



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión número 29/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 31 de julio de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. FORMULADA EN SU RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 22 DE MAYO DE 2008 SOBRE EL ANÁLISIS DE LOS PROCEDIMIENTOS INTERNOS RELATIVOS A LAS ACTIVIDADES EN AUTOPRESTACIÓN DE TELEFÓNICA Y DE LOS PROCESOS AUTOMÁTICOS DE INCORPORACIÓN DE INFORMACIÓN AL SISTEMA DE INFORMACIÓN DE PLANIFICACIÓN Y SEGUIMIENTO DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO (DT 2006/1586).

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 22 de mayo de 2008 de análisis de los procedimientos internos relativos a las actividades en autoprestación de TESAU y de los procesos automáticos de incorporación de información al sistema de información de planificación y seguimiento de la OBA (SICOBA), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión número 29/08 del día de la fecha, la siguiente Resolución:



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de 22 de mayo de 2008.

Con fecha 22 de mayo de 2008 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una Resolución mediante la cual se procede al análisis de los procedimientos internos relativos a las actividades en autoprestación de TESAU y de los procesos automáticos de incorporación de información al sistema de información de planificación y seguimiento de la OBA (SICOBA); dicho procedimiento fue tramitado en el Expediente número DT 2006/1586.

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

<<Primero.- Aprobar la información facilitada por Telefónica relativa a sus procedimientos internos aplicados a las actividades en autoprestación consideradas en el sistema de información de planificación y seguimiento definido en la OBA, así como los procesos automáticos de incorporación de información a dicho sistema.

Segundo.- Como consecuencia de la aprobación de los protocolos en el punto anterior, el sistema de información de planificación y seguimiento previsto en la OBA deberá incorporar las modificaciones establecidas en el apartado 2º del fundamento sexto, incluyendo el cómputo de plazos medios de provisión correspondientes tanto a los cinco servicios mayoristas recogidos en el apartado C del capítulo 7 "Sistema común de información de planificación y seguimiento" de la OBA como a las actividades equivalentes en autoprestación de Telefónica, y adquirir plena efectividad en un plazo de 60 días laborables a contar desde la fecha de notificación de la presente resolución.

Tercero.- Cualquier modificación que Telefónica prevea en relación al desarrollo de sus actividades en autoprestación, plazos máximos establecidos para la provisión de las mismas, registro de hitos en sus sistemas internos o SICOBA y, en definitiva, cualquier factor que altere las referencias establecidas en la presente resolución para la realización de comparativas de plazos de provisión, deberá ser comunicada por Telefónica a esta Comisión para su aprobación, con la antelación suficiente y de forma previa a su implantación, al objeto de evitar discontinuidades en los procesos de registro y comparativa de plazos de provisión. Asimismo, Telefónica deberá garantizar el mantenimiento de los principios de trazabilidad ante cambios o actualizaciones de sus sistemas internos o de SICOBA, comunicando a esta Comisión, con una antelación mínima de un mes, cualquier cambio previsto en dichos sistemas que pudiese afectar a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los citados principios de trazabilidad, al objeto de que pueda verificarse su continuidad.

Cuarto.- Telefónica deberá modificar su oferta de referencia de acceso al bucle de abonado en lo relativo a la implementación de SICOPA en los términos expuestos en el anexo III, al objeto de incorporar las modificaciones detalladas en el apartado 2 del fundamento sexto dirigidas a enfrentar las tareas ejecutadas en autoprestación de Telefónica con las derivadas de solicitudes OBA que se han considerado equivalentes y comparables.

Quinto.- Telefónica deberá modificar su oferta de referencia de acceso al bucle de abonado incluyendo en el anexo relativo a los Acuerdos de Nivel de Servicio un nuevo parámetro o indicador denominado “Tiempo medio de provisión”, que será de aplicación tanto a los cinco servicios mayoristas recogidos en el apartado C del capítulo 7 “Sistema común de información de planificación y seguimiento” de dicha oferta como a las actividades equivalentes en autoprestación de Telefónica, y estableciendo que el tiempo medio de provisión de los citados servicios mayoristas no podrá exceder el tiempo medio de provisión de las actividades equivalentes de Telefónica. Asimismo, en el cómputo de los citados plazos medios, ya sean relativos a los servicios mayoristas o a las actividades equivalentes en autoprestación, Telefónica no descontará plazos correspondientes a incidencias o paradas de reloj de ninguna naturaleza.

Sexto.- Telefónica deberá redactar el texto consolidado de la OBA y presentarlo ante esta Comisión en el plazo de un mes a contar desde la notificación de la presente Resolución.>>

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por TESAU.

Con fecha 4 de julio de 2008 ha tenido entrada en el Registro General de esta Comisión un escrito presentado por el representante de TESAU, en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución de 22 de mayo de 2008 a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con dicha Resolución e invoca su nulidad de pleno derecho de acuerdo con lo establecido en el artículo 62.1, a), b), c) y e), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), sobre la base de, fundamentalmente, los siguientes argumentos:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.1.- Alegaciones previas sobre presuntos defectos formales y procedimentales y vulneración de derechos.

