



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 02/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 21 de enero de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución sobre la solicitud de suspensión formulada por Telefónica de España, SAU en su recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de fecha 19 de noviembre de 2009 sobre el análisis de la oferta de acceso a conductos y registros de esta entidad y su adecuación a los requisitos establecidos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (AJ 2009/2131 y acumulados).

I ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Resolución de 19 de noviembre de 2009.

Con fecha 19 de noviembre de 2009, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, esta Comisión) dictó una Resolución mediante la cual se analizaba la oferta de acceso a conductos y registros de Telefónica de España, S.A.U. y su adecuación a los requisitos establecidos por esta Comisión, en relación con el Expediente MTZ 2009/1223.

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

“Primero.- Telefónica de España, S.A.U. deberá modificar su oferta de referencia para la prestación del servicio MARCO, en el plazo de 15 días hábiles a partir del día siguiente a la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la presente Resolución, en los términos siguientes:

- *En relación con el ámbito de aplicación de la oferta, según lo establecido en los apartados “Modificación de la oferta” incluidos en la sección 3.1.1.*
- *En relación con los procedimientos previos a la ocupación de las infraestructuras, según lo establecido en los apartados “Modificación de la oferta” incluidos en la sección 3.1.2.*



- *En relación con las normas de ocupación de las infraestructuras, según lo establecido en los apartados "Modificación de la oferta" incluidos en la sección 3.1.3.*
- *En relación con los precios de provisión del servicio mayorista, según lo establecido en los apartados "Modificación de la oferta" incluidos en la sección 3.2.*
- *En relación con los acuerdos de nivel de servicio, según lo establecido en los apartados "Modificación de la oferta" incluidos en la sección 3.3.*
- *En relación con el sistema de fianza, según lo establecido en la sección 3.4.*
- *En relación con el mecanismo de penalizaciones, según lo establecido en los apartados "Modificación de la oferta" incluidos en la sección 3.5.*

La oferta modificada según lo establecido en la presente Resolución se remitirá a esta Comisión para su revisión. Si esta Comisión detectase incorrecciones en el texto con respecto a lo establecido, procederá a su modificación directa y posterior remisión a Telefónica para su publicación en su web (www.telefonicaonline.es). Dicha publicación deberá producirse en un plazo máximo de diez días.

Segundo.- *Telefónica deberá actualizar sus sistemas internos al objeto de posibilitar el registro de parámetros de calidad en los términos recogidos en la presente Resolución. Telefónica remitirá con carácter trimestral a esta Comisión mediante correo electrónico a la dirección "datos-fibra@cmt.es" la información especificada en el apartado 3.3.2 de esta Resolución, en formato de hoja de cálculo procesable, y correspondiente al trimestre anterior. Los envíos se iniciarán con los datos del primer trimestre de 2010 y se realizarán antes de diez días a partir del vencimiento del mes objeto del envío.*

Tercero. *Comunicar a la Comisión Europea la presente Resolución, relativa al análisis de la oferta de acceso a conductos y registros de Telefónica de España, S.A., y la Oferta MARCO definitivamente consolidada.*

Cuarto. *Acordar la publicación del presente acto en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.*

Quinto. *La presente Resolución surtirá efectos a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado."*

Segundo.- Publicación en BOE.

Con fecha 7 de diciembre de 2009 fue publicado en el Boletín Oficial del Estado un extracto de la Resolución recurrida, a efectos de notificación y en cumplimiento del Resuelve Cuarto de la citada Resolución.

Tercero.- Recursos potestativos de reposición, su acumulación y notificación de inicio de procedimiento.

El día 30 de diciembre de 2009 tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión tres escritos presentados en nombre y representación de Cableuropa S.A.U. y Tenaria, S.A. (en adelante ONO), France Telecom España, S.A. (en adelante France Telecom) y la Asociación de Empresas



Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante ASTEL) respectivamente, por los que interponían sendos recursos potestativos de reposición contra la Resolución citada en el Antecedente de hecho primero. Con posterioridad, los días 31 de diciembre de 2009 y 4 de enero de 2010, se recibieron otros dos escritos presentados en nombre y representación de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante TESAU) y Vodafone España, S.A.U. (en adelante Vodafone), por los que se interponían recursos potestativos de reposición contra la misma Resolución de 19 de noviembre.

En virtud de lo establecido en el artículo 73 de la LRJPAC, en atención al principio de economía procesal y dada la identidad sustancial e íntima conexión del acto contra el que se dirigen los cinco recursos, esta Comisión acordó la acumulación de los mismos en un único expediente que se tramita con la referencia AJ 2009/2131 y acumulados.

Tanto del inicio del procedimiento administrativo de resolución de los cinco recursos citados como del acuerdo de acumulación fueron notificados todos los interesados, de conformidad con lo establecido en el artículo 58.2 de la LRJPAC.

Cuarto.- Solicitud de suspensión de TESAU.

TESAU solicita en el primer "Otrosí" de su escrito de interposición del recurso que se proceda a suspender la ejecución de determinadas obligaciones que se le imponen en la resolución impugnada por considerar que la misma adolece de determinados vicios de nulidad de pleno derecho y la ejecución de la misma le causaría perjuicios de imposible o difícil reparación, todo ello al amparo de lo establecido el artículo 111.2 de la LRJPAC.

En particular, TESAU solicita la suspensión de las obligaciones impuestas respecto a los siguientes extremos del análisis de su oferta de referencia para la prestación del servicio de acceso a registros y conductos (en adelante oferta MARCo):

- i. El ámbito de aplicación de la oferta y, en particular, el análisis relativo a los operadores y redes cubiertos¹ y el acceso a recursos asociados².
- ii. En cuanto a los procedimientos previos a la ocupación por parte del operador, las obligaciones relativas a la provisión de ruta alternativa³ y a la provisión de fibra oscura⁴.
- iii. En cuanto a las normas de ocupación de las infraestructuras, las obligaciones relativas a la metodología de ocupación de las infraestructuras (separación de redes) y a la reserva de espacio⁵.
- iv. Los precios asociados a la provisión del servicio mayorista⁶.
- v. Los acuerdos de nivel de servicio⁷.
- vi. El sistema de penalizaciones⁸.

¹ Apartado 3.1.1.1 de la Resolución de 19 de noviembre de 2009.

² Apartado 3.1.1.5 de la Resolución de 19 de noviembre de 2009: "Telefónica deberá prestar a los operadores que lo requieran los servicios de acceso a recursos asociados, en particular los servicios de coubicación y de tendido de cable óptico hasta cámaras de registro ubicadas en el exterior, en todas las centrales OBA".

³ Apartado 3.1.2.2, letra A) de la Resolución de 19 de noviembre de 2009.

⁴ Apartado 3.1.2.2, letra B) de la Resolución de 19 de noviembre de 2009.

⁵ Apartado 3.1.3.1 y 3.1.3.2 de la Resolución de 19 de noviembre de 2009.

⁶ Apartado 3.2 de la Resolución de 19 de noviembre de 2009.

⁷ Apartado 3.3 de la Resolución de 19 de noviembre de 2009.

⁸ Apartado 3.4 de la Resolución de 19 de noviembre de 2009.



TESAU justifica su solicitud de suspensión alegando que si la Comisión no la adoptara y además estimara su recurso, convertiría a la Resolución estimatoria de aquel en completamente ineficaz, lo que supone la pérdida absoluta de la finalidad legítima del recurso además de la irreparabilidad del grave daño producido a los intereses de TESAU, perjuicios que, añade, sólo podrían evitarse de haberse concedido la medida cautelar solicitada, de manera provisional, hasta la resolución definitiva del recurso interpuesto.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero.- Legitimación de la entidad recurrente.

En el "Otroso" primero del escrito presentado por TESAU interponiendo recurso de reposición contra la Resolución de esta Comisión, de fecha 19 de noviembre de 2009, se solicita la suspensión de determinadas obligaciones que le han sido impuestas en la citada Resolución tras analizar el contenido de su oferta de acceso a conductos y registros.

En atención a lo anterior, TESAU ostenta la condición de interesada en la presente Resolución de suspensión.

Segundo.- 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 19 de noviembre de 2009 se solicita expresamente la suspensión de la ejecución de la citada Resolución impugnada.

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

Habida cuenta de 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, y dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley; y que fundamenta su solicitud de suspensión al amparo de los perjuicios de difícil o imposible reparación que según la recurrente le supondría la ejecución inmediata de la Resolución recurrida, procede admitir a trámite la referida petición de suspensión para su resolución final.

Tercero.- Competencia para resolver.

El artículo 111.2 de la LRJPAC atribuye la competencia para suspender la ejecución del acto impugnado, bien de oficio o a solicitud del recurrente, al órgano a que quien compete resolver el recurso.



La competencia para resolver el mencionado recurso de reposición interpuesto por TESAU y, por tanto, la petición de suspensión en él contenida corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

Primero.- Sobre la ejecutividad de la Resolución impugnada y la petición de suspensión.

Conforme a lo expuesto en los antecedentes de hecho, la entidad TESAU solicita expresamente, en aplicación del artículo 111.2 de la LRJPAC, la suspensión de la ejecución de determinadas obligaciones contenidas en la Resolución del procedimiento MTZ 2009/1223, y señala en su Motivo Undécimo, sobre fundamentación de la pretensión de suspensión (página 83 del escrito de recurso), que *“debe entenderse suspendido dicho acto en tanto no se pronuncie esa CMT, dado que en otro caso sería improcedente que la Administración realizase actos de ejecución respecto un acto cuya suspensión ha sido instada por un interesado en el procedimiento administrativo”*.

En primer lugar, procede dar contestación en el presente apartado a la afirmación realizada por TESAU tendente a considerar que la mera interposición de recurso con solicitud de suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida supone de facto dicha suspensión.

El artículo 56 de la LRJPAC señala que *“los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”*. No obstante, en el apartado segundo del artículo transcrito se prevén varias excepciones a la eficacia inmediata del acto, cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior.

Otra excepción, no incluida en el citado artículo 56 de la LRJPAC, la encontramos en el artículo 111 de la misma Ley que, aunque vuelve a proclamar el principio de ejecutividad inmediata de los actos administrativos, al manifestar que la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, en su apartado segundo señala que *“el órgano a quien compete resolver el recurso, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado”*, siempre que se den las circunstancias previstas en dicho artículo.

Obsérvese que el artículo 111 exige la existencia de un acto expreso de suspensión salvo si, como señala el apartado segundo, transcurridos 30 días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado resolución expresa.

En aplicación de lo anterior, la Resolución de fecha 19 de noviembre de 2009, recaída en el expediente MTZ 2009/1223, es plenamente ejecutiva a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, por los siguientes motivos:

- a) Tal como recoge el Resuelve Quinto de la propia Resolución, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 57 de la LRJPAC, su eficacia quedó supeditada a su publicación en el BOE, y dicha publicación tuvo lugar el día 7 de diciembre de 2009.
- b) La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es un Organismo Público que carece de superior jerárquico y sus resoluciones agotan la vía administrativa.
- c) Esta Comisión no ha dictado un acto expreso suspendiendo la ejecución de la Resolución de 19 de noviembre de 2009, y no han transcurrido 30 días desde que el



escrito de recurso con la petición de suspensión tuvo entrada en el registro de esta Comisión.

En consecuencia, TESAU viene obligada a cumplir la Resolución recurrida a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Por lo que se refiere a la suspensión de la ejecución, el citado artículo 111 de la LRJPAC establece en su apartado segundo 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:

- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- b) 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.

Como alegación central que vertebra el escrito de solicitud de suspensión TESAU invoca al *periculum in mora*⁹ que le supondría la ejecución inmediata de la Resolución, utilizando como base de esta alegación, la apariencia de buen derecho subyacente a su pretensión de suspensión y que la adopción de tal medida cautelar no genera perjuicio alguno a terceros y al interés público.

Para fundamentar lo anterior, TESAU ha invocado la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida en lo relativo a las obligaciones sobre las que solicita su suspensión en el mismo escrito de recurso invocando las causas establecidas en el artículo 62.1, letras a), c) y e) 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

⁹ Constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que este criterio no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que además implica la necesidad de conjugar los riesgos que amenazan la ejecución inmediata del acto administrativo, de modo que existe peligro de ineffectividad de la Resolución estimatoria del recurso de reposición en donde se encuentra la solicitud de suspensión: jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, por todas, las sentencias de 5 de septiembre (RJ 2003/6474), 10 de noviembre (RJ 2003/9025) y 4 de diciembre de 2003 (RJ 2003/9139)



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 para impugnar la Resolución de 19 de noviembre de 2009.

En concreto, TESAU alega la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida con base en el artículo 62.1, letras a), c) y e) de la LRJPAC, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 62.1. Nulidad de pleno derecho.

1. 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.

(...)

c) Los que tengan un contenido imposible.

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.”

Según la solicitante, *“resulta indiscutible que la intensidad de la ilegalidad del acto administrativo que nos ocupa es de tal contundencia que puede ser apreciada sin necesidad de prejuzgar el fondo del asunto, razón por la cual haría innecesario, (...), el análisis del periculum in mora y en ese contexto la ponderación de los intereses en juego”*.

Frente a dichas alegaciones cabe recordar 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:

“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 las causas de nulidad alegadas por la recurrente debe tenerse en cuenta el criterio de interpretación restrictiva para la apreciación de dichas causas 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).”

TESAU señala como causas de nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida y, en consecuencia, como fundamento para solicitar la suspensión de la ejecución de determinadas obligaciones que le son impuestas en la misma, las siguientes: 1) la imposición de obligaciones no objetivas, desproporcionadas y discriminatorias (nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 a) de la LRJPAC); 2) la imposición de obligaciones sin la debida motivación (nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.e) de la LRJPAC); 3) la imposición de obligaciones prescindiendo totalmente del procedimiento establecido u omitiendo trámites esenciales (nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.e) de la LRJPAC); y 4) la imposición de obligaciones de contenido imposible (nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.c) de la LRJPAC).

Frente a estas manifestaciones 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 concurren aquellas.

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 los mismos no se deducen a primera vista ni de manera evidente o manifiesta, por los siguientes motivos:

1. En relación con la alegación de TESAU de que algunas de las obligaciones impuestas en la Resolución recurrida son desproporcionadas, discriminatorias y no objetivas, infringiéndose de esta manera el artículo 11.5 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel), así como los artículos 24.1 y 9.3 de la Constitución Española, con carácter previo a cualquier análisis de dicha alegación debe advertirse que dicha infracción podría suponer en todo caso un supuesto de anulabilidad de los previstos en el artículo 63.1 de la LRJPAC¹⁰, pero no un motivo de nulidad de pleno derecho.

En atención a lo anterior, es evidente que en este caso no puede apreciarse la concurrencia del segundo de los presupuestos alternativos necesarios para proceder a la suspensión de los actos administrativos que es objeto de análisis en este fundamento jurídico (artículo 111.2 b) de la LRJPAC).

¹⁰ Artículo 63.1 de la LRJPAC: “Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.”



2. En relación con la alegación de la recurrente de que las obligaciones relativas a los operadores y redes cubiertos por la oferta MARCo y a la modificación de los Acuerdos de Nivel de Servicio incurren en nulidad de pleno derecho por infracción del artículo 54 de la LRJPAC, es decir porque no se motivan ni justifican razonadamente (nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.e) de la LRJPAC), conviene señalar que es reiterada la jurisprudencia que excluye de las causas de nulidad de pleno derecho los supuestos de falta de motivación o motivación defectuosa, declarando que en cualquier caso puede llegar a ser un vicio de anulabilidad siempre y cuando exista indefensión del interesado.

Lo anterior se apoya en la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, sirviendo de ejemplo la Sentencia de 26 de mayo de 2000 (RJ 2000/4801), que en relación a la falta de motivación de los actos administrativos, establece lo siguiente:

“De cualquier modo, la falta de motivación o la motivación defectuosa no constituye nunca un supuesto de nulidad de pleno derecho que el art. 62 de la Ley 30/1992 reserva para los supuestos que enumera, entre los que no aparece incluido éste. A lo más, puede ser un vicio de anulabilidad, de acuerdo con el art. 63.2 de la citada Ley, o implicar simplemente una mera irregularidad no invalidante. Ello dependerá de que haya producido o no indefensión al administrado. Y a tal efecto, el requisito de motivación puede considerarse cumplido, si responde a la doble finalidad de dar a conocer al destinatario las razones de la decisión que se adopta y permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los derechos (Sentencias del Tribunal Constitucional 79/1990 [RTC 1990\79], 199/1991, de 28 octubre [RTC 1991\199] y del Tribunal Supremo de 18-4 y 1-10-1988 [RJ 1988\3122 y RJ 1988\7413], 3-4-1990 [RJ 1990\3575], 4-6-1991 [RJ 1991\4861], 23-2-1995 [RJ 1995\1665], 12-1 y 11-12-1998 [RJ 1998\594 y RJ 1998\10261] entre muchas otras)”.

En cualquier caso, no se aprecia el supuesto de hecho previsto en el artículo 62.1.e) de la LRJPAC, adopción de actos prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, ya que, como señala la jurisprudencia¹¹, para que se dé este motivo no basta que se haya incurrido en la omisión de un simple trámite del procedimiento, sino que es absolutamente necesario que se haya prescindido de alguno de los trámites esenciales o de la totalidad del procedimiento.

Resulta indudable que la motivación de los actos administrativos no supone la totalidad del procedimiento, ni tan siquiera un acto de trámite, sino que se configura como uno de los requisitos que deben ser observados para que las partes puedan conocer los motivos por los cuales la administración adopta sus decisiones. Es, por tanto, un requisito de validez del acto, pero no el único, de ahí que una hipotética falta de motivación no suponga la inexistencia del acto administrativo, sino un defecto formal, incluso material, contenido en el mismo, pero en cualquier caso subsanable y en consecuencia susceptible de ser convalidado.

3. En relación con la alegación de TESAU de que las obligaciones relativas a los operadores y redes cubiertos y al acceso a recursos asociados le han sido impuestas prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido u omitiendo trámites esenciales, ha de señalarse que:

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1998 (RJ 1998/7524)
Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1994 (RJ 1994/4600).



- En el caso de la determinación de los operadores y redes cubiertos, TESAU se limita a alegar dicho vicio, pero no argumenta ni aporta explicación alguna que permita apreciar porqué entiende que la Resolución recurrida incurre en vicio de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 e).
- En el caso del acceso a recursos asociados, TESAU manifiesta que la Resolución recurrida amplía el alcance de las obligaciones impuestas por la Resolución de los mercados 4 y 5¹² al establecer el acceso a los recursos asociados en todas las centrales OBA cuando la citada Resolución solo se refería a las centrales cabecera, y que dicha ampliación hubiera requerido de la modificación de la Resolución de mercados. Al respecto debe indicarse que TESAU se limita a alegar esa supuesta ampliación de obligaciones sin aportar elemento probatorio alguno y que la misma no se aprecia de forma evidente, por lo que el pretendido vicio de nulidad no resulta patente y notorio, tal como exige la doctrina jurisprudencial.

En sentido contrario a lo expresado por la solicitante, examinados los documentos que han sido objeto de tramitación en el procedimiento por el que se ha analizado la oferta MARCo de TESAU (MTZ 2009/1223), se puede constatar que esta Comisión ha observado de manera escrupulosa el procedimiento legalmente previsto, tanto las normas procedimentales generales establecidas en la LRJPAC, como las establecidas de manera específica en la normativa sectorial vigente. Es decir, resulta evidente que para la adopción de la Resolución recurrida esta Comisión ha actuado en virtud de lo dispuesto por el artículo 48.2 de la LGT el y por la propia Resolución de los mercados 4 y 5, que en su Anexo 2 apartado 2 a) prevé que *“de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.2 de la Directiva de Acceso y en el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados, la CMT podrá dictar resolución motivada instando la modificación de la oferta y fijará asimismo la fecha a partir de la cual aquélla surtirá efectos”*, y respetando todas las garantías del procedimiento administrativo que prevé la LRJPAC.

Por otro lado, los defectos alegados por TESAU podrían ser constitutivos en todo caso de vicios de nulidad no invalidante por defecto de forma, pero no de nulidad de pleno derecho. Esta apreciación ya se incluye de hecho en el propio escrito de recurso en relación con la impugnación de las obligaciones relativas a los operadores y redes cubiertos y, en concreto, con la valoración de la tipología o capa de red que podrá hacer uso de las infraestructuras de obra civil (página 5 del escrito de recurso).

4. En relación con la alegación de TESAU de que se habrían impuesto obligaciones de imposible cumplimiento (nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.c) de la LRJPAC) en lo relativo a la metodología de ocupación de las infraestructuras (separación de redes), estima la recurrente que la obligación de flexibilizar dicha metodología mediante el empleo de soluciones basadas en materiales no rígidos, como los subconductos flexibles textiles, resulta en la práctica inviable tanto por motivos técnicos como por los riesgos que entrañan en materia de Prevención de Riesgos Laborales.

A lo anterior cabe responder que en el Fundamento de Derecho tercero, apartado 3.1.3, de la Resolución de 19 de noviembre de 2009 se ponderan suficientemente todos los condicionantes para cumplir con dichas obligaciones y que, por tanto, tampoco en este caso resulta evidente la pretendida nulidad absoluta alegada por la recurrente.

¹² Resolución por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea (MTZ 2008/626).



En atención a todo lo anteriormente expuesto, difícilmente se puede concluir la existencia de apariencia de buen derecho de la pretensión de suspensión cuando TESAU pretende dar por cierta la ilegalidad del acto impugnado sin que en modo alguno acredite la “intensidad de la ilegalidad” traducida en la falta de objetividad, desproporción, discriminación, falta de motivación, omisión de trámites esenciales del procedimiento e imposibilidad de cumplir con las obligaciones impugnadas en su recurso de reposición que, además según ella, puede ser apreciada sin entrar a analizar el fondo del asunto.

En definitiva, no concurriendo ninguno de los supuestos en los que la Jurisprudencia permite aplicar la doctrina de la apariencia de buen derecho, sobre la base de esa doctrina no puede acordarse la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo impugnado.

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” de su recurso, señala como consecuencia de la denegación de la misma el grave daño producido a sus intereses, que sería irreparable si posteriormente se estimara el recurso al haberse producido anteriormente la imposición de las obligaciones sobre las que se solicita la suspensión, y añade que *“estos importantes perjuicios, de carácter irreparable, solo podrían evitarse concediendo la medida cautelar solicitada de forma provisional hasta la resolución de este recurso.”*

En el Motivo Undécimo de su escrito de recurso, que versa sobre la fundamentación de la pretensión de suspensión, la recurrente aporta como ejemplo y prueba de los perjuicios que la denegación de la suspensión de la Resolución impugnada le causaría lo siguiente:

“En Las Palmas de Gran Canaria se ha realizado una solicitud de compartición en una sección de canalización en la que, por su tamaño (2 conductos), la Resolución ahora recurrida obliga a Telefónica de España a dejar libre solamente 1/3 de conducto como reserva operacional y para la prestación del servicio universal. Pues bien, en el supuesto que se produzca un corte en el conducto principal por cualquier incidencia, Telefónica de España no tendría espacio suficiente con dicho 1/3 de conducto, para restablecer todos los pares, por lo que se dejaría sin servicio telefónico a una gran cantidad de usuarios en la mencionada ciudad”.

En este sentido cabe señalar en primer lugar que la doctrina jurisprudencial existente al respecto¹³ 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, no basta que la petición de suspensión vaya acompañada de una expresa manifestación de los perjuicios irreparables que pudieran irrogarse al recurrente en caso de no acordarse, siendo necesario 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, en caso de no accederse a ella. Por otra parte, resulta

¹³ Ver lo manifestado por la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1997 (RJ 1997/5049) y de 26 de marzo de 1998 (RJ 1998/3816), entre otros.



absolutamente necesario que tales circunstancias sean patentes en el momento de la solicitud de suspensión.

En el presente caso, lo que la recurrente señala como “buena prueba” del perjuicio que la ejecución de la Resolución impugnada le causaría, en concreto la ejecución de las normas de ocupación de las infraestructuras (sección 3.1.3.2 sobre reserva de espacio), no es sino un supuesto ejemplo real y actual de dicho perjuicio, pero TESAU no aporta prueba o evidencia concreta alguna sobre la existencia de esos perjuicios ni se acredita su posible cualificación, su cuantificación o que sean de difícil o imposible reparación.

Por otro lado, es preciso señalar que en el ejemplo citado por la recurrente, para que efectivamente tuviera lugar dicho perjuicio (dejar sin servicio telefónico a una gran cantidad de usuarios de la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria) sería necesario, no solo que se mantuviera la ejecutividad del acto recurrido denegando la solicitud de suspensión, sino además que se produjera un incidente hipotético e imprevisible como es el corte en el conducto principal.

En este sentido, ya se argumentó en la Resolución de revisión de la oferta que la reserva de espacio prevista por TESAU (dos conductos completos) era en muchos casos desproporcionada, e implicaría en la práctica la denegación sistemática de cualquier solicitud de ocupación. En este sentido, las referencias internacionales consultadas (ofertas de referencia de otros operadores europeos declarados con PSM) confirmaron la apreciación de los Servicios.

No obstante cabe remarcar que el caso concreto expuesto por TESAU, y por el que trata de justificar el supuesto perjuicio que le ocasionaría una incidencia en las canalizaciones, no difiere sustancialmente de una de las situaciones que la propia TESAU preveía en su oferta de referencia: en una sección de canalización con diversos subconductos vacíos, deben reservarse únicamente dos subconductos (y ningún conducto), para reserva operacional común (resolución de averías) y ampliación del servicio universal respectivamente. TESAU preveía, por tanto, 1/3 de conducto para resolución de averías y 1/3 para ampliaciones del servicio universal.

Dado que, como ya se argumentó, no se prevé un crecimiento de los pares de cobre necesarios para la prestación del servicio universal, especialmente teniendo en cuenta que su prestación puede darse ya mediante fibra óptica, no parece justificable que se destinen a tal fin reservas de espacio adicionales.

Por tanto, la reserva para resolución de incidencias indicada por esta Comisión para secciones de canalización con dos conductos, esto es, 1/3 de un conducto, que ahora TESAU juzga insuficiente, coincide exactamente con la que el propio operador preveía en su oferta inicial, y que además puede juzgarse adecuada desde un punto de vista técnico puesto que permite la instalación de varios cientos de cables de pares, cantidad que resulta suficiente para solventar cualquier incidencia de tipo medio-alto.

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 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, por un lado por tratarse de un acto administrativo que afecta a



una pluralidad indeterminada de personas y, por otro, por ser el objeto del mismo el análisis y adecuación de la oferta MARCo de TESAU a las obligaciones impuestas en otra Resolución anterior (MTZ 2008/626) que ha sido confirmada por esta Comisión mediante el expediente de revisión AJ 2009/296 y por tanto es plenamente ejecutiva.

En virtud de todo lo anterior, la Resolución del Consejo de esta Comisión, de fecha 19 de noviembre de 2009, sobre el análisis de la oferta de acceso a conductos y registros de TESAU y su adecuación a los requisitos establecidos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, objeto del presente recurso, debe de mantener su eficacia plena desde el día siguiente al de su publicación en el BOE hasta que se resuelva el presente recurso de reposición.

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 19 de noviembre de 2009 sobre el análisis de la oferta de acceso a conductos y registros de Telefónica de España, S.A.U. y su adecuación a los requisitos establecidos por la Comisión 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 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.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 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 que los interesados puedan ejercitar cualquier otro recurso que estimen procedente en defensa de sus derechos en virtud de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.