



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

CERTIFICA

Que en la Sesión número 01/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 12 de enero de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

Resolución por la que se resuelve la petición de suspensión solicitada por la entidad Telefónica de España, S.A.U. en el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de fecha 10 de noviembre de 2011, sobre la propuesta de la Oferta de Referencia del servicio NEBA remitida por Telefónica de España, S.A.U. (AJ 2011/2739).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de fecha 10 de noviembre de 2011 recaída en el expediente DT 2011/738.

En el ejercicio de su función de definición y análisis de los mercados, con fecha 22 de enero de 2009 esta Comisión adoptó la Resolución de análisis de los mercados 4 y 5 (mercado de acceso físico al por mayor a infraestructura de red en una ubicación fija y mercado de acceso de banda ancha al por mayor).

Dicha Resolución determinó que Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) tenía individualmente poder significativo en el mercado 5. En consecuencia, esta Comisión impuso a Telefónica obligaciones de dar acceso, de aplicar unos precios orientados a costes, de ser transparente y no discriminar y de llevar cuentas separadas. En particular, se impuso a Telefónica el deber de ofrecer un nuevo servicio mayorista de banda ancha.

En atención a lo anterior, con fecha 11 de noviembre de 2010 esta Comisión aprobó la Resolución en la que se especificaron las características del nuevo servicio de acceso indirecto de banda ancha (NEBA) (DT 2009/497).

En la citada Resolución, se indica que este nuevo servicio NEBA debe estar disponible el día 1 de enero de 2012, y se impone asimismo a Telefónica la obligación de remitir la propuesta de oferta de referencia basada en la especificación del servicio aprobada en la Resolución citada.

Tras remitir Telefónica su propuesta, con fecha 23 de marzo de 2011, esta Comisión inició un procedimiento administrativo de revisión de la oferta de referencia del servicio NEBA, con el objeto de examinar el contenido global de la misma, salvo los aspectos de precios, que se abordarán en un expediente separado.



El citado procedimiento (DT 2011/738), finalizó con la Resolución de fecha 10 de noviembre de 2011 ahora impugnada, en la que esta Comisión resolvió aprobar la Oferta de Referencia contenida en el anexo a la Resolución, indicando además, entre otros, que debía implementar la misma conforme al calendario previamente fijado en la Resolución de fecha 11 de noviembre de 2010, como fecha límite para que el servicio esté disponible.

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por Telefónica contra la Resolución DT 2011/738 y solicitud de suspensión.

Con fecha 12 de diciembre de 2011, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de Telefónica por el que interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución de referencia.

En su escrito de recurso, la recurrente solicita la suspensión de la ejecutividad de la Resolución recurrida por considerar que la misma adolece de determinados vicios de nulidad y la ejecución de la misma le causaría perjuicios de imposible o difícil reparación. En concreto solicita la suspensión de las siguientes obligaciones:

- Fecha de disponibilidad del servicio NEBA a 1 de enero de 2012.
- Obligación de cumplir con los SLAs (acuerdos de nivel de servicio) en pares no validados.
- Información de saturación por cuestiones técnicas en el fichero de centrales y nodos.
- Los indicadores establecidos en el Anexo II de la Resolución.
- La supervisión por parte de la Comisión mediante web services de los módulos de información, averías y solicitudes de NEON.
- La obligación de proporcionar la provisión de FTTH en un plazo de 10 días.

1) Causas alegadas para solicitar la suspensión.

- a) Sobre la fecha de disponibilidad del servicio NEBA.

En lo que se refiere a la fecha de disponibilidad del servicio NEBA, Telefónica solicita un aplazamiento de la fecha y propone que la disponibilidad del servicio se retrase hasta el 1 de julio de 2012 con la consiguiente modificación del resto de fechas necesarias para el correcto funcionamiento del servicio. De lo contrario, señala, se estará incurriendo en una causa de anulabilidad prevista en el artículo 63 de la LRJPAC, al infringir el principio de objetividad previsto en el artículo 11.5 de la LGTel.

- b) Sobre la obligación de cumplir con los SLAs en pares no validados.