TESAU alega que la Resolución recurrida le habría impuesto obligaciones no objetivas y discriminatorias, con omisión del procedimiento legalmente establecido para modificar obligaciones regulatorias sectoriales, y asimismo con falta de motivación suficiente; concretamente los Fundamentos de Derecho Cuarto a Séptimo de la Resolución de 22 de mayo de 2008 vulnerarían lo dispuesto en el artículo 11.5 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), y también los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución Española, al imponerle obligaciones contrarias a los principios de objetividad, proporcionalidad y no discriminación, obligándole a introducir nuevos plazos en la Oferta de Bucle de Abonado (OBA) y soslayando el hecho de que se estarían comparando tiempos y procesos no equivalentes y de que algunas son de difícil o imposible cumplimiento, e ignorando la mayoría de sus alegaciones previas al respecto.

Además se estaría vulnerando el principio de intervención mínima, al regular a su juicio de manera excesivamente detallada y exhaustiva algunos aspectos de su actividad económica y empresarial, obligándole a cambiar algunos procesos internos, y sujetando los que se realicen a iniciativa de la recurrente a un régimen de autorización administrativa previa o de comunicación previa (según los casos).

TESAU alega además que se vulneraría el principio de buena fe y de confianza legítima en la actuación de la Administración establecido en el artículo 3.1 de la LRJPAC, ya que esta Comisión habría ido contra sus propios actos al modificar obligaciones previamente impuestas en la OBA y para las cuales la recurrente ya habría ejecutado inversiones que ahora habrían devenido inútiles, y además lo habría hecho sin respetar el procedimiento legalmente establecido para modificar la OBA y para imponer o modificar las obligaciones regulatorias sectoriales, ya que la causa de la Resolución recurrida sería únicamente aprobar los protocolos internos de autoprestación derivados de la OBA, no modificar ésta y las obligaciones dimanantes de la misma.

Por último la recurrente señala que la Comisión habría levantado a posteriori y unilateralmente la confidencialidad de determinada información del expediente y que afectarían al secreto comercial e industrial de TESAU.

Por todo ello TESAU invoca la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 62.1, letras a) y e) de la LRJPAC, en relación con los artículos 3.1 y 54 de la misma Ley, con el artículo 11.5 de la LGTel, y con los artículos 9.3 y 101.3 de la Constitución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.2.- Sobre la imposibilidad de descontar las paradas de reloj en los tiempos medios de provisión de la OBA.

TESAU alega que la forma de calcular los tiempos medios de provisión ordenada en el apartado 2.3 de los Fundamentos Jurídicos Sexto y Séptimo, y en el Resuelve Quinto, de la Resolución recurrida, excluye las paradas de reloj del cálculo de los tiempos medios, lo cual resulta a su juicio desproporcionado ya que vulneraría distintas disposiciones normativas de la legislación sectorial de telecomunicaciones así como la propia definición del tiempo de provisión de los Apartados A1 “Provisión de servicios” y A2 “Incidencias de provisión” del Anexo 1 “Acuerdos de Nivel de Servicio (ANS)” de la OBA (en el que sí se descuentan las paradas de reloj), por lo que las mismas deberían quedar fuera de su responsabilidad. La recurrente estima que dicha medida es arbitraria y le genera indefensión, y que esta Comisión debería vigilar que se haga un uso transparente y conforme a la OBA de las incidencias y de las paradas de reloj, pero no adoptar un criterio contrario a la OBA para evitar *ex ante* dichas posibles incidencias, dando por hecho que se producirán.

Además TESAU expone que los tiempos medios dependen en parte de paradas de reloj ocasionadas por actuaciones de terceros (los propios operadores y a veces las Administraciones Públicas), y que no son excepcionales y a veces son habituales, citando varios ejemplos relacionados con los servicios de la OBA (cita los de entrega de la señal CRMO, de Coubicación, de Prolongación de Par y de TCI), por lo que estima que independientemente del deber de uso transparente y ajustado a la OBA de las incidencias y paradas de reloj, se deberían tener en cuenta al computar los tiempos medios de prestación de los servicios de la OBA.

Por todo ello TESAU invoca la nulidad de pleno derecho del Resuelve Quinto de la Resolución recurrida en lo relativo a los tiempos medios de provisión, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 62.1, letras a) y e) de la LRJPAC, en relación con el artículo 54 de la misma Ley y con los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución.

2.3.- Sobre la exigencia de solicitar la autorización previa para modificar actividades y procesos internos de TESAU.

El Resuelve Tercero de la Resolución recurrida impone a TESAU la obligación de solicitar y obtener de la CMT autorización administrativa previa cualquier modificación de los procesos del SICOBA, lo cual según la recurrente sería contrario a Derecho y se habría incurrido en desviación de poder, ya que esta nueva obligación se habría impuesto al margen de la habilitación legal de la Comisión para regular el sector, por incumplir el principio de intervención mínima y por ampliar la regulación a cuestiones no



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

expresamente previstas en la normativa sectorial vigente, con el objetivo de intervenir en la libertad de gestión empresarial.

Por tanto, TESAU solicita la nulidad de pleno derecho del Resuelve Tercero de la Resolución recurrida en lo relativo a los tiempos medios de provisión, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 62.1, letras a), b) y e) de la LRJPAC, en relación con los artículos 3.1 y 53.2 de la misma Ley, con el artículo 48 de la LGTel y con los artículos 9.1, 24.1, 38, 103 y 106 de la Constitución.

2.4.- Sobre la presunta modificación de la OBA para introducir la obligación de calcular un nuevo parámetro denominado "Tiempo medio de provisión" no superior al de las actividades equivalentes en autoprestación.

TESAU alega que el Resuelve Quinto de la Resolución recurrida establece la modificación la OBA para introducir la obligación de calcular un nuevo parámetro denominado "Tiempo medio de provisión" que, en el caso de los servicios mayoristas, no debe exceder el tiempo medio de provisión de actividades equivalentes en autoprestación. Según TESAU se establecen dos nuevas obligaciones: calcular un nuevo parámetro, y establecer que el mismo no puede exceder el tiempo medio de provisión en autoprestación, para lo cual además no se pueden descontar las paradas de reloj, como se ha expuesto en párrafos anteriores. Ambas obligaciones serían es su opinión nulas por ser contrarias a Derecho, desproporcionadas y discriminatorias, ya que los tiempos medios de provisión mayoristas y minoristas en la práctica no serían comparables porque son diferentes y con hitos de comienzo de cómputo e intervalos distintos, y cita pasajes de los Fundamentos de Derecho Quinto y Sexto de la Resolución recurrida que apoyarían esa distinción; asimismo cita el diferente tamaño de la muestra estadística de los tiempos de provisión y la planificación o no de uno y otro servicio.

Además TESAU teme que se le acuse de discriminación si los tiempos medios de provisión del servicio mayorista sean mayores que los servicios equivalentes en autoprestación, a pesar de que los primeros cumplan con los tiempos establecidos en la OBA y aprobados por esta Comisión, teóricamente garantizadores de la ausencia de conducta discriminatoria, por lo que esta nueva obligación sobrevenida le causaría inseguridad jurídica, quiebra del principio de confianza legítima e indefensión.

En consecuencia, TESAU solicita la nulidad de pleno derecho del Resuelve Quinto de la Resolución recurrida que le obliga a calcular un nuevo parámetro denominado "Tiempo medio de provisión", de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 62.1 letra a) de la LRJPAC, en relación con el artículo 3.1 de la misma Ley, con el artículo 11.5 de la LGTel y con los artículos 9 y 24.1 de la Constitución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.5.- Sobre el presunto análisis incorrecto de los procedimientos que facilitan la provisión de las actividades equivalentes e implicaciones en el SICOBA.

Según TESAU el Fundamento de Derecho Sexto de la Resolución recurrida habría incurrido en errores al analizar los procedimientos internos de la provisión de los servicios en autoprestación y de las implicaciones en la implementación del SICOBA, concretamente en la comparativa de hitos y tiempos de provisión de los diferentes servicios mayoristas y sus equivalentes minoristas y en el análisis del trato dispensado a otros operadores por la recurrente, además de vulnerarse la normativa sectorial y generar indefensión; concretamente la recurrente menciona la existencia de los siguientes errores:

2.5.1. Respecto a aspectos específicos de la actividad equivalente de instalación de cableado entre RPCA y DSLAM, señala que la reducción del plazo del servicio TCI de la OBA no sería posible ya que este servicio es más complejo técnicamente que su equivalente en autoprestación y que requiere más actuaciones, por lo que sería imposible de proveer en el plazo establecido de 10 días (la recurrente estima que realmente se necesitarían 30 días), y además el grado de ocupación de la capacidad instalada, muy alta en los tendidos de TESAU (en autoprestación) y muy baja en los TCIs instalados de los demás operadores, por lo que realmente no precisan de reducciones de plazo porque tienen ya disponible una gran capacidad para dar de alta nuevos clientes. Además por la misma razón discrepa de la equivalencia de plazos de subactividades y propone una nueva Tabla de subactividades y plazos máximos de tendido de cableado para comparativa entre los servicios de autoprestación y de OBA plasmando las diferencias antes mencionadas, así como diferenciando si existe o no necesidad de instalar nueva infraestructura, y una nueva tabla de hitos temporales para tendido de cableado para la comparativa entre servicios en autoprestación y de la OBA, y declara que los cambios en los plazos con los proveedores son pactados y permiten cierta flexibilidad, lo que no ocurre en el ámbito de la OBA.

2.5.2. Sobre aspectos específicos de la actividad equivalente de establecimiento de enlace de transporte entre DSLAM y el resto de la red, TESAU discrepa de la reducción del plazo para los servicios de la OBA (EdS CP) ya que en la OBA existirían subactividades adicionales que no son necesarias en autoprestación, y propone modificar al dichos efectos las tablas de subactividades y de hitos relevantes para comparar la autoprestación con el servicio OBA equivalente (EdS CP) y la tabla de hitos relevantes, con plazos diferentes para uno y otro servicio. También declara de nuevo que los cambios en los plazos con los proveedores son pactados y permiten cierta flexibilidad, lo que no ocurre en el ámbito de la OBA, y señala la imposibilidad material de priorizar las solicitudes de todos los operadores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.5.3. Sobre aspectos específicos de la actividad equivalente de habilitación o ampliación de sala para equipos, habilitación o ampliación de sala para otros usos y asignación en sala existente de espacio para cualquier tipo de actividad o equipo, TESAU reitera sus alegaciones de que los trámites en autoprestación son menores y más sencillos, y no requieren intervención ni aceptación de terceros, lo que si sucede en los servicios de la OBA, particularmente con el Proyecto Técnico OBA (previo) y con el Proyecto de Ejecución de Obra (más detallado y posterior), que son sucesivos y no pueden refundirse en uno.

2.5.4. Sobre aspectos específicos de la actividad equivalente de construcción de canalización de acceso a central, TESAU propone modificar las tablas de subactividades y de hitos relevantes de comparativa entre autoprestación (construcción de canalización de acceso a central) y el servicio OBA de entrega de señal por cámara multioperador CRMO, con plazos diferentes para uno y otro servicio, y alega nuevamente que los trámites en autoprestación son menores y más sencillos, y no requieren intervención ni aceptación de terceros.

2.6.- Sobre la presunta existencia de un error material en la Resolución recurrida.

TESAU alega también la existencia de un error material en la resolución recurrida, concretamente en la tabla de hitos relevantes para la comparativa del servicio de asignación en sala existente de espacio para cualquier tipo de actividad o equipo, en cuyo Apartado 2.2.4.a) “Asignación en sala existente de espacio para cualquier tipo de actividad o equipo” del Fundamento de Derecho Sexto se indica que “La asignación en sala existente de espacio no da lugar a una obra con asignación presupuestaria; en consecuencia, no se realiza un proyecto técnico ni se produce un alta en TeleSAP y no se pueden utilizar los hitos correspondientes a este sistema para efectuar comparativas”.

Según la recurrente, la tabla con los hitos y tareas de este servicio incluiría “equivocadamente” para los servicios OBA un hito de “Inicio del proyecto técnico vía SGO” y una tarea de “Elaboración del proyecto técnico (habilitación/ampliación) de SdT o SdO”, así como la “Reconfirmación del proyecto (operadores) y en su caso visitas replanteo”, y tampoco sería necesaria la tarea de “Presentación de solicitudes (operadores)”, ya que ésta se realizaba tras la solicitud del operador vía SGO para permitir que otros operadores se adhirieran a una obra de habilitación o ampliación de sala (apartado 2.2.4); todos estos hitos no se recogen, en cambio, en la descripción anterior a la tabla.

Por tanto, TESAU solicita, al amparo de lo dispuesto en el artículo 105.2 de la LRJPAC, que se rectifique dicho error y que se elimine de la tabla del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Apartado 2.2.4.a) de la resolución de 22 de mayo de 2008 los hitos y las tareas señalados en el párrafo anterior y relacionados con el proyecto técnico, que no se elaborará en el caso de asignación de espacio en sala existente.

2.7.- Sobre la imposición de obligaciones de imposible cumplimiento.

Por último, TESAU manifiesta que hay obligaciones impuestas por la Resolución recurrida que serían de imposible cumplimiento, lo cual ya fue alegado en las alegaciones al tercer trámite de audiencia del procedimiento; concretamente señala las siguientes obligaciones:

2.7.1.- Sobre el volcado automático de la información a SICOPA desde los sistemas internos de TESAU, la recurrente manifiesta que el volcado de parte de la información (por ejemplo, de previsión y planificación – mensual/trimestral-, de prolongación de par –mensual-, o la información de nuevas obras programadas –diaria-) es automática pero no puede ser inmediata, sin que signifique una deficiencia en el funcionamiento del sistema.

2.7.2.- Sobre la puesta en servicio de SICOPA en un plazo de 60 días desde la notificación de la Resolución recurrida, TESAU discrepa y estima que es materialmente imposible cumplir ese plazo, ya que las nuevas obligaciones impuestas requerirían 142 días de trabajos, y que no es posible acometerlos en paralelo desde el inicio del plazo, además de la limitación de medios materiales y humanos, por lo que estima que finalizaría la implantación a finales de enero de 2009.

Por todo lo expuesto anteriormente, TESAU finaliza su escrito de interposición del recurso de reposición solicitando lo siguiente:

1. Que se estime su recurso de reposición y, en consecuencia que se modifique la Resolución del Consejo de esta Comisión de 22 de mayo de 2008 en el sentido de sus alegaciones.
2. Que mientras se sustancia el recurso de reposición se suspenda la ejecutividad de todos los apartados impugnados de la Resolución recurrida, al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2.b) de la LRJPAC ya que, según TESAU, la resolución recurrida adolecería de múltiples defectos que la viciarían de nulidad de pleno derecho, al haberse vulnerado derechos fundamentales y haberse infringido principios esenciales de la normativa sectorial de telecomunicaciones, por lo que todo ello sería causa suficiente para acordarse la suspensión solicitada.
3. Asimismo que al amparo de lo dispuesto en el artículo 37.5 de la LRJPAC se declare la confidencialidad de todos los datos e informaciones de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

carácter sensible señaladas como “confidencial” en el escrito de interposición del recurso, por poder afectar al secreto comercial e industrial de la recurrente.

4. Por último, que al amparo de lo dispuesto en el artículo 105.2 de la LRJPAC se subsane el error material existente en la tabla de hitos relevantes del Apartado 2.2.4.a) “Asignación en sala existente de espacio para cualquier tipo de actividad o equipo” del Fundamento de Derecho Sexto de la resolución recurrida.

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

Mediante los correspondientes escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechados el día 7 de julio de 2008, se informó a la recurrente y a todos los interesados del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición interpuesto por TESAU, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la LRJPAC, se dio traslado a los demás interesados de una copia no confidencial del escrito de interposición del recurso de reposición interpuesto por TESAU y se les informaba de que disponían de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento si así lo estimaban conveniente a sus intereses.

CUARTO.- Declaración de confidencialidad de parte del escrito de interposición del recurso de reposición de TESAU.

Mediante la Resolución del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de julio de 2008 se declaró la confidencialidad de 4 transcripciones de parte de diversas incidencias de parada de reloj de servicios de la OBA de TCI, Prolongación de par y Coubicación, con fotos de este último supuesto (páginas 15 a 20 del escrito), así como los Anexos con la transcripción íntegra de las mismas, por cuanto la difusión o el conocimiento de la misma podría ocasionar perjuicios a los operadores afectados por dicha información, lo cual fue comunicado a la recurrente y a los demás interesados mediante un escrito de esta Comisión fechado el mismo día.

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



FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Admisión a trámite.

En el escrito presentado por TESAU interponiendo recurso POTESTATIVO de reposición contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 22 de mayo de 2008, se solicita expresamente la suspensión de la ejecución de la citada Resolución impugnada.

El artículo 111 de la LRJPAC regula la medida cautelar de suspensión de la ejecución de los actos administrativos, cuando éstos han sido objeto de cualquier recurso administrativo.

Habida cuenta que el recurso de reposición presentado por TESAU, en el que se solicita la suspensión del acuerdo impugnado, se interpone contra una Resolución de esta Comisión, que resulta susceptible de recurso según lo dispuesto por los artículos 107 y 116 de la LRJPAC dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y que la solicitud de suspensión se fundamenta en la posible existencia de las circunstancias previstas en el artículo 111.2 de la LRJPAC, procede admitir a trámite la referida petición de suspensión para su resolución.

SEGUNDO.- Competencia para resolver.

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el mencionado recurso de reposición de TESAU y, por tanto, también de la solicitud de suspensión de la ejecutividad del acto recurrido en él contenida, por ser el órgano administrativo que dictó la Resolución impugnada.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre la petición de suspensión de la Resolución recurrida.

Conforme a lo expuesto en los antecedentes de hecho, TESAU solicita expresamente en su recurso potestativo de reposición la suspensión de la ejecución de la Resolución impugnada.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según lo establecido en el artículo 111.1 de la LRJPAC, con carácter general la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

No obstante lo anterior, el artículo 111.2 de la misma LRJPAC dispone que el órgano a quien compete resolver el recurso podrá suspender la ejecución del acto impugnado, previa ponderación entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido. Para ello, se señalan en el citado artículo dos circunstancias alternativas que deben concurrir para que sea posible la suspensión:

- Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC.

Por consiguiente, en aplicación del artículo citado, para determinar si procede o no acceder a la suspensión solicitada por la recurrente, esta Comisión ha de analizar, en primer lugar, si concurre alguna de las circunstancias señaladas en las letras a) y b) del artículo 111.2 de la LRJPAC. En el caso de que se compruebe la concurrencia de alguna de ellas, deberá analizarse, en segundo lugar, si debe prevalecer el interés público o de terceros, o el del interesado en la suspensión del acto, previa ponderación razonada de los perjuicios que a unos y otros causaría la suspensión o la ejecución inmediata del acto recurrido.

Asimismo, cabe recordar que la eficacia del acto administrativo sometido a debate se tendrá que valorar desde la perspectiva del interés general, puesto que según la jurisprudencia dictada al efecto esta valoración constituye un presupuesto más para la adopción de una medida como la ahora solicitada, por formar parte este interés general del núcleo esencial en la aplicación del derecho administrativo en su conjunto.

Pues bien, ha de señalarse que TESAU ha invocado, por un lado, la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida con fundamento en las causas de nulidad de pleno derecho establecidas en el artículo 62.1, letras a), b), c) y e), de la LRJPAC; y además, ha solicitado la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada, al amparo del artículo 111.2 de la LRJPAC.

Por las razones que seguidamente se exponen, esta Comisión considera que en el presente caso no concurren las circunstancias necesarias que determinarían la conveniencia de suspender la ejecutividad de la Resolución recurrida al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2 de la LRJPAC.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Sobre las causas de nulidad alegadas por TESAU para impugnar la Resolución de 22 de mayo de 2008.

En concreto, y con base en artículo 62.1, letras a), b), c) y e) de la LRJPAC, se denuncia por la recurrente la nulidad de pleno derecho de la Resolución. A estos efectos procede poner de manifiesto lo establecido en el citado artículo:

“62. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.*
- c) Los que tengan un contenido imposible.*
- (...)*
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido...*
- (...)*

La entidad recurrente manifiesta que en el acto recurrido concurren los supuestos previstos en el artículo citado, esto es, que el acto habría sido dictado vulnerando el ordenamiento jurídico al haber prescindido del procedimiento administrativo legalmente establecido para la imposición de obligaciones regulatorias *ex ante* a operadores con peso significativo de mercado, que algunas obligaciones serían de imposible cumplimiento, que no había sido suficientemente motivado, y que además todo ello habría causado la indefensión de la recurrente.

Cabe recordar en primer lugar que, para apreciar si los pretendidos vicios determinantes de la nulidad resultan patentes y notorios, tal y como exige la consolidada doctrina jurisprudencial sobre la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) de la nulidad alegada, será preciso el análisis del contenido del motivo de impugnación con abstracción del fondo del asunto.

En este sentido se expresa la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001\3004) al indicar que:

“No resulta suficiente por último, en contra de lo que se alega, la simple invocación de la existencia de un vicio de nulidad de pleno Derecho de los acuerdos impugnados para que proceda acordar su suspensión cautelar. Esta Sala tiene declarado que la apariencia de buen Derecho sólo puede admitirse en casos en los que la pretensión del recurrente aparezca



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

justificada en forma manifiesta, sin necesidad de un análisis detenido de la legalidad, que está reservado necesariamente al proceso principal.

Además, en el momento de analizar la causa de nulidad alegada por la recurrente debe tenerse en cuenta el criterio de interpretación restrictiva para la apreciación de dicha causa establecido por la jurisprudencia y expuesto, entre otras muchas, en Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2004/402), en cuyo Fundamento de Derecho Octavo señala lo siguiente:

*“La jurisprudencia, al considerar el aspecto positivo o habilitante del *fumus boni iuris*, advierte frente a los riesgos de perjuicio (*Dogma vom Vorwegnahmeverbot* en la doctrina alemana), declarando que «la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución (RCL 1978\2836), cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito» (autos de 22 de noviembre de 1993 [RJ 1993\8943] y 7 de noviembre de 1995 [RJ 1995\8137] y sentencia de 14 de enero de 1997 [RJ 1997\131], entre otras muchas resoluciones).”*

Pues bien, por lo que se refiere a los motivos alegados por TESAU para fundamentar la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada, a saber, que el acto ha sido dictado vulnerando el ordenamiento jurídico al haber prescindido del procedimiento administrativo legalmente establecido para la imposición de obligaciones regulatorias *ex ante* a operadores con peso significativo de mercado, en especial en materia de aprobación y modificación de la OBA (artículo 62.1.e) de la LRJPAC), así como imponiéndole algunas obligaciones de imposible cumplimiento (artículo 62.1.c) de la LRJPAC), extralimitándose en sus competencias por intentar regular procesos internos de la empresa (artículo 62.1.b) de la LRJPAC), todo lo cual habría causado la indefensión de la recurrente (artículo 62.1.a) de la LRJPAC), es preciso señalar que la concurrencia en el presente caso de los vicios de nulidad invocados no resulta manifiesta o inequívoca, pues se requiere el análisis de fondo de dicha cuestión a los efectos de determinar si efectivamente tuvo lugar la vulneración del ordenamiento jurídico vigente en el procedimiento, y si ello conllevaría la nulidad de la Resolución posterior dictada por la Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y haciendo abstracción del análisis detenido de la legalidad del acto impugnado, reservado al procedimiento principal que se hará en la resolución del presente recurso, al analizar el contenido de los motivos de nulidad señalados, resulta que las presuntas vulneraciones del ordenamiento jurídico y del procedimiento legal alegadas no se deducen a primera vista ni de manera evidente o manifiesta, ya que:

1. Frente a la alegación de TESAU de que la Resolución recurrida ha prescindido del procedimiento legalmente establecido para la imposición de obligaciones regulatorias *ex ante* a operadores con peso significativo de mercado, y en especial para aprobar y modificar la OBA introduciendo nuevas obligaciones en la misma, hay que responder en primer lugar que las obligaciones de modificación de la OBA contenidas en los Resolves Segundo, Cuarto y Quinto se han impuesto en ejecución del Resuelve Séptimo de la Resolución de esta Comisión de 14 de septiembre de 2006 por la que se aprobó la modificación de la OBA (Expediente número MTZ 2005/1054), que establece que TESAU debía remitir a esta Comisión para su aprobación la formalización en protocolos de los procedimientos internos que aplica a las actividades en autoprestación consideradas en el sistema de información de planificación y seguimiento definido en la OBA, incluyendo los procesos automáticos de incorporación de información a dicho sistema que garanticen la corrección de la información e impidan la manipulación de los datos presentados, y cumpliendo toda la normativa vigente al respecto, la cual se detalla en el Fundamento de Derecho Primero a Cuarto.

Es decir, que no se está modificando la OBA soslayando el procedimiento legalmente establecido, sino que la Resolución recurrida supone adoptar una medida regulatoria concreta para la mejor aplicación de las obligaciones establecidas en ejecución de la OBA y, por extensión, de la normativa sectorial vigente en materia de Ofertas Mayoristas (artículos 10, 13 y 48 de la LGTel, y artículo 7 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado mediante Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre -en adelante, Reglamento de Mercados-), y de las Resoluciones de esta Comisión de 11 de mayo de 2006, por la que se define y analiza el mercado de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales (Mercado 11), y de 1 de junio de 2006, por la que se define y analiza el mercado de acceso indirecto de banda ancha al por mayor (Mercado 12), determinando en ambos caso que TESAU tiene poder significativo en el mercado de referencia, e imponiéndole, entre otras, las obligaciones de no discriminación y de transparencia en la prestación de los servicios de acceso desagregado al bucle de abonado mediante la publicación de una Oferta Mayorista (la OBA).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dicha medida regulatoria concreta de obligar a TESAU a incorporar el SICOBA en su Oferta Mayorista (la OBA) y a establecer los requisitos, plazos y límites para ello se ha adoptado siguiendo el procedimiento legalmente establecido antes citado, sobre la base de los principios de transparencia y no discriminación establecidos en el artículo 13.1.a) y b) de la LGTel y en los artículos 7 y 8 del Reglamento de Mercados, que establecen entre otras la potestad de esta Comisión para adoptar medidas que garanticen la no discriminación respecto de otros operadores.

2. Frente a la alegación de TESAU de que existiría vicio de incompetencia para adoptar las medidas regulatorias objeto del recurso, la recurrente alude a una presunta intromisión en las facultades de autoorganización interna de la empresa y a una violación del derecho constitucional a la libertad de empresa, pero frente a esta alegación genérica y carente de fundamento hay que oponer nuevamente la normativa sectorial vigente antes citada, en la cual se refleja claramente que esta Comisión es competente para imponer obligaciones regulatorias a los operadores con peso significativo en el mercado para garantizar los principios de transparencia y no discriminación. La Resolución recurrida se enmarca dentro de dichas competencias, por lo que es evidente que la alegación de la recurrente al respecto (sobre una “incompetencia manifiesta en razón de la materia o el territorio”) carece de sentido.

3. Frente a la alegación de TESAU de que se habrían impuesto obligaciones injustificadas y algunas de imposible cumplimiento, la recurrente reitera de nuevo las mismas alegaciones al respecto ya formuladas en la fase de instrucción del procedimiento que culminó con la Resolución recurrida, referidas a las diferencias de plazos de cumplimiento de los servicios en autoprestación (más breves) respecto a sus equivalentes de la OBA (presuntamente más complejos y que requerirían plazos más largos, además de depender su cumplimiento en parte de terceros), así como a la presunta imposibilidad de cumplir con las obligaciones de volcado automático de la información a SICOBA desde los sistemas internos de TESAU, y de poner en servicio de SICOBA en un plazo de 60 días, hay que responder que en los Fundamentos de Derecho de la Resolución de 22 de mayo de 2008 se ponderan suficientemente todos los condicionantes para cumplir con dichas obligaciones y que, por tanto, tampoco en este caso, la pretendida nulidad absoluta alegada por la recurrente resulta evidente.

4. Por último, frente a la alegación de una presunta vulneración de derechos constitucionales que le habrían causado indefensión, hay que negar la veracidad de dicha alegación de manera categórica y reiterar una vez más los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales expuestos en numerosas Resoluciones del Consejo de esta Comisión, en el sentido de negar radicalmente la existencia de indefensión alguna.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Así, en la tramitación del procedimiento de aprobación del SICOBA la recurrente ha tenido oportunidad de efectuar alegaciones y de aportar la información y documentación que estimase pertinente, tal y como se describe en los Antecedentes de Hecho de la Resolución recurrida, y en especial merced a los tres trámites de audiencia concedidos, en el marco de los cuales TESAU presentó tres escritos de alegaciones recibidos en esta Comisión los días 2 de abril de 2007, 17 de diciembre de 2007 y 25 de abril de 2008, por lo que no cabe alegar indefensión alguna.

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

En definitiva, no cabe de ninguna manera aceptar como válida la alegación de indefensión derivada de la Resolución del Consejo de 22 de mayo de 2008 recurrida ni del procedimiento administrativo tramitado al efecto, y mucho menos que ésta resulte notoria, por carecer de base jurídica ya que se ha respetado en todo momento la legalidad vigente y la interpretación jurisprudencial de la misma, tanto a nivel procedimental general como en la aplicación del Derecho sectorial, y en especial porque se ha garantizado, en todo momento, el derecho de la recurrente a efectuar alegaciones, así como



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por no haber lugar a la invocación del derecho a la tutela judicial en el marco de un procedimiento administrativo no sancionador.

En conclusión, no se aprecia la concurrencia de la circunstancia establecida en el apartado b) del artículo 111.2 de la LRJPAC para que se pueda acceder a la petición de suspensión, por lo que hay que concluir que la Resolución recurrida goza de apariencia de buen derecho y que no procede la suspensión de la ejecutividad de la misma por las causas de nulidad alegadas.

TERCERO.- Sobre los hipotéticos perjuicios que se ocasionarían con la ejecución de la Resolución recurrida.

TESAU, al solicitar la suspensión de la ejecutividad de la Resolución recurrida en el Primer Otrosí Digo de su recurso, no menciona en ningún momento que la ejecutividad inmediata de la Resolución recurrida le cause efectos o perjuicios de imposible o difícil reparación, sino que se limita a alegar los ya analizados argumentos de la vulneración de la normativa sectorial y de los derechos fundamentales; y tampoco justifica de ninguna manera (ni siquiera lo alega genéricamente) la ausencia de perjuicios a terceros de la suspensión solicitada, no obstante lo cual se procede al análisis de la concurrencia o no de esta circunstancia:

A este respecto cabe señalar, entre otras, lo manifestado por la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Auto de 3 de junio de 1997 (RJ 1997/5049):

“la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado (o la vigencia de la disposición impugnada) le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación”.

De igual modo, en su Auto de 26 de marzo de 1998 (RJ 1998\3216), señalaba ese Tribunal que:

“No basta, por otra parte, que la petición de suspensión vaya acompañada de una expresa manifestación de los perjuicios irreparables que pudieran irrogarse al recurrente caso de no acordarse, siendo necesario según reiterada doctrina de esta Sala que se aporte al menos un principio de prueba de la sobreveniencia de tales perjuicios, o bien que la existencia de los mismos pueda deducirse de la naturaleza del acto impugnado, caso de no accederse a ella. Por otra parte, resulta absolutamente necesario que tales circunstancias sean patentes en el momento de la solicitud de suspensión.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como ya se ha señalado, la recurrente no aporta prueba concreta alguna sobre la existencia ni siquiera de indicios de los perjuicios que la ejecución de la Resolución impugnada pudiese causarle, ni de su posible cualificación y cuantificación, ni tampoco pueden deducirse de la Resolución recurrida (de hecho ni siquiera los alega). Por lo tanto, tampoco concurre en el presente caso la circunstancia establecida en el apartado a) del artículo 111.2 de la LRJPAC para que se pueda acceder a la petición de suspensión.

A mayor abundamiento, es preciso señalar que, en el presente supuesto, además de no concurrir ninguna de las circunstancias previstas en las letras a) y b) del artículo 111.2 de la LRJPAC, la ponderación de perjuicios exigible para proceder a la suspensión determina que serían mayores los perjuicios ocasionados al interés público por la suspensión de la ejecución de la Resolución impugnada que los originados a la propia recurrente por la ejecución inmediata de ésta. Además tales daños por su propia naturaleza meramente económica, siempre serían reparables posteriormente, lo cual motiva la no adopción de ninguna medida cautelar de suspensión.

Por tanto, procede desestimar asimismo esta alegación de TESAU.

En virtud de todo lo anterior, la Resolución del Consejo de esta Comisión de 22 de mayo de 2008 de análisis de los procedimientos internos relativos a las actividades en autoprestación y de los procesos automáticos de incorporación de información al sistema de información de planificación y seguimiento de la Oferta de Bucle de Abonado (SICOBA) (Expediente número DT 2006/1586), objeto del presente recurso, debe de mantener su eficacia plena desde su notificación a los interesados hasta que se resuelva el presente recurso de reposición.

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Denegar la solicitud de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. para la suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución del Consejo de esta Comisión de 22 de mayo de 2008 de análisis de los procedimientos internos relativos a las actividades en autoprestación y de los procesos automáticos de incorporación de información al sistema de información de planificación y seguimiento de la Oferta de Bucle de Abonado (SICOBA).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera