



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO, Director de Asesoría Jurídica y Secretario en funciones del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 7.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Resolución del Consejo de 20 de diciembre de 2007, BOE nº 27 de 31 de enero de 2008,

### **CERTIFICA:**

Que en la Sesión número 10/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 12 de marzo de 2009, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN FORMULADA POR DE VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. EN SU RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2008 QUE PUSO FÍN AL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA SOBRE LA VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS A TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. RELATIVAS A SU SERVICIO MAYORISTA DE COMPARTICIÓN DE REGISTROS Y CONDUCTOS.**

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 13 de noviembre de 2008 por la que se puso fin al periodo de información previa en relación con la verificación del cumplimiento de las obligaciones impuestas a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. relativas al servicio mayorista de compartición de registros y conductos, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su Sesión número 10/09 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **PRIMERO.- Resolución de 13 de noviembre de 2008.**

Con fecha 13 de noviembre de 2008 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una Resolución mediante la cual se puso fin al



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

periodo de información previa en relación con la verificación del cumplimiento de las obligaciones impuestas a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) relativas al servicio mayorista de compartición de registros y conductos; dicho procedimiento fue tramitado en el Expediente número DT 2008/1808.

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

*<< Primero.- Proceder al archivo del expediente en relación con la verificación de la disponibilidad comercial del servicio mayorista de compartición de registros y conductos de Telefónica, y declarar concluso el período de información previa de referencia.*

*Segundo.- A la vista de las comprobaciones efectuadas del servicio mayorista de compartición de registros y conductos de Telefónica, y de acuerdo con el Resuelve Segundo de la Resolución de 31 de julio de 2008 relativa a los Recursos de Reposición interpuestos contra la Resolución de 8 de mayo de 2008, autorizar a Telefónica a desarrollar actividades de comercialización de servicios minoristas sobre FTTH. >>*

### **SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por VODAFONE.**

Con fecha 19 de febrero de 2009 ha tenido entrada en el Registro General de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito presentado por la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, VODAFONE), presentado el día 16 de febrero de 2009, en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 13 de noviembre de 2008 a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con dicha Resolución e invoca su nulidad de pleno derecho por falta de motivación y por vulneración del ordenamiento jurídico, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 62.1, letras a) y f), 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, las siguientes alegaciones:

*1.- Falta de motivación suficiente de la Resolución recurrida, causando indefensión y limitando sus derechos e intereses legítimos (nulidad de pleno derecho, artículo 62.1.a) de la LRJPAC).*

VODAFONE alega que esta Comisión no habría podido comprobar que TESAU esté cumpliendo correctamente su Oferta mayorista de conductos y registros, ni en materia de plazos de suministro de información, ni sobre la ejecución eficiente de los procedimientos de suministro material de los servicios, al tomar como referencia únicamente un número escaso de solicitudes que existía en aquella fecha, y haber comprobado únicamente el



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

plazo de respuesta y la fijación de una fecha para el replanteo. Por el contrario la recurrente denuncia la existencia de dilaciones indebidas y conductas obstaculizadoras por parte de TESAU, y concluye que el servicio mayorista de acceso a conductos y registros no está realmente disponible para los demás operadores, por lo que esta Comisión no debería haber archivado el periodo de información previa.

*2.- Infracción del ordenamiento jurídico al vulnerarse el principio de fomento de la competencia efectiva en el mercado y no promover una inversión eficiente en infraestructuras (nulidad de pleno derecho, artículo 62.1.f) de la LRJPAC).*

VODAFONE manifiesta que la Resolución recurrida archivando las actuaciones de información previa vulneraría el principio de fomento de la competencia efectiva en el mercado promoviendo una inversión eficiente en infraestructuras establecido en el artículo 48.3.a) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y en su normativa de desarrollo, ya que concedería a TESAU una clara ventaja competitiva frente a los operadores alternativos, pues realmente la Oferta mayorista de conductos y registros aún no estaría de facto disponible ni operativa ni lo estaría a corto plazo, ni existiría aún un servicio de acceso indirecto “bitstream” sobre fibra disponible, mientras que TESAU ya habría hecho pruebas-piloto con usuarios finales y ya estaría desplegando fibra en zonas residenciales, por lo que no se le debería autorizar a prestar servicios minoristas comerciales sobre redes de acceso de fibra hasta que no se verificase la disponibilidad real para los operadores alternativos.

La recurrente alega además que la obligación para TESAU de dar acceso a su obre civil es una media necesaria pero no suficiente para garantizar la competencia en redes de acceso de nueva generación y la replicabilidad de las ofertas minoristas, y que debería complementarse con otros estudios de viabilidad técnica, económica y financiera, así como de otras medidas regulatorias complementarias como la puesta en marcha del servicio mayorista de acceso indirecto “bitstream” previsto sin limitación de velocidad y la inclusión en la Oferta del acceso al cableado interno de los edificios.

Por todo lo expuesto anteriormente, VODAFONE 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 anule la Resolución del Consejo de esta Comisión de 13 de noviembre de 2008.
2. Que mientras se sustancia el recurso de reposición se suspenda la ejecutividad de todos los apartados impugnados de la Resolución recurrida,



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2.b) de la LRJPAC y sobre la base de los siguientes motivos:

- Existencia de una norma jurídica que permita la adopción de la medida cautelar: La recurrente cita el artículo 48.12 de la LGTel y los artículos 72 y 111.2 de la LRJPAC.
- Apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*): Según la recurrente sería evidente porque la Resolución recurrida sería contraria a Derecho al dar por válido el servicio mayorista de compartición de registros y conductos erróneamente, sin suficiente motivación, y sin garantizar la replicabilidad de los servicios de TESAU.
- Necesidad y urgencia de la medida cautelar (*periculum in mora*): Según la recurrente, al no ser replicables los servicios de fibra de TESAU, si no se suspende se puede dar una alteración irreversible de la estructura competitiva del mercado minorista de banda ancha no subsanable por una Resolución posterior estimatoria, y provocando perjuicios comerciales irreparables para los operadores alternativos.
- Ponderación de los intereses en juego: Según la recurrente la medida cautelar solicitada sería proporcionada al fin de asegurar la eficacia de la resolución definitiva, no perturbaría gravemente el interés general y no vulneraría ningún derecho de terceros, por lo que debería prevalecer el interés general de fomentar una competencia real y efectiva en el mercado de redes y servicios de banda ancha.

### **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 20 de febrero de 2009, se informó a la recurrente y al otro interesado, TESAU, del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición interpuesto por VODAFONE, 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 al otro interesado, TESAU, de una copia no confidencial del escrito de interposición del recurso de reposición interpuesto por VODAFONE y se le informaba de que disponía de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento si así lo estimaba conveniente a sus intereses.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

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 VODAFONE interponiendo un recurso potestativo de reposición contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 13 de noviembre 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 VODAFONE, 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 VODAFONE 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, VODAFONE solicita expresamente en su recurso potestativo de reposición la suspensión de la ejecución de la Resolución impugnada.

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 VODAFONE 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) y



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

f), 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.

### **SEGUNDO.- Sobre las causas de nulidad alegadas por VODAFONE para impugnar la Resolución de 13 de noviembre de 2008.**

En concreto, y con base en artículo 62.1, letras a) y f), 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.*

*(...)*

*f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.*

*(...)”*

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 con ausencia de motivación suficiente, causándole indefensión y limitando sus derechos e intereses legítimos, y con infracción del ordenamiento jurídico sectorial vigente al vulnerarse el principio de fomento de la competencia efectiva en el mercado y no promover una inversión eficiente en infraestructuras.

Frente a dichas alegaciones 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 de pleno derecho 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:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

*“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 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 VODAFONE para fundamentar la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada, a saber, que el acto habría sido dictado: 1) con ausencia de motivación suficiente, causándole indefensión y limitando sus derechos e intereses legítimos (nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.a) de la LRJPAC); y 2) con infracción del ordenamiento jurídico sectorial vigente al vulnerarse el principio de fomento de la competencia efectiva en el mercado y no promover una inversión eficiente en infraestructuras (nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.f) 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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

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.

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 definitiva 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 VODAFONE de que la Resolución recurrida no está suficientemente motivada, hay que responder en primer lugar que la recurrente se limita a efectuar dichas alegaciones de manera genérica y sin aportar prueba alguna al respecto, por lo que no cabe sino reiterar que la Resolución del Consejo de esta Comisión de 13 de noviembre de 2008 sí estaba suficientemente motivada en Derecho, y se adoptó en el ejercicio de las competencias regulatorias previstas en el artículo 48 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones así como la normativa de desarrollo de la misma, y de conformidad con lo establecido en la LRJPAC, cuyo artículo 69.2 regula los periodos de información previa, que no son procedimientos administrativos sino meras actuaciones informativas previas sin efectos jurídicos inmediatos y cuyo único fin será, o el inicio de la tramitación de un procedimiento formal, o el cierre y archivo de las actuaciones.

En concreto, en lo referente a la fundamentación de la Resolución de 13 de noviembre de 2008 y el respecto a la normativa sectorial vigente, la alegación de VODAFONE carece de rigor, ya que al analizar sucintamente la misma se observa que se argumentaban suficientemente los motivos de archivar las actuaciones informativas previas, a la vista de la información facilitada por TESAU, de los requerimientos de información practicados y de las actuaciones de comprobación y verificación efectuadas por esta Comisión, los cuáles se detallan en el Fundamento de Derecho III "Evaluación del cumplimiento de las obligaciones impuestas" de la Resolución recurrida (páginas 4 a 11 de la versión No Confidencial), por lo que no cabe apreciar un incumplimiento evidente ni del artículo 54.1 de la LRJPAC ni de la doctrina jurisprudencial relativa a la motivación de los actos<sup>1</sup>, que exige *"una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de*

---

<sup>1</sup> Ver las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de fecha 29 de marzo de 2004 (RJ 2004/1849), 10 de diciembre de 2003 (RC 3905/2000 [RJ 2003\9526]), 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/2957), 29 de febrero de 2000 (Ar. 2000/3166), 20 de enero de 1998 (RJ 1998\1418), 25 de mayo de 1998 (RJ 1998\4486); 9 de febrero de 1996 (RJ 1996/1105), y 12 de diciembre de 1990 (Ar. 1990/9918), entre otras.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

*Derecho que dan lugar a la adopción de la decisión” para poder permitir a los interesados poder ejercitar debidamente su derecho de defensa, pero “sin que se requiera una profunda, extensa y detallada exposición de los razonamientos o argumentos determinantes de su adopción”.*

Cuestión diferente es que la recurrente comparta o no la decisión de cerrar y archivar las actuaciones adoptada por esta Comisión en dicha Resolución, pero sin que ello nada tenga que ver con la supuesta insuficiencia en la motivación de la decisión.

En definitiva, no es admisible la alegación de VODAFONE en lo referente a supuesta falta de motivación suficiente de la Resolución del Consejo de esta Comisión de 13 de noviembre de 2008.

2.- Frente a la alegación de VODAFONE de que la Resolución recurrida habría incurrido en una infracción del ordenamiento jurídico al vulnerarse el principio de fomento de la competencia efectiva en el mercado y no promover una inversión eficiente en infraestructuras, hay que responder que tampoco se evidencia de su recurso, y hay que reiterar que las actuaciones cuyo cierre y archivo se decide mediante la Resolución de 13 de noviembre de 2008 se enmarcan en la tramitación de un periodo de información previa del artículo 69.2 de la LRJPAC, no en un procedimiento administrativo para la imposición de medidas al Operador con Poder Significativo en el Mercado relevante de los previstos en el artículo 48.3, letras a) y e), de la LGTel ni de su normativa de desarrollo; en consecuencia dichas actuaciones informativas previas, al no ser un procedimiento administrativo y no tener efectos jurídicos inmediatos, no pueden tener ese efecto procompetitivo directo que le quiere atribuir la recurrente, ni su cierre y archivo los efectos anticompetitivos alegados.

Lo que la recurrente alega, que no dejan de ser propuestas de modificación de determinados aspectos de la Oferta mayorista de conductos y registros de TESAÚ, debió de hacerse en el marco de la tramitación del procedimiento administrativo de tramitación y aprobación de la misma, y no en el marco de unas meras actuaciones informativas y de comprobación del cumplimiento de aquélla, que en ningún caso podían culminar en su modificación.

3.- Por último, frente a la alegación de VODAFONE de que la Resolución recurrida le habría causado indefensión y habría limitado sus derechos e intereses legítimos, hay que negar la veracidad de dicha alegación de manera categórica, que además se realiza de forma genérica y sin aportar ninguna prueba de ello, 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, ya que de conformidad con la doctrina jurisprudencial y



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

constitucional vigente en esta materia<sup>2</sup>, 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 la resolución recurrida se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado número 19 de 22 de enero de 2009, y tanto VODAFONE como 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 resulta de ninguna manera evidente que haya existido indefensión derivada de la Resolución del Consejo de 13 de noviembre de 2008 recurrida ni del procedimiento administrativo tramitado al efecto, ya que en un primer análisis se aprecia 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, así como por no haber lugar a la invocación del derecho a la tutela judicial en el marco de un procedimiento administrativo no sancionador.

En conclusión, 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 solicitud de VODAFONE de suspensión de la ejecutividad de la Resolución recurrida no goza de apariencia de buen derecho, y por tanto procede desestimar la misma.

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

VODAFONE, al solicitar la suspensión de la ejecutividad de la Resolución recurrida en el Solicito 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 reproducir la doctrina jurisprudencial en materia de adopción de medidas cautelares y a la mención genérica de un perjuicio de difícil o imposible reparación derivado de la hipotética alteración de la estructura competitiva del mercado minorista de

---

<sup>2</sup> Ver la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de junio de 2004 (RJ 2004/7632), y las Sentencias del Tribunal Constitucional 65/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 65) y 178/1998, de 14 de septiembre (RTC 1998, 178).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

banda ancha, pero sin aportar ningún documento, dato o razonamiento fundado que acredite la existencia de dicho perjuicio o riesgo.

A este respecto cabe señalar que la doctrina jurisprudencial al respecto<sup>3</sup> determina lo siguiente:

- Por una parte, la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación.,
- Y por otra parte, que no basta 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 que se aporte al menos un principio de prueba de la sobrevenida 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.

En este caso, como ya se ha señalado anteriormente, la recurrente no aporta prueba concreta alguna sobre la existencia ni siquiera de indicios de los perjuicios que la ejecución de la Resolución impugnada pudiere causarle, ni de su posible cualificación y cuantificación, ni tampoco pueden deducirse que puedan derivarse necesariamente de la Resolución recurrida, que por otra parte hay que reiterar que pone fin a un periodo de información previa, no a un procedimiento administrativo regulatorio, y que, por lo tanto, su cierre y archivo no puede causar los efectos jurídicos y materiales que la recurrente quiere dar a entender.

En definitiva, 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.

En virtud de todo lo anterior, la Resolución del Consejo de esta Comisión de 13 de noviembre de 2008 mediante la cual se puso fin al periodo de información previa en relación con la verificación del cumplimiento de las obligaciones impuestas a TESAU relativas al servicio mayorista de compartición de registros y conductos (Expediente número DT 2008/1808), 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.

---

<sup>3</sup> Ver los Autos del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1997 (RJ 1997/5049) y de 26 de marzo de 1998 (RJ 1998/3816), entre otros.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

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

### RESUELVE

**ÚNICO.-** Denegar la solicitud de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. para la suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución del Consejo de esta Comisión de 13 de noviembre de 2008 por la que se puso fin al periodo de información previa en relación con la verificación del cumplimiento de las obligaciones impuestas a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. relativas al servicio mayorista de compartición de registros y conductos

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 DIRECTOR DE ASESORÍA JURÍDICA

Vº Bº  
EL PRESIDENTE

Miguel Sánchez Blanco  
P.S. art. 7.2 Texto Consolidado RRI de la  
CMT, Resol. Consejo de 20.12.2007  
(BOE de 31 de enero de 2008)

Reinaldo Rodríguez Illera