente la inadmisión a trámite del recurso de reposición interpuesto por ORANGE contra la Resolución de 3 de junio de 2010 por no concurrir, a juicio de aquél, los requisitos necesarios para su admisión ni aludirse en el escrito de recurso a ninguna causa de nulidad o anulabilidad de los artículos 62 y 63 de la LRJPAC.

Sobre esta cuestión debe recordarse la doctrina antiformalista del Tribunal Supremo con relación a la admisión a trámite de los recursos administrativos, doctrina recogida, entre otras, por las SSTs de 28 de octubre de 1991 (RJ 1991\8889), 19 de noviembre de 1984 (RJ 1984\6223) y 16



de marzo de 1983 (RJ 1983\1441). En la citada STS de 28 de octubre de 1991 se declara que, en esencia, los recursos administrativos “*consisten en un acto del administrado por cuya virtud se solicita de la Administración que deje sin efecto una resolución anterior*”. Esta voluntad o finalidad impugnatoria se desprende del contenido del recurso interpuesto por ORANGE. En su página 2 el operador recurrente efectúa una referencia expresa a la posible vulneración por parte de la resolución recurrida del artículo 62.1.a) y f) LRJPAC, mientras que en el Suplico del recurso ORANGE solicita explícitamente la modificación de la resolución impugnada. Por todo ello, no procede acoger la petición de inadmisión del recurso de ORANGE efectuada por TESAU, debiendo admitirse dicho recurso.

Habida cuenta de que los recursos de reposición interpuestos cumplen con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, que se han presentado dentro del plazo establecido por el artículo 117 de la citada Ley y que todos ellos se fundamentan en los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, procede su admisión a trámite.

#### **Cuarto. Competencia para resolver.**

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

## **II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.**

### **PRIMERO.- La convivencia en SGO y NEÓN del módulo de averías.**

En las páginas 3 a 7 de su recurso TESAU manifiesta su disconformidad con la prolongación del periodo de convivencia del módulo de Gestión de Averías de Prolongación de Par entre SGO (sistema antiguo) y NEON (de nuevo diseño), que pasa, según este operador, de los seis meses inicialmente previstos hasta un total de quince. Esto hace que la fecha de fin de convivencia fijada en la Resolución sea el 31 de diciembre de 2011.

Según la recurrente nunca debería prolongarse esta convivencia más allá del día 1 de julio de 2011, a fin de que no coincidiera con la convivencia del módulo de Provisión de Prolongación de Par, dada la mayor dispersión de recursos de todo tipo que ello comportaría.

Por otro lado, sospecha que los operadores clientes de la OBA, faltos de incentivos, retardarán en lo posible su incorporación al nuevo sistema, con lo que se comprometerá la buena marcha del proceso al concentrarse en un semestre la adaptación a los Servicios Web (WS) de estos dos importantes módulos. Esto podría condicionar, a su vez, la normal implantación de la fase I del servicio NEBA (nuevo servicio indirecto *ethernet* de banda ancha), según TESAU ligada al fin de la convivencia del servicio de prolongación de par, suponemos que aduciendo limitaciones en la disponibilidad de recursos de desarrollo. Asimismo, destaca el operador impugnante, que la Resolución recurrida ha impuesto un método de prueba mediante el marcado de solicitudes para el módulo de averías, que hace innecesaria tal ampliación del periodo de convivencia.

Frente a las anteriores alegaciones es necesario ante todo aclarar que la prolongación del periodo de convivencia al que TESAU hace referencia se adoptó tras reiteradas solicitudes de diferentes operadores, tanto en el marco del Foro de Sistemas como en el trámite de audiencia del expediente cuya Resolución ahora se recurre. Se accedió a ello debido, fundamentalmente, a que la falta de disponibilidad para este módulo concreto de un entorno de pruebas adecuado así lo



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aconsejaba. Asimismo se valoró la cierta autonomía de la que goza este módulo respecto del de provisión de Prolongación de Par, siguiente en entrar en servicio.

Estudiadas las alegaciones de TESAU en este punto, hay que considerar, en primer lugar, la confluencia de periodos de convivencia que se da a finales del 2011 –el periodo de convivencia para el servicio de prolongación de par abarca el último trimestre de 2011- siendo además fechas que, por diferentes motivos (cierres de ejercicio, acumulación de festivos, etc.), pueden resultar complicadas para que los equipos de desarrollo de los operadores puedan realizar su trabajo.

Además de lo anterior, resulta de interés la reflexión aportada por TESAU sobre los efectos cruzados entre estos desarrollos OBA y los del futuro servicio *bitstream* NEBA. En el Proyecto de medida relativo a la propuesta de nuevo servicio de acceso mayorista de banda ancha, de fecha 15 de junio de 2010 (expediente DT 2009/497), se ha propuesto el siguiente calendario:

Hito para NEBA	Fase I	Fase II
Distribución de guías de uso, flujogramas, esquemas WSDL y XSD y acuerdos de nivel de servicio para Web Services (WS)	1 octubre 2011	1 abril 2012
Disponibilidad del Entorno de pruebas WS	1 noviembre 2011	1 mayo 2012
Disponibilidad precomercial	1 enero 2012	1 julio 2012
Disponibilidad comercial	1 abril 2012	1 octubre 2012

En definitiva, dada la planificación de hitos que se perfila para la implantación de NEBA y prolongación de par en NEON, parece razonable que el periodo de convivencia del módulo de averías no se prolongue más allá del inicio del último trimestre de 2011, a fin de evitar la coincidencia de la fase inicial de pruebas de NEBA en NEON y el fin de convivencia del módulo de prolongación de par, con eventuales trabajos de migración de los operadores al módulo de averías en NEON que todavía podrían ser efectuados en esas fechas.

Por todo ello, resulta oportuno acceder parcialmente a lo solicitado por TESAU en este punto, reduciendo en tres meses el periodo de convivencia del Módulo de Averías previsto en la Resolución, que pasaría a finalizar el día 30 de septiembre de 2011, en lugar del día 31 de diciembre previsto en el texto recurrido.

### **SEGUNDO.- El entorno de pruebas para los Web Services.**

TESAU aborda en las páginas 7 a 10 de su recurso la obligación impuesta en la Resolución recurrida de que se mantenga permanentemente disponible el nuevo entorno de prueba de los servicios web (WS), y de forma acumulativa, es decir, que contemple la simulación de todos los WS del sistema, según estén disponibles para su prueba.

En su escrito el operador recurrente tacha de desproporcionada dicha obligación, dado que en su propuesta inicial se planteaba tan sólo una disponibilidad temporal de este entorno para la simulación de los WS de los distintos módulos, según éstos fueran entrando en servicio. Una vez finalizado el periodo de pruebas y con el módulo ya en plena producción, se retirarían del entorno de pruebas los simuladores de los WS correspondientes.

Aduce TESAU diferentes consideraciones que motivan su propuesta, entre ellas la dificultad de mantener un equipo fijo de personas encargadas de soportar funcionalmente el entorno de pruebas de forma permanente, costes de mantenimiento de la herramienta tanto desde el punto de vista técnico, comunicaciones, etc.





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

Se solicita por tanto que esta Comisión reconsidere su postura y remita cualquier decisión sobre este punto al expediente que se debería abrir para aprobar, en su caso, la propuesta de costes de TESAU para este entorno de pruebas de los WS de NEON.

Una vez estudiado el razonamiento de la entidad impugnante, se entienden los motivos de naturaleza económica y operativa que mueven a dicho operador a realizar dicha propuesta. No obstante, existen elementos que TESAU no parece contemplar.

Primeramente, existe un problema de actualización de los desarrollos. Cuando un hipotético nuevo operador pidiese acceso a NEON, con el entorno de pruebas inactivo para los módulos ya en producción, previsiblemente tendría que sufragar el coste de actualización del entorno de emulación desde la versión inicial que se probó en su día, a la que estuviese operativa en el momento de su solicitud. Este coste y los plazos asociados podrían no ser irrelevantes, dado que no se trata de un entorno de pre-producción que se pueda actualizar simplemente cargando la versión de software vigente en producción, sino que se trata de un simulador que debería adaptarse para emular todos los flujos nuevos. Según la solución técnica concreta adoptada para su implementación, que se desconoce hasta el momento, esto podría suponer un importante esfuerzo con su correspondiente contrapartida económica. Obviamente, este esfuerzo se reduce si las actualizaciones del entorno de pruebas se mantienen sincronizadas con las mejoras del entorno de producción, dado que podría ser el mismo equipo de desarrollo, conocedor de los detalles de diseño de dichas mejoras o evoluciones, el que las llevase a cabo en uno y otro entorno. Equipo que podría prestar ese soporte funcional a la prueba que menciona TESAU, con especial énfasis en los periodos de lanzamiento de nuevos servicios, y de forma mucho menos intensa (es decir, con un equipo quizás reducido en efectivos) en el resto del tiempo.

Sin embargo, no debería resultar tan costoso que TESAU mantuviera abierto y actualizado dicho entorno. Tanto los equipos informáticos que lo soporten como las comunicaciones deberán estar disponibles de forma recurrente y con determinada periodicidad, según se incorporen módulos a la simulación y si, como es probable y bien apunta TESAU, pocos operadores lo utilizarán para simular módulos "antiguos", el impacto en rendimiento por carga añadida del sistema no debería ser apreciable. Además, nada impide que el soporte técnico de estos sistemas sea facilitado por personal de tipo más generalista y no dedicado exclusivamente al entorno de prueba, simultaneando de este modo su atención a otros sistemas o entornos, como habitualmente sucede en la práctica.

Por otro lado, en el escenario previsto en la Resolución impugnada, el coste de actualización del entorno de prueba para módulos ya en producción debería repartirse, en buena lógica, entre todos los usuarios (quienes probarán también las actualizaciones). Esto último sería pertinente porque, además de facilitar la tarea a los operadores que comiencen a trabajar con un módulo de NEON (éstos no serán sólo operadores entrantes, sino también operadores que, siendo clientes habituales de la OBA, consideren adecuado comenzar a operar con un determinado servicio de NEON siguiendo un calendario más conforme a sus intereses), como valor añadido permitiría al conjunto de los operadores simular el impacto de cambios, mejoras u otros trabajos evolutivos en los WS ya operativos, que de otro modo se deberían probar directamente en producción.

En cualquier caso, sin conocer aún las especificaciones detalladas y, en consecuencia, los costes asociados, parece arriesgado tomar ahora una decisión que pueda condicionar negativamente la prueba (por simulación) de los servicios en cualquier momento en el que un operador quiera realizarla. Además, como se ha indicado anteriormente, el entorno de prueba deberá estar actualizado acorde a la versión en producción, y todo parece indicar que el coste será siempre el mínimo cuando producción y prueba se actualizan simultáneamente.



Por todo lo anterior, se mantiene la obligación de la disponibilidad permanente y actualizada el entorno de pruebas de WS.

### **TERCERO.- El calendario de disponibilidad de H2M para averías.**

Expone TESAU en las páginas 10 a 12 de su recurso que la obligación estipulada en la Resolución recurrida de incorporar el marcado de solicitudes de prueba para el módulo de averías de manera simultánea al arranque del piloto productivo correspondiente a dicho módulo (1 de octubre de este año) conculcaría el principio de intervención mínima, al no constar solicitud en tal sentido de ningún operador.

No obstante sus mejores esfuerzos, TESAU señala que, debido a la reorganización de los calendarios de desarrollo, no le parece posible disponer del canal H2M hasta el mes de noviembre, fecha en la que, al menos, el sistema aún se hallará en fase de piloto productivo, no en plena comercialización, prevista para el día 1 de enero de 2011.

El motivo ha de ser acogido en este particular aspecto.

Dado el carácter secundario del canal manual (H2M) de gestión de averías con respecto al canal primario de acceso (constituido por los WS), la anticipación de su disponibilidad al momento de implementación del piloto productivo del módulo de averías no se presenta como una exigencia perentoria para el funcionamiento de dicho módulo de averías ni para el despliegue de pruebas por parte de los operadores.

Por otro lado, ningún operador ha justificado, ni tan siquiera alegado, que exista tal perentoriedad en la disponibilidad de dicho sistema a fecha 1 de octubre; lo cual, unido a la alegada dificultad de implementación de este canal secundario de gestión de averías debido a la reorganización de los calendarios de migración, milita a favor de reconsiderar la fecha fijada en la resolución recurrida para la disponibilidad del canal H2M en el módulo de averías.

En este sentido, indica TESAU en su recurso que “la fecha de viabilidad que Telefónica de España puede cumplir y garantizar para la disponibilidad efectiva del entorno H2M con la capacidad de introducción de “averías marcadas” es de noviembre [...]”, fecha que esta Comisión estima prudente para que el canal H2M del módulo de averías pueda ser objeto de implementación y de prueba por parte de los operadores.

Por todo ello, debe estimarse el recurso de TESAU en cuanto a la fecha inicial de disponibilidad para el canal secundario manual (H2M) de gestión de averías, estableciendo como fecha para dicha disponibilidad la de 15 de noviembre de 2010.

### **CUARTO.- El calendario del módulo de pruebas de prolongación de par.**

TESAU solicita en las páginas 12 a 13 de su recurso que se mantenga para el entorno de pruebas, configurado para el módulo de provisión de prolongación de par, la “fecha comprometida” de disponibilidad inicial, que, de acuerdo con dicho operador, se ha visto adelantada en dos meses por la Resolución recurrida, siendo ahora la fecha obligada de puesta a disposición de los operadores el día 1 de mayo de 2011. Aduce TESAU el importante esfuerzo de desarrollo en que está inmersa, por lo que asumir adelantos en determinadas entregas podría dar al traste con la planificación general de la migración de SGO a NEON. Finalmente TESAU expresa su voluntad de llevar a cabo sus mejores esfuerzos para que dicho entorno esté disponible lo antes posible, aunque no puede garantizar su entrega en fecha anterior a julio de 2011.



En contestación a esta alegación cabe significar primeramente que la fecha de disponibilidad del entorno de pruebas de los WS no ha sido en modo alguno fruto de acuerdos alcanzados en el Foro de Sistemas. Antes al contrario, ha sido parte de una propuesta unilateral de TESAU en la que este operador habría aplicado sus propios criterios de prioridad en los desarrollos, y de hecho habría suscitado en este mismo foro las quejas de algunos operadores, que hubiesen deseado disponer de este entorno no ya para el módulo de prolongación de par, sino incluso para el de gestión de averías, primero en entrar en servicio. Por lo tanto, no es posible afirmar en este caso que esta Comisión esté alterando en su Resolución impugnada un calendario acordado o comprometido entre TESAU y el resto de operadores.

Respecto de la previsión de que, con carácter general, el entorno de pruebas de un determinado módulo esté disponible al menos dos meses antes de la apertura de su piloto productivo, se ha estimado que éste es el plazo mínimo necesario para que un operador, mediante la simulación de los formatos de mensajes y flujos de comunicación de los WS implicados, pueda estar en condiciones de aprovechar a continuación el plazo de que dispone para realizar pruebas contra el entorno real de producción, sobre el que se sustenta el piloto. Teniendo en cuenta además que el entorno de pruebas simula el comportamiento esperado de un WS partiendo únicamente de sus especificaciones de diseño, su disponibilidad no colisiona con la del desarrollo del sistema real, al tratarse de tareas que pueden desarrollarse en paralelo sin dependencias mutuas.

#### **QUINTO.- La introducción en los Web Services de una nueva consulta de validación de DNIs.**

En las páginas 2 a 8 de su recurso de reposición ORANGE reitera una alegación ya planteada en el trámite del expediente cuya resolución final ahora recurre. Se trata de introducir un WS que valide si un DNI concreto pertenece o no a un cliente de TESAU. ORANGE reconoce que la no concordancia de un DNI ya no es causa de denegación de una solicitud de servicios de la OBA, aunque sí lo sigue siendo para los procesos de portabilidad. Dado que algunos servicios de reciente aparición, como el compartido "desnudo", junto al ya firmemente establecido del par completamente desagregado, suelen llevar aparejada la conservación del número del abonado, resulta que una gran mayoría de las solicitudes OBA llevan aparejado un proceso de portabilidad. Según ORANGE, esto hace que su petición de que exista un WS de validación de DNI recobre interés en el contexto de la OBA.

Respecto de posibles implicaciones con la protección legal de datos personales, ORANGE las descarta, al asegurar que únicamente los números de DNI serían los que se intercambiasen entre los sistemas, nunca datos personales de usuario.

Apunta finalmente ORANGE que la propia TESAU tiene ya implementada dicha consulta para sus clientes minoristas en su página web comercial, validándose este dato junto con el número del abonado, a efectos de verificar las coberturas de servicios de banda ancha.

La petición de ORANGE presenta diversos inconvenientes que, a nuestro juicio, la hacen improcedente. En primer lugar, es importante destacar que el DNI efectivamente fue una causa de rechazo en las solicitudes OBA, pero que, ante las demandas de los operadores fue esta misma Comisión, como ORANGE recuerda en su escrito, la que estimó conveniente que dicho dato no fuese objeto de validación por parte de TESAU, y por tanto, dejara de ser posible causa de rechazo de una solicitud.

Ahora bien, toda aquella solicitud de prolongación de par que esté vinculada a una portabilidad de numeración es susceptible de ser rechazada por las causas estipuladas en las especificaciones



técnicas de portabilidad, y una de ellas es la falta de concordancia entre el DNI del abonado y la numeración. El problema de la validación del DNI en solicitudes OBA con portabilidad asociada fue objeto de la interposición de un conflicto por parte de Jazztel<sup>1</sup>, pues al ser de 5 días el plazo de validación de las solicitudes OBA se producían importantes demoras a causa de este tipo de denegaciones de portabilidad. En aquel conflicto se resolvió adoptar un procedimiento de resolución de incidencias para estos casos, sin embargo, después se sustituyó por otra solución - acordada por el conjunto de operadores en el seno de la Unidad de Seguimiento OBA- consistente en continuar pudiendo denegar solicitudes OBA con motivo de discrepancia en el DNI, pero no en el plazo de 5 días previsto en la OBA, sino en el plazo de 1 día contemplado en las especificaciones de portabilidad. Posteriormente, el plazo de validación de las solicitudes OBA se redujo a 1 día con carácter general (resolución DT 2008/196, de 2 de abril de 2009), con lo cual la especificación de portabilidad se modificó para dejarla como estaba inicialmente (véase la resolución DT 2008/352<sup>2</sup>, páginas 11-12).

En resumen, la solución de validar el DNI de las solicitudes OBA en 1 día fue una solución aceptada como válida por el conjunto de operadores en el contexto de la citada resolución DT 2008/352 para solventar la problemática descrita (y actualmente el plazo de validación de la OBA es de 1 día para todas las solicitudes), por lo que no parece estar suficientemente justificado introducir ahora un procedimiento *ad hoc* por cuanto que el retraso máximo derivado de un error en la cumplimentación del DNI es de 1 día y ningún otro operador aparte de ORANGE ha hecho una petición al respecto. Debe, además, tenerse en cuenta que ello constituiría una solución parcial, pues sería de utilidad solamente para solicitudes sobre líneas con numeración de TESAU.

Por otro lado, en los procesos de portabilidad se da una simetría entre los diversos operadores participantes, no siendo el papel de TESAU diferente al del resto. Por ello, de establecerse la necesidad de este WS de consulta de DNI, aunque fuese en ese ámbito, habría que considerar la conveniencia de que dicha obligación fuese también de naturaleza simétrica. En efecto, la solicitud de ORANGE constituye de facto una herramienta de verificación previa del DNI, destinada a garantizar que la solicitud de portabilidad no va a ser rechazada por dicha causa.

En cualquier caso, la resolución de un recurso de reposición no es el lugar indicado para imponer nuevas obligaciones regulatorias sino para verificar que la resolución impugnada se ajusta a la legalidad vigente.

### **SEXTO.- La introducción en los Web Services de Callejero de la referenciación por coordenadas geográficas.**

ORANGE reclama en las páginas 8 a 10 de su recurso la introducción de codificaciones geográficas alternativas a GESCAL (código utilizado por TESAU desde hace años en sus despliegues de red) en los WS de NEON que manejan este tipo de información. Según ORANGE, la obligación de manejar en los accesos a la información de los WS de NEON un código propietario de TESAU como GESCAL les obliga a traducir las localizaciones geográficas desde las codificaciones utilizadas internamente por este operador hacia la de TESAU, a fin de tramitar una solicitud de servicios OBA.

---

<sup>1</sup> DT 2007/727.

<sup>2</sup> Resolución de fecha 19 de julio de 2009, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador.



Para ORANGE eso supone una discriminación, por lo que propone que se adopten para los WS de NEON, junto a GESCAL, codificaciones alternativas lo suficientemente universales. Por ejemplo, propone el uso coordenadas geográficas estándar. Esta propuesta de ORANGE contiene elementos de interés, y podría ser igualmente apreciada por otros operadores que se encuentren en parecidas circunstancias. Ciertamente aportaría un mayor grado de transparencia y contribuiría a disipar cualquier sombra de discriminación favorable a TESAU en la gestión de domicilios.

No obstante, un proyecto de georreferenciación de una base de datos, es decir, la asociación de localizaciones espaciales definidas por sus coordenadas geográficas a un conjunto de objetos contenidos en una base de datos, es un proceso habitualmente largo y costoso. Esto tendría muy probablemente un impacto negativo en el calendario ya establecido para la migración del conjunto de los sistemas de soporte de la OBA.

Por ello, y dado que este tema no ha sido aún objeto del adecuado nivel de estudio y discusión en el Foro de Sistemas, no parece éste el momento indicado para imponer a TESAU tal obligación, por lo que no se considera oportuno estimar la petición de Orange en este sentido, tal y como se ha señalado en el Fundamento Quinto.

#### **SÉPTIMO.- La ampliación de los Servicios Web.**

ORANGE recoge en las páginas 10 a 11 de su recurso un conjunto de propuestas de nuevos servicios web que, a su juicio, mejorarían sustancialmente la funcionalidad de NEON. En concreto, para la consulta de números dados de alta en Telefónica, de órdenes “en vuelo” y de pares vacantes.

Dichos servicios web ya se mencionaron en sus alegaciones en el trámite del expediente cuya resolución definitiva ahora se recurre. Sin perjuicio que su funcionalidad no resulta en apariencia esencial, o bien puede obtenerse por otras vías alternativas, la razón fundamental por la que en aquel momento se desestimó su inclusión fue la misma por la que ahora deben igualmente desestimarse: la falta de suficiente consenso sobre la necesidad de los mismos en el Foro de Sistemas, no siendo la resolución del presente recurso de reposición lugar adecuado para realizar las modificaciones solicitadas.

#### **OCTAVO.- Los tiempos de respuesta de los Servicios Web.**

ORANGE se refiere a los tiempos de respuesta máximos de los servicios web (WS) en la página 12 de su recurso, y más concretamente, a los referidos a la nueva consulta múltiple de modalidades de acceso indirecto prevista en la Resolución recurrida.

Efectivamente, la mencionada consulta es diferente al resto de las previstas en NEON, en el sentido de no tener un carácter atómico o unitario (es decir, aquella que ofrece resultados de tipo individual), sino múltiple, por lo que evita efectuar sucesivas llamadas a consultas de tipo aislado que permitan conformar la información requerida, en este caso todas las modalidades de servicios de acceso indirecto soportadas por un par concreto.

Según ORANGE, esto resulta de plena utilidad sólo si la consulta múltiple ofrece tiempos de respuesta en el mismo orden que las unitarias, por lo que solicita a esta Comisión que imponga a TESAU esta condición dentro de los acuerdos de nivel de servicio (ANS) de NEON.

En respuesta a esta alegaciones, hay que recordar que la Resolución impugnada obliga a TESAU a presentar a esta Comisión tanto un modelo general de ANS para los servicios web de NEON,



como su particularización para los diferentes módulos del sistema, dos meses antes de su entrada en servicio. Esto ha hecho que TESAU haya entregado ya la propuesta de ese marco general de los ANS y la particularización del mismo para los módulos de Gestión de Averías y de Sistemas de Información. Como consecuencia, se ha abierto en fecha 1 de julio de 2010 el oportuno procedimiento administrativo para la aprobación de los ANS por parte de esta Comisión (el DT 2010/1230). Por tanto, es en el marco del procedimiento DT 2010/1230 y no en el seno del procedimiento DT 2008/674 origen de la resolución recurrida, donde procede analizar la cuestión planteada por ORANGE en la página 12 de su recurso.

## **NOVENO.- Sobre la presunta causa de nulidad del artículo 62.1.a) LRJPAC alegada por ORANGE y TESAU.**

### **9.1 Sobre la motivación de la resolución recurrida.**

Tanto ORANGE como TESAU alegan en sus respectivos recursos de reposición la posible existencia de una causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.a) LRJPAC por haberse podido generar una posible indefensión en perjuicio de ambos recurrentes. En la página 2 de su recurso, ORANGE declara que la resolución recurrida no se encuentra suficientemente motivada según exige el artículo 54.1 a) LRJPAC, habiéndole provocado la indefensión citada. Por su parte, TESAU en las páginas 6 a 7, 10, 11 y 13 de su recurso también se refiere al artículo 62.1.a) LRJPAC y a una posible indefensión por falta de motivación, además de denunciar la presunta concurrencia de arbitrariedad, falta de objetividad y desproporción en la resolución impugnada en relación con los artículos 9.3, 24 y 103.1 de la Constitución y 11.5 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.

Respecto a los requisitos de motivación de los actos y resoluciones administrativos, el artículo 54.1 de la LRJPAC señala que la motivación requerirá una "*sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho*". El carácter "*sucinto*" de la motivación administrativa ha sido ratificado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias. En casos de motivación sucinta pero existente por parte de esta Comisión, los tribunales han declarado la plena validez del acto o resolución. Entre otras pueden citarse las SSTS de 15 de diciembre de 2009<sup>3</sup>, de 26 de mayo de 2009<sup>4</sup> y de 7 de marzo de 2006<sup>5</sup>.

Por otro lado, y como ha señalado el Tribunal Supremo en distintas sentencias, y, entre otras, en las SSTS de 3 de diciembre de 1996<sup>6</sup> y de 3 de mayo de 1995<sup>7</sup>, la motivación de las resoluciones administrativas no exige una contestación exhaustiva y pormenorizada de la totalidad de las alegaciones efectuadas por los interesados a lo largo del procedimiento.

No obstante, y en el supuesto concreto de la Resolución recurrida, no nos encontramos precisamente ante un caso de motivación sucinta puesto que a lo largo de las 30 páginas que constituyen sus fundamentos (véanse páginas 3 a 33 de la Resolución) y de sus cinco anexos técnicos (véanse páginas 34 a 58) se indican de forma pormenorizada las razones técnicas y jurídicas que han llevado a esta Comisión a adoptar la decisión acordada.

---

<sup>3</sup> RC 2694/2007.

<sup>4</sup> RJ 2009\4401.

<sup>5</sup> RJ 2006\1668.

<sup>6</sup> RJ 1996\8930.

<sup>7</sup> RJ 1995\4050.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

Por tanto, del contenido de la Resolución impugnada puede colegirse claramente, las razones que determinaron la decisión final de esta Comisión, en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en las SSTS de 15 de enero de 2009<sup>8</sup>, 20 de mayo de 2008<sup>9</sup> y 8 de marzo de 2006<sup>10</sup>. En la última Sentencia citada se dice que:

*“el controvertido acto administrativo estuvo suficientemente motivado: porque expresó la fundamentación fáctica y la justificación normativa de su decisión”.*

Y en el Fundamento tercero de la SAN de 26 de febrero de 2007<sup>11</sup> relativa a una Resolución de esta Comisión y confirmada posteriormente por la STS de 15 de diciembre de 2009<sup>12</sup>, se declara que:

*“(…) es necesario tener en cuenta la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera idóneo, para el cumplimiento de los fines de la motivación del acto administrativo, dar a conocer al destinatario las auténticas razones de la decisión que se adopta y permitir frente a ella la adecuada defensa. Y, en el presente caso, no es posible ignorar que la resolución de la CMT de 16 de mayo 2005, además de aludir a la necesidad de información para satisfacción de necesidades estadísticas o de análisis de la situación de los distintos mercados que confluyen en la prestación de servicio y explotación de redes del sector de las comunicaciones electrónicas y audiovisuales, justifica la petición de información a Sogecable por su relevancia en el mercado de la televisión de pago, ante la necesidad que tiene la CMT, como regulador, de conocer las principales variables que, en cada modelo de negocio, resultan imprescindibles para la supervisión de un correcto desarrollo de la competencia en el mercado en cuestión.*

Cuestión distinta es que los operadores recurrentes no compartan los criterios utilizados por esta Comisión en la motivación de la Resolución recurrida, como recuerda la mencionada SAN de 26 de febrero de 2007 al final de su Fundamento tercero:

*“En suma, podrá compartirse o no la motivación del acto administrativo impugnado, pero no resulta posible negar la evidencia de su existencia”.*

Al concurrir la suficiente motivación en la Resolución recurrida debe excluirse cualquier presunto vicio de *arbitrariedad* en la misma por posible infracción del artículo 9.3 de la Constitución, según denunciaba TESAU en su recurso. Así se desprende de la jurisprudencia, y entre otras, de la STC 331/2006, de 20 de noviembre<sup>13</sup>, y las SSTS de 17 de diciembre de 2004<sup>14</sup> y de 14 de octubre de 2003<sup>15</sup>.

Finalmente, cabe decir que una falta de motivación nunca constituye causa de nulidad del acto o resolución impugnados sino, en todo caso, su anulabilidad y siempre que produzca indefensión material y efectiva, y no meramente formal, tal y como indica el Tribunal Supremo en su jurisprudencia y, entre otras, en las SSTS de 8 de mayo de 2008<sup>16</sup>, de 13 de julio de 2004<sup>17</sup> y de

---

<sup>8</sup> RJ 2009\467.

<sup>9</sup> RJ 2008\5296.

<sup>10</sup> RJ 2006\5702.

<sup>11</sup> JUR 2007\52343.

<sup>12</sup> RJ 2010\2269.

<sup>13</sup> En el Fundamento Segundo de esta Sentencia el Tribunal Constitucional recuerda que: “*Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos.*”

<sup>14</sup> RJ 2005\388.

<sup>15</sup> RJ 2003\7805.



16 de julio de 2001<sup>18</sup>. Ello no sucede en el supuesto de la Resolución impugnada, tal y como se razonará a continuación.

## 9.2 Sobre la posible existencia de indefensión en la resolución recurrida.

Con relación al artículo 24 de la Constitución, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han venido señalando que únicamente puede invocarse la presunta vulneración de este precepto o bien en sede de procedimientos judiciales o bien en los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora. Así se declara, entre otras, en las SSTC 175/1987 de 4 de noviembre y 103/1996 de 11 de junio así como en las SSTS de 30 de noviembre de 1999<sup>19</sup> y de 22 de septiembre de 2004<sup>20</sup>.

En el Fundamento tercero de la STC 175/1987 se afirma que:

*“(...) la indefensión ha de ser entendida como una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, por lo que **no puede ser alegado el art. 24.1 de la Constitución frente a actuaciones de la Administración.** Según criterio reiterado de este Tribunal, las infracciones cometidas en el procedimiento administrativo tienen que ser corregidas en vía judicial y planteadas ante los órganos judiciales y resueltas motivadamente por éstas, en uno u otro sentido, pero no originan indefensión que pueda situarse en el art. 24.1 de la Constitución.”*

Y, más concretamente, la STC 140/2009, de 15 de junio, en materia de motivación de actos e infracción del citado artículo 24, declara que:

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

Aplicando la anterior doctrina del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, en el Fundamento cuarto de la STS de 22 de septiembre de 2004, señala que:

*“Menos aún una vulneración del art. 24 CE ( RCL 1978\2836) generadora de indefensión al no poder predicarse en sede administrativa frente a actos administrativos de naturaleza no sancionadora tal cual reiteradamente ha venido sentando la doctrina constitucional.”*

El procedimiento que dio lugar al acto impugnado no es de naturaleza sancionadora, como se desprende de la lectura del acuerdo de inicio del mismo del día 16 de mayo de 2008. En efecto, en el apartado cuarto del acuerdo de inicio se dice que:

*“...mediante la presente comunicación, esta Comisión pone en conocimiento de los interesados que ha quedado iniciado de oficio un procedimiento administrativo de revisión de la oferta referencia de acceso al bucle de abonado (OBA).”*

---

<sup>16</sup> RJ 2008\2642.

<sup>17</sup> RJ 2004\4203.

<sup>18</sup> RJ 2001\6684.

<sup>19</sup> RJ 2000\3200.

<sup>20</sup> RJ 2004\6286.





Por tanto, no tratándose de un procedimiento administrativo sancionador sino de revisión de la Oferta de Referencia de Acceso al Bucle de Abonado (OBA), no resulta estimar una presunta infracción del derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución. No obstante, y aunque nos encontrásemos ante un procedimiento sancionador, la Resolución de esta Comisión no habría causado indefensión material alguna a los recurrentes en el sentido de las antes mencionadas SSTS de 8 de mayo de 2008, de 13 de julio de 2004 y de 16 de julio de 2001, dada su más que extensa y prolija motivación, tanto jurídica como técnica.

Por último, debe recordarse que los operadores recurrentes tuvieron oportunidad de efectuar alegaciones durante el procedimiento administrativo DT 2008/674 que dio lugar a la Resolución recurrida. Procedimiento en el que, como consta en los antecedentes de hecho de la Resolución impugnada<sup>21</sup>, esta Comisión otorgó hasta dos trámites distintos de audiencia a los interesados. Y en ambos trámites de audiencia tanto ORANGE como TESAU presentaron alegaciones, según consta en los Antecedentes Sexto y Undécimo de la propia resolución impugnada.

El Tribunal Supremo ha venido señalando que en los casos en que los interesados han tenido oportunidad de efectuar alegaciones en el procedimiento administrativo, no cabe alegar una posible indefensión. Pueden mencionarse, entre otras, las SSTS de 21 de junio de 2005<sup>22</sup> y de 20 de mayo de 2002<sup>23</sup>. En el Fundamento segundo de la STS de 21 de junio de 2005 se desestima la alegación de una posible indefensión del recurrente al decirse que el mismo *“ha tenido oportunidad de hacer alegaciones tanto en el expediente como en los autos, sin que se le haya producido ningún tipo de indefensión.”* E incluso, en la STS de 20 de mayo de 2002 se rechaza el mismo motivo alegado, puesto que el recurrente, aunque no dispuso de trámite de alegaciones propiamente dentro del procedimiento administrativo, pudo efectuarlas en sede de recurso:

*“se aprecia la pérdida de un trámite en el procedimiento administrativo, pero no la pérdida relevante de una oportunidad de alegaciones.”*

Siguiendo el mismo criterio del Tribunal Supremo, en sendas Resoluciones de esta Comisión de 11 de marzo<sup>24</sup> y de 8 de abril<sup>25</sup> de 2010 se ha declarado que un presunto defecto de motivación *“no puede provocar inseguridad jurídica o indefensión, ni constituiría una causa de nulidad de pleno derecho de las previstas en el artículo 62 de la LRJPAC, puesto que los interesados siempre tienen la oportunidad de alegar cuanto estimen conveniente, e incluso mostrar su oposición, a través de los recursos administrativos y contencioso-administrativos procedentes.”*

Por todo lo anterior, la presunta falta de motivación de la resolución recurrida e indefensión de los operadores recurrentes, no pueden ser atendidas como motivos de impugnación de la Resolución recurrida.

#### **DÉCIMO.- Sobre la posible causa de nulidad del artículo 62.1.c) LRJPAC alegada por TESAU.**

El artículo 62.1 c) de la LRJPAC prevé la nulidad de pleno derecho de aquellos actos y resoluciones administrativos que tengan un contenido imposible. TESAU alega en la página 10 de

---

<sup>21</sup> Véanse las páginas 2 a 3.

<sup>22</sup> RJ 2005\5033.

<sup>23</sup> RJ 2002\6217.

<sup>24</sup> AJ 2010/106.

<sup>25</sup> AJ 2009\2131.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

su recurso la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada por imposición de obligaciones de imposible cumplimiento.

Respecto a la “*imposibilidad*” como causa de nulidad prevista en el artículo 62.1 c) de la LRJPAC, el Tribunal Supremo, en las SSTs de 2 de noviembre de 2004<sup>26</sup>, 15 de abril de 2004<sup>27</sup> y 19 de mayo de 2000<sup>28</sup> ha venido señalando que dicha imposibilidad debe ser de carácter “*material o físico*”, “*originaria*” y, además, “*total*” o “*completa*”. Así, en la STS de 2 de noviembre de 2004 se dice que:

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

Constituyendo la “*imposibilidad*” una causa de nulidad, debe ser también objeto de interpretación moderada. Así lo indican el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, y entre otras, cabe destacar la STS de 18 de diciembre de 1991<sup>29</sup> y la SAN de 21 de abril de 1999<sup>30</sup>.

No obstante, y con independencia de la definición e interpretación de la “*imposibilidad*”, no basta con su alegación por parte del interesado sino que es imprescindible que se acredite o pruebe su efectiva concurrencia en el supuesto concreto. Es decir, le correspondía a la operadora impugnante, en este caso, TESAU, acreditar que técnicamente no puede cumplir las obligaciones previstas en la Resolución impugnada en las condiciones y plazos en ella fijados.

Ello es así porque, como recuerda el Tribunal Supremo, entre otras, en la STS de 25 de marzo de 2003<sup>31</sup>, corresponde al interesado recurrente la carga de desvirtuar la presunción de validez de que gozan los actos y resoluciones administrativos. No obstante, en su recurso, TESAU se limita a alegar una serie de motivos sin presentar informe o dictamen técnico que sustente dichas afirmaciones, ni siquiera de forma indiciaria. Sin dicho apoyo, tales alegaciones, como se dice, por ejemplo, en la SAN de 30 de julio de 2005<sup>32</sup>, no pueden ser consideradas más que como “*consideraciones y opiniones de carácter subjetivo acerca del modelo y criterios que se estiman convenientes*” por parte del operador u operadores recurrentes.

Por otro lado, TESAU alega en la página 10 de su recurso una posible infracción del principio de intervención mínima de la Administración porque “*ningún operador ha solicitado el adelanto de la fecha de disponibilidad de la funcionalidad del servicio H2M*”. El hecho de que ningún operador lo haya solicitado expresamente en el procedimiento administrativo no implica que esta Comisión, por razones de interés público y, concretamente, para promover la competencia sectorial tal y como se prevé en el artículo 3 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, no se encuentre legitimada para acordar la medida. En este sentido, debemos recordar, como se señala expresamente en el Fundamento Cuarto (página 7) de la Resolución de esta Comisión de 9 de junio de 2005 (DT 2005/346), que hay una relación directa entre una óptima prestación de los servicios OBA por parte del operador dominante y el fomento de la competencia en el sector:

---

<sup>26</sup> RJ 2004\7427.

<sup>27</sup> RJ 2004\2631.

<sup>28</sup> RJ 2000\4363.

<sup>29</sup> RJ 1991\9455.

<sup>30</sup> RJCA 1999\2624.

<sup>31</sup> RJ 2003\7286.

<sup>32</sup> RJCA 2006\26.



*“Para garantizar una competencia en condiciones equitativas, el primer requisito aplicable a TESAU es el cumplimiento de las obligaciones que le han sido impuestas. El efecto de una provisión de servicios OBA deficiente en plazos y volumen impediría el desarrollo de la necesaria competencia en el mercado del acceso en un momento particularmente clave (...).”*

#### **UNDÉCIMO.- Sobre la posible concurrencia de la causa de nulidad del artículo 62.1.f) LRJPAC alegada por ORANGE.**

En la página 2 de su recurso, ORANGE se refiere a la aplicación del artículo 62.1.f) LRJPAC, esto es, a la posible existencia de una infracción del ordenamiento jurídico y, concretamente, del artículo 48.3.a) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, en cuanto a que la Resolución recurrida podría conculcar el principio del fomento de una competencia sectorial efectiva.

Al aplicar en sus resoluciones los principios previstos en la Ley General de Telecomunicaciones, entre los cuales se encuentra el citado principio de fomento de la competencia efectiva en el sector previsto en el artículo 3 a) de dicha norma, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones actúa en virtud de su discrecionalidad técnica. Así, por ejemplo, en la STS de 4 de marzo de 2008<sup>33</sup> el Tribunal Supremo señaló que:

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

En el ejercicio de esa discrecionalidad técnica, esta Comisión no solamente tiene en cuenta los intereses económicos de la operadora recurrente, sino que, a diferencia de estos últimos, considera también los intereses de la totalidad del mercado o mercados afectados, como no podía ser de otra forma. Ello es reconocido, por ejemplo, en la STSJ de la Comunidad de Madrid de 18 de octubre de 2007<sup>34</sup>, con relación a un informe técnico emitido por el organismo regulador:

*“La discrepancia de la sociedad recurrente respecto de aquella conclusión no permite, sin más, sustituir tal criterio (adoptado en ejercicio de una potestad esencialmente discrecional y amparado en la correspondiente valoración -técnica- de las circunstancias concurrentes) por el sostenido por la actora, que viene lógicamente determinado por la legítima defensa de sus propios intereses económicos y empresariales.”*

Por este motivo, y aunque la solución o soluciones alternativas propuestas por los operadores durante el procedimiento DT 2008/674 o, como en este caso, en sede de recurso, puedan resultar también razonables, los tribunales han reconocido la prevalencia de la solución adoptada por esta Comisión<sup>35</sup>, salvo que la misma resulte y se acredite por parte del recurrente, que es arbitraria o desprovista de cualquier justificación o motivo.

Respecto a la actuación de los organismos administrativos especializados que deben llevar a cabo un juicio o calificación técnica, como esta Comisión, los tribunales han venido señalando la existencia de una presunción de corrección en el juicio realizado, salvo prueba en contrario del interesado referida a cuestiones de legalidad. Así lo expresa, siguiendo lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/1983, de 17 de mayo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2007 (recurso casación 49/2006) al decir en su Fundamento cuarto que:

<sup>33</sup> RJ 2008\1748.

<sup>34</sup> JUR 2008\94877.

<sup>35</sup> SAN de 23 de diciembre de 2004 (RJCA 2006\141).



*“Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que **sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico**, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, **sobre las cuestiones de legalidad**”* (el resaltado es nuestro).

De ello se deduce, como señala el Tribunal Supremo en el mismo Fundamento cuarto que:

*“(..) la discrecionalidad técnica expresada conduce a partir de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos (...). De modo que dicha presunción “iuris tantum” sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano (...), bien **por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado**, entre otros motivos, por fundarse en patente error, **debidamente acreditado por la parte que lo alega.**”* (el resaltado es nuestro).

Esta doctrina ha sido aplicada por el Tribunal Supremo a las resoluciones técnicas dictadas por esta Comisión, entre otras, en la Sentencia de 30 de noviembre de 2007<sup>36</sup> y en la Sentencia de 19 de julio de 2006<sup>37</sup>, en la que el Tribunal Supremo señala que:

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

En este caso, ORANGE no ha acreditado en su recurso la concurrencia de ninguna de las anteriores circunstancias (arbitrariedad, desviación de poder o ausencia de justificación objetiva), por lo que no cabe la existencia de una indebida aplicación del artículo 3 a) en relación con el artículo 48 de la LGTel, en el ejercicio de la potestad discrecional por parte de esta Comisión.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

## RESUELVE

**PRIMERO.-** ESTIMAR parcialmente el recurso interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 3 de junio de 2010 recaída en el procedimiento DT 2008/674 sobre los Sistemas de Información y de Provisión de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado, reduciéndose en tres meses el periodo de convivencia del Módulo de Averías previsto en dicha Resolución, que pasaría a finalizar el 30 de septiembre de 2011 en lugar del 31 de diciembre previsto en el texto recurrido.

---

<sup>36</sup> Recurso de casación núm. 123/2005.

<sup>37</sup> RJ 2006\4630.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consonancia con lo anterior, el calendario de entregas y puestas en producción contenido en la Resolución DT 2008/674 de 3 de junio de 2010 queda modificado, pasando a ser el siguiente:

<b>Acuerdos de Nivel de Servicio (propuestas)</b>	<b>Fecha de entrega</b>
Propuesta de modelo general de ANS para los WS de NEON, incluyendo perfiles de uso	1 julio 2010
Propuesta de ANS para los WS de cada nuevo módulo de NEON, incluyendo perfiles de uso	tres meses antes del piloto productivo

<b>Entorno de pruebas de servicios web</b>	<b>Fecha de entrega</b>
Propuesta de precios	15 septiembre 2010
Disponibilidad inicial operativa (prolongación de par)	1 mayo 2011

<b>Módulo / elemento de NEON</b>	<b>Piloto productivo</b>	<b>Disponibilidad</b>	<b>Fin convivencia, apagado SGO</b>
Gestión de Averías	1 octubre 2010	1 enero 2011	30 septiembre 2011
Servicios de Información / Consultas		1 octubre 2010	
Prolongación de par	1 julio 2011	1 octubre 2011	31 enero 2012
Coubicación, Tendidos, Entrega de Señal		sin prioridad	

**SEGUNDO.-** ESTIMAR parcialmente el recurso interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 3 de junio de 2010 recaída en el procedimiento DT 2008/674 sobre los Sistemas de Información y de Provisión de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado, en cuanto a la fecha inicial de disponibilidad para el canal secundario manual (H2M) de gestión de averías, estableciendo como fecha para dicha disponibilidad la de 15 de noviembre de 2010.

**TERCERO.-** DESESTIMAR íntegramente el recurso interpuesto por FRANCE TELECOM ESPAÑA SA contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 3 de junio de 2010 recaída en el procedimiento DT 2008/674 sobre los Sistemas de Información y de Provisión de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado.

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



---

COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a que se refiere el presente certificado puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

***El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.***