Según Telefónica, la medida es desproporcionada y de imposible cumplimiento, por lo que resulta nula de pleno derecho de conformidad con el artículo 62.1.c) de la LRJPAC. Telefónica señala que es técnicamente imposible implantar la medida sin incurrir en importantes perjuicios, y añade que *“carece de sentido obligar a Telefónica a mantener las QoS en condiciones que son de imposible cumplimiento”*.

- c) Sobre la imposición de obligaciones no previstas en el informe de audiencia.

Según Telefónica, varias obligaciones han sido impuestas sin haber estado previstas previamente en el informe de audiencia, por lo que incurre en causa de nulidad de pleno derecho, por haber sido dictada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. En concreto se refiere a las siguientes obligaciones:



- Obligación de cumplir con los SLAs en pares no validados.
- Información de saturación por cuestiones técnicas en el fichero de centrales y nodos.
- Los indicadores establecidos.
- La supervisión por parte de la Comisión mediante web services de los módulos de información, averías y solicitudes de NEON.

En lo que se refiere al acceso de la Comisión a los módulos de información, en la medida que supone una obligación que afecta al resto de servicios mayoristas, señala que es una causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1.e) de la LRJPAC, al haberse impuesto prescindiendo del procedimiento legalmente establecido.

- d) Sobre la imposibilidad de proporcionar la provisión de falta de FTTH en un plazo de 10 días.

Esta obligación, según la entidad recurrente, *“resulta en términos generales”* de imposible cumplimiento, concurriendo, por tanto, una causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1.c) de la LRJPAC. Telefónica indica que *“si bien el valor medio del tiempo de provisión sobre FTTH alcanzado podría llegar a ser de 10 días, ello no significa que pueda situarse en esta cifra el umbral de penalizaciones”*.

2) Perjuicios de imposible o difícil reparación

Para la entidad recurrente, con la suspensión de la ejecutividad de la resolución no se derivarían perjuicios ni para el interés público ni para terceros.

En cuanto a los perjuicios que le pudiera ocasionar la ejecución a la propia entidad, Telefónica se limita a señalar que *“siendo absolutamente mínima y reducida la exigencia o necesidad de ejecutar inmediatamente el acto desde el punto de vista de garantizar el interés público o de terceros, deviene de aplicación el reiterado criterio jurisprudencial de que en esos casos es suficiente un perjuicio de escasa entidad para el administrado o interesado para acordar la suspensión”*.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Admisión a trámite.

En el recurso de reposición presentado por Telefónica se solicita por medio de Otrosí la suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida de 10 de noviembre de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJPAC.

Habida cuenta de que el recurso de reposición presentado por Telefónica, en el que se solicita la suspensión del acto administrativo impugnado, se interpone contra un acto dictado por un órgano 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, procede admitir a trámite la referida petición de suspensión para su resolución final.



SEGUNDO.- 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 quien compete resolver el recurso de reposición. Por otro lado, la competencia para resolver el citado recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

En consecuencia, el Consejo de esta Comisión resulta competente para resolver la solicitud de suspensión de Telefónica al tener atribuida la competencia de resolución del recurso de reposición.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la ejecutividad de la Resolución de fecha 10 de noviembre de 2011.

Para Telefónica, la interposición de recurso con solicitud de suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida debe suponer automáticamente la suspensión solicitada. Afirma que *“debe entenderse suspendido dicho acto, en tanto no se pronuncie la CMT, dado que en otro caso sería improcedente que la administración realizase actos de ejecución respecto una Resolución cuya suspensión ha sido instada por un interesado en el procedimiento administrativo”*.

La anterior afirmación de Telefónica no puede ser acogida favorablemente por esta Comisión, pues supondría contravenir el principio de ejecutividad inmediata de los actos administrativos previsto tanto en el artículo 56 de la LRJPC como en el propio artículo 111 del mismo cuerpo legal.

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 citado exceptúa la ejecutividad inmediata del acto cuando así lo exija el contenido del mismo o la misma esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior.

En el mismo sentido, el artículo 111 de la LRJPC, señala que la interposición de cualquier recurso no suspende per se la ejecutividad del mismo, salvo que el órgano decisor, previa petición de suspensión o de oficio decida suspender la ejecutividad del acto, bajo las circunstancias y los requisitos previstos en artículo 111 de la LRJPA.

En conclusión, la resolución DT 2011/738 es plenamente ejecutiva desde su notificación a los interesados.

SEGUNDO.- Requisitos para la suspensión de la ejecución de las Resoluciones administrativas.

El artículo 111.1 LRJPAC dispone que la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, excepto en aquellos casos en los que una disposición establezca lo contrario.

No obstante, el apartado 2 del citado artículo 111 LRJPAC prevé que el órgano al que compete resolver el recurso, previa ponderación suficientemente razonada 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, podrá suspender, de oficio o a solicitud



del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurran alguna de las siguientes circunstancias tasadas:

- 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 LRJPAC.

En aplicación de lo anterior, para determinar si procede o no acceder a la suspensión solicitada por la entidad recurrente, se debe analizar, en primer lugar, si concurren las anteriores circunstancias, y, en caso de que así ocurra, deberá analizarse, en segundo lugar, si debe prevalecer el interés público, el de terceros o el de los interesados 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.

TERCERO.- Sobre la posible causación de perjuicios de imposible o difícil reparación como consecuencia de la ejecución de la Resolución de 10 de noviembre de 2011 y su acreditación.

La primera de las circunstancias que puede concurrir para la suspensión de la ejecución de los actos administrativos es la producción a la entidad recurrente de perjuicios de imposible o difícil reparación que pudieran producirse tras la estimación del recurso. De esta manera se pretende garantizar la integridad del objeto litigioso, pues de no ser así, se desvirtuaría el propio derecho al recurso. En principio, no basta la mera alegación de hipotéticos perjuicios para proceder a la suspensión de la ejecutividad de los actos, sino que, por el contrario, el solicitante debe justificar su existencia.

En efecto, el concepto de daño de difícil o imposible reparación ha sido analizado en distintas Sentencias del Tribunal Supremo con relación a la suspensión de ejecutividad de actos y resoluciones administrativos. Entre otras, cabe señalar las SSTs de 30 de enero de 2008 (RJ 2008\931) y de 20 de diciembre de 2007 (RJ 2008\515). En el Fundamento Quinto de la STS de 20 de diciembre de 2007 se recuerda el deber que incumbe al solicitante de la suspensión de acreditar debidamente la concurrencia del perjuicio de "difícil o imposible reparación"¹. Y no solamente en Sentencias sino también en Autos del mismo Tribunal Supremo se ha llegado a la misma conclusión. A este respecto cabe señalar lo manifestado por la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus Autos de 3 de junio de 1997 (RJ 1997\5049)² y de 26 de marzo de 1998 (RJ 1998\3216). En este último Auto el Tribunal es especialmente claro al declarar 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 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."

1 "el interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que sea suficiente una mera invocación genérica (...)"

2 "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".



Más recientemente, en el Fundamento Cuarto del Auto de 8 de julio de 2010 de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional recaído en la pieza separada de suspensión 118/2010 solicitada por la misma entidad recurrente respecto a otra resolución de esta Comisión, el Tribunal recuerda que:

“el interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.”

En el caso que nos ocupa la entidad recurrente no ha acreditado suficientemente en su recurso la posible causación de perjuicios de imposible o de difícil reparación como consecuencia de la inmediata aplicación de la resolución recurrida, por lo que no procede la suspensión por este motivo.

CUARTO.- Sobre la apreciación de las causas de nulidad de pleno derecho invocadas por Telefónica para solicitar la medida cautelar de suspensión.

La apariencia de buen derecho que debe regir en la adopción de la medida cautelar implica que las causas de nulidad alegadas por las entidades recurrentes deben ser notorias, patentes y apreciadas por el órgano competente sin necesidad de un análisis 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), entre otras, 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.”

Ello supone la imposibilidad de resolver cuestiones reservadas a la resolución que ponga fin al procedimiento principal, en este caso al recurso, ya que *“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”* (STS de 11 de noviembre de 2003: RJ 2004/402).

Tampoco esta Comisión puede, en sede de resolución de solicitud de suspensión, entrar a analizar las posibles causas de anulabilidad en las que hubiese podido incurrir la Resolución recurrida, pues como hemos señalado la suspensión únicamente puede prosperar sobre la existencia de motivos de nulidad de pleno derecho. Será, por tanto, en sede de resolución del recurso de reposición donde esta Comisión analizará todas las alegaciones contenidas en el recurso presentado, y analizará con detalle sobre la existencia o no de motivos que hicieran necesaria la revisión de la Resolución de fecha 10 de noviembre de 2011.

a) Sobre la fecha de disponibilidad del servicio NEBA.

Telefónica solicita un aplazamiento de las fechas previstas para la implantación del servicio NEBA y propone que la disponibilidad del mismo sea retrasada hasta el día 1 de julio de 2012 (actualmente está prevista para el día 1 de enero de 2012), con la consiguiente modificación del resto de fechas que dependen del mismo. De lo contrario, señala, se estará incurriendo en una



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

causa de anulabilidad prevista en el artículo 63 de la LRJPAC, al infringir el principio de objetividad previsto en el artículo 11.5 de la LGTel.

Desde el punto de vista formal, basta observar, en primer lugar, que si bien Telefónica solicita la suspensión de la fecha de disponibilidad del NEBA, prevista para el 1 de enero de 2012, no sustenta la petición en una causa de nulidad de pleno derecho ni acredita suficientemente los perjuicios que le produciría mantener la fecha prevista inicialmente. La ausencia de estos dos requisitos necesarios ya eliminaría cualquier posibilidad de que pudiera ser estimada la solicitud de suspensión de la ejecutividad de la Resolución impugnada.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Comisión debe declarar inamisible esta petición por cuanto que Telefónica viene a solicitar la suspensión de la ejecutividad de una obligación que no fue objeto de la Resolución recurrida.

La Resolución de fecha 10 de noviembre 2011 tiene por objeto, según señala la misma, aprobar la oferta de referencia del nuevo servicio mayorista de banda ancha denominado NEBA. En este tipo de procedimientos, esta Comisión analiza la implementación por parte de Telefónica en el documento contractual denominado Oferta de Referencia, de una serie de obligaciones impuestas previamente a la entidad en virtud de las resoluciones de análisis de mercado y, en su caso, las posteriores resoluciones que desarrollan esas obligaciones.

En el caso concreto, con fecha 22 de enero de 2009 esta Comisión adoptó la Resolución de análisis de los mercados 4 y 5 (mercado de acceso físico al por mayor a infraestructura de red en una ubicación fija y mercado de acceso de banda ancha al por mayor).

Dicha Resolución determinó que Telefónica tiene individualmente poder significativo en el mercado 5. En consecuencia, se impusieron a Telefónica obligaciones de dar acceso, de aplicar unos precios orientados a costes, de ser transparente y no discriminar y de tener cuentas separadas.

En particular, se dispuso que Telefónica debe ofrecer un nuevo servicio mayorista de banda ancha que cumpla los siguientes requisitos:

- Opciones suficientes, tanto en términos de parámetros de calidad como de estructura de precios que permitan la configuración flexible de productos minoristas así como su independencia de las ofertas minoristas de Telefónica.
- Oferta de conexiones sin vinculación al servicio telefónico de Telefónica.
- Interfaces de conexión que incluyan el tráfico de la red de agregación Ethernet.
- Número de puntos de entrega sensiblemente inferior a los actuales del servicio GigADSL. La estructura de las demarcaciones se hará considerando el total del territorio y la población nacional.
- Puntos de entrega coincidentes con puntos del actual servicio GigADSL.

En aplicación de lo anterior, con fecha 11 de noviembre de 2010, esta Comisión aprobó la resolución que puso fin al procedimiento DT 2009/497, cuyo objeto era *“el análisis de adecuación a los requisitos regulatorios, en particular, a las obligaciones impuestas por la Resolución por la que se analizan los denominados mercados 4 y 5, y se imponen a Telefónica una serie de obligaciones, así como a la obligación derivada del denominado mercado 2 de dar acceso con determinadas garantías para la provisión de telefonía IP”*.

En el Resuelve de la citada Resolución, se impuso a Telefónica la obligación de ofrecer con fecha 1 de enero de 2012, el servicio NEBA en modo disponibilidad precomercial, debiendo garantizar Telefónica una cobertura mínima del servicio NEBA en accesos de cobre del 97% de los pares en



zona OBA (centrales con pares prolongados) y del 50% en zona no-OBA (centrales sin pares prolongados).

Asimismo, en el Resuelve Cuarto, se señaló que Telefónica debía remitir a esta Comisión antes del 1 de marzo de 2011 la propuesta de oferta de referencia basada en la especificación del servicio, sin que se especificara dentro de la información que debía contener la misma, la fecha de disponibilidad del servicio.

No ha sido, por tanto, objeto de la Resolución que ahora recurre Telefónica fijar el plazo de disponibilidad del servicio NEBA, ni siquiera implementarlo en la Oferta de Referencia, ya que éste vino establecido, y resulta de obligado cumplimiento, en virtud de la Resolución de fecha 11 de noviembre de 2010.

Advertimos, no obstante, que a resultas de la solicitud contenida en el recurso del que trae causa esta Resolución, actualmente esta Comisión está tramitando un procedimiento de revisión del calendario de implantación del servicio NEBA, cuyo número de referencia es el DT 2011/2744. Deberá ser en este procedimiento, donde Telefónica pueda presentar su propuesta de modificación de los plazos inicialmente previstos para la disponibilidad del servicio NEBA y, en su caso, solicitar la suspensión de la ejecutividad del plazo del inicio del servicio NEBA fijado en la Resolución de 11 de noviembre de 2010.

Se inadmite, por tanto, la petición de Telefónica de suspensión del plazo de disponibilidad del servicio NEBA.

b) Sobre la imposibilidad de cumplimiento de determinadas obligaciones.

Según Telefónica, las obligaciones de cumplir con los SLAs en pares no validados y de proveer el alta FTTH en un plazo de 10 días, son de imposible cumplimiento, lo que supone la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho de las previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC.

En lo que se refiere a la obligación de cumplir con SLAs en pares no validados, Telefónica señala que es técnicamente imposible implantar la medida sin incurrir en importantes perjuicios, y añade que *“carece de sentido obligar a Telefónica a mantener las QoS en condiciones que son de imposible cumplimiento”*.

Asimismo, considera de imposible cumplimiento la obligación de provisión de FTTH en el plazo de 10 días. En este sentido, Telefónica afirma que *“si bien el valor medio del tiempo de provisión de FTTH alcanzado por Telefónica podría llegar a ser de 10 días, ello no significa que pueda situarse en esta cifra el umbral de penalizaciones a la hora de establecer ningún ANS”*.

El artículo 62.1.c) invocado sanciona con la nulidad de pleno derecho a aquellos actos que tengan un contenido imposible. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2000 (RJ 2000, 4363), hace una interpretación del citado artículo en el siguiente sentido:

“La imposibilidad a que se refiere la norma de la Ley de procedimiento debe ser, por ello, de carácter material o físico, ya que una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente a ilegalidad del acto, que suele comportar anulabilidad (arts. 48.1 LPA [RCL 1958, 1258, 1469, 1504 y RCL 1959, 585 y NDL 24708] y 83.2 de la LJCA [RCL 1956, 1890 y NDL 18435]); la imposibilidad debe ser, asimismo, originaria ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría simple ineficacia del acto. Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. La jurisprudencia ha equiparado en algunos casos la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de éste”

Sobre la base de la interpretación anterior y sin perjuicio de que en la resolución del recurso se analicen con más detalle las diferentes alegaciones realizadas, no parece, ni siquiera en palabras de la propia recurrente, que haya una imposibilidad total y originaria de dar cumplimiento a las obligaciones de proveer FTTH en un plazo de 10 días y cumplir con SLAs en pares no validados, y mucho menos que esta imposibilidad sea patente y notoria.

No basta en este caso, para acceder a la cautelar solicitada, con alegar una hipotética imposibilidad de cumplimiento sino que es necesario que Telefónica acredite, al menos de forma indiciaria, que dicha imposibilidad de cumplir lo es en su totalidad y no sobrevenida. De las alegaciones de Telefónica no aparece de forma evidente la imposibilidad de cumplimiento, por cuanto en el caso de los SLAs en pares no validados se limita a señalar que su cumplimiento le supondrá importantes perjuicios, no acreditados, y en el caso del plazo de provisión de FTTH afirma la posibilidad de cumplir en plazo como valor medio.

Se desestima la petición de suspensión de Telefónica, sin perjuicio de un análisis sobre el fondo del asunto en la Resolución del recurso de reposición.

c) Sobre la imposición de obligaciones no previstas en el informe de audiencia.

Según Telefónica, varias obligaciones han sido impuestas sin haber estado previstas previamente en el informe de audiencia, por lo que incurre en causa de nulidad de pleno derecho. En concreto se refiere a las siguientes obligaciones:

- Obligación de cumplir con los SLAs no validados.
- Información de saturación por cuestiones técnicas en el fichero de centrales y nodos.
- Los indicadores establecidos.
- La supervisión por parte de la Comisión mediante web services de los módulos de información, averías y solicitudes de NEON.

En lo que se refiere a la supervisión por parte de los módulos de información, averías y solicitudes, Telefónica señala que es una obligación que se extralimita del objeto del procedimiento, por cuanto el resuelve noveno hace extensible esta obligación al resto de ofertas mayoristas, sin haber tramitado un procedimiento para su modificación. Ello, a juicio de la entidad recurrente, supone una causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1.e) al haber sido dictada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

En contestación a la alegada discrepancia entre el contenido del informe de los servicios en el trámite de audiencia y la resolución definitiva, cabe señalar que la misma no resulta evidente, y ello hace necesario analizar, no solo la resolución recurrida, sino todo el procedimiento que finalizó con ésta, para comprobar la existencia del vicio alegado. En cualquier caso, desde el punto de vista formal, la causa de nulidad decae si tenemos en cuenta que, tal como señala la Audiencia Nacional en su Sentencia de 30 de julio de 2005 (RJCA 2006/26), el informe de los servicios evacuado en el trámite de audiencia no vincula al órgano decisor, siendo posible el cambio de criterio en la Resolución definitiva.

Por otro lado, la obligación que, según Telefónica, incurre en causa de nulidad de pleno derecho por haberse adoptado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, se refiere a la disposición por parte de Telefónica de los mecanismos oportunos para facilitar el acceso por esta Comisión a los módulos de la plataforma NEON, tanto de NEBA, como, por extensión, del resto de



servicios mayoristas, de forma que disponga de visibilidad de todas las averías e incidencias tramitadas por la plataforma.

La jurisprudencia³ ha señalado que para que pueda apreciarse la existencia de un acto dictado habiendo prescindido del procedimiento legalmente establecido, 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.

La existencia del correcto procedimiento administrativo para la adopción de la medida impuesta, qué duda cabe, no puede ser observado sin un análisis minucioso de legalidad.

En este caso concreto de la imposición de una obligación a un operador con poder significativo de mercado, para observar la idoneidad de la medida y del correcto procedimiento de imposición de la misma, es necesario analizar diversa normativa procedimental y regulatoria. No debemos olvidar, que en el caso de la imposición de obligaciones a los operadores, entran en juego normas procedimentales generales y especiales, así como normas de regulación sectorial. Ello sin olvidar, la profusa jurisprudencia interpretativa de las citadas normas. Así por ejemplo, podría darse la omisión de un trámite tan esencial como el de audiencia de los interesados, a priori invalidante de la resolución, y en cambio un análisis de la jurisprudencia nos podría ofrecer un resultado contrario.

En atención a lo anterior, no siendo la cusa de nulidad notoria, patente y apreciada sin necesidad de un análisis del fondo del asunto, esta Comisión no puede acoger favorablemente la petición de suspensión de la ejecutividad de la obligación, de lo contrario se estaría prejuzgando una cuestión reservada a la resolución del procedimiento de recurso.

QUINTO.- Ponderación de intereses.

Habiendo analizado los requisitos del artículo 111.2 LRJPAC, se ha observado que en este caso no concurre ninguno de ellos, por lo que, en principio, esta Comisión no estaría obligada a efectuar la ponderación de intereses prevista en el citado precepto. Sin embargo, de realizarse dicha ponderación, y tal y como se razonará seguidamente, el interés público y el interés de los operadores alternativos en el mantenimiento de la ejecutividad de la resolución recurrida prevalecerían sobre el interés del operador dominante a la suspensión de la misma, al no haberse acreditado por parte de dicho operador dominante la posible causación de perjuicio alguno. En efecto, los tribunales, como en la STS de 6 de marzo de 2006 (RJ 2006\1081) exigen de los recurrentes una “mínima actividad probatoria” relativa al daño que les causaría la ejecutividad del acto o resolución administrativos recurridos. En el Fundamento Segundo de esta sentencia se dice que:

“La necesidad de ponderación de los intereses en juego requiere que la petición de suspensión haya ido acompañada de una mínima actividad probatoria sobre el perjuicio derivado de la ejecución (...).”

En este caso no se han presentado indicios de que los perjuicios sean de “imposible o difícil reparación”, tal y como se ha expuesto en los Fundamentos de derecho de la presente resolución.

³ 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).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otro lado, concurre un interés público general en el cumplimiento de las funciones ordenadoras del mercado encomendadas a esta Comisión, como se recuerda en la STS de 15 de febrero de 2010 (RC 2880/2007, JUR\2010\66659):

“el interés público más relevante es la protección de las funciones ordenadoras del mercado de las telecomunicaciones atribuidas al órgano regulador, que requieren una pronta atención y respeto por parte de los operadores a las resoluciones del citado órgano, especialmente teniendo en cuenta la acusada movilidad y rápida evolución del sector de las telecomunicaciones. Además, en la ponderación de intereses a la que se refiere el propio artículo 130 de la Ley jurisdiccional, habría de sumarse a este interés público, decisivo en asuntos como el presente, el interés particular de otras entidades particulares, contrapuesto al de la recurrente –operadora dominante en el mercado-, en que se cumplan las resoluciones dictadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (...).

Asimismo, existe en este caso un interés público especial en la aprobación de la Oferta de Referencia para el Servicio Mayorista NEBA. Y ello porque, como se recuerda en el Fundamento Cuarto (página 7) de la Resolución de esta Comisión de 9 de junio de 2005⁴ hay una relación directa entre la prestación efectiva de los servicios de una oferta de referencia por el operador dominante y el fomento de la competencia en el sector. Basta con recordar, que la Oferta de Referencia del servicio NEBA es consecuencia de la obligación impuesta a TESAU como operador con poder significativo en el 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 (en adelante, PSM) y la imposición de obligaciones específicas.

Y como ha reiterado esta Comisión en repetidas ocasiones, no basta con la publicación de la oferta de referencia para que se entienda cumplida las obligaciones de transparencia y no discriminación por el operador dominante, sino que es necesario tener en funcionamiento las herramientas precisas para poder poner en práctica el contenido de dicha oferta de referencia.

No hay duda, por tanto, de la existencia de un interés general en la imposición y cumplimiento de las obligaciones que motiva la denegación de la solicitud de suspensión en el recurso de reposición.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones,

RESUELVE

ÚNICO.- Denegar la suspensión solicitada por Telefónica de España S.A.U. en el recurso de reposición de fecha 12 de diciembre de 2011, contra la resolución de fecha 10 de noviembre de 2011, sobre la propuesta de la Oferta de Referencia del servicio NEBA remitida por Telefónica de España, S.A.U. (DT 2011/738).

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

⁴ DT 2005/346



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros