



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

### CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 17/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 8 de mayo de 2008, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN RELATIVA AL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA EL ESCRITO DEL SECRETARIO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES POR EL QUE SE LE DENIEGA EL ACCESO AL INFORME EMITIDO POR LA DIRECCION TECNICA DE ESTA COMISION DE FECHA 17 DE OCTUBRE DE 2007 (AJ 2008/325).**

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 21 de enero de 2008 por la que se le deniega el acceso al informe emitido por la Dirección Técnica de esta Comisión de fecha 17 de octubre de 2007 (RO 2007/17), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 17/08 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

### HECHOS

**PRIMERO.-** Con fecha 20 de diciembre de 2007, el Consejo de esta Comisión aprobó una Resolución por la que ponía fin al período de información previa en relación con una denuncia presentada por Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, S.C.A (en adelante, DTI2) en relación con el presunto incumplimiento por parte de Telefónica de España, S.A.U. de sus obligaciones de no discriminación en los plazos de provisión de prolongación del par, acordando iniciar el correspondiente procedimiento sancionador.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**SEGUNDO.-** Con fecha 16 de enero de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) en el que alegaba que con fecha 10 de enero de 2008 procedió a tomar vista del expediente relativo a la Resolución a la que se refiere el antecedente anterior, sin que se le permitiera el acceso a un informe emitido por la Dirección Técnica de esta Comisión, en relación con la metodología de medición y comparación propuesto por DTI2, respecto a los plazos de instalación, prolongación del par desagregado y compartido por parte de TESAU, volviendo a solicitar el acceso al mismo alegando que en caso que no se le permitiera aquél, se le generaría indefensión por constituir el citado informe una prueba de cargo.

**TERCERO.-** Con fecha 21 de enero de 2008 el Secretario de esta Comisión dictó una Resolución por la que, en relación con la solicitud de acceso a la que se refiere el antecedente anterior, estimaba procedente denegar el acceso al informe de la Dirección Técnica al que asimismo se refiere el antecedente anterior, por tratarse de un informe técnico e interno del expediente de referencia.

**CUARTO.-** Con fecha 5 de marzo de 2008 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de TESAU por el que interpone recurso de reposición contra la denegación de acceso referenciada en el antecedente de hecho anterior.

Como fundamento del recurso interpuesto señala que la negativa de acceso de continua referencia constituye una vulneración del derecho que el artículo 35 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) concede a los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas, y que dicha negativa provoca asimismo un perjuicio irreparable a sus intereses legítimos por generarle indefensión, al no permitirle alegar, manifestarse o desvirtuar un documento que ha sido tenido en cuenta con carácter principal por los Servicios de la Comisión para incoar un expediente sancionador contra la misma.

Por lo anterior considera que el acto recurrido se halla incurso en el vicio de nulidad de pleno Derecho previsto en el artículo 62.1 a) de la LRJPAC por vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 24 de la CE, generándole asimismo graves perjuicios por no poder ejercer sus derechos en el marco del trámite de audiencia.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### I.- Fundamentos jurídicos procedimentales.

##### Primero.- Calificación del acto.

El artículo 107 de la LRJPAC establece que podrá interponerse recurso de alzada o de reposición por los interesados contra los actos de trámite que, entre otros, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, y que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley. En el presente caso, si bien no se ha imposibilitado la continuación del procedimiento administrativo relativo al expediente RO 2007/17, se le ha impedido continuar el procedimiento respecto a una petición concreta, por lo que, de acuerdo con la jurisprudencia emitida por el Tribunal Supremo<sup>1</sup>, procede admitir el recurso interpuesto contra la denegación del acceso al informe de continua referencia.

La recurrente califica expresamente su escrito con fecha de entrada en esta Comisión de 5 de marzo de 2008, como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, calificar al escrito presentado como un recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha 21 de enero de 2008.

##### Segundo.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC.

Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede su admisión a trámite.

##### Tercero.- Competencia y plazo para resolver.

Mediante Acuerdo del Consejo de esta Comisión de fecha 22 de junio de 2006, se delegó en el Secretario de esta Comisión la adopción de los actos de instrucción o de trámite, cualificados o no, que deban adoptarse en el curso de los expedientes administrativos tramitados en la Comisión<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2561).

<sup>2</sup> BOE de 18 de julio de 2006.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según establece el artículo 116 de la LRJPAC, los actos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado.

En este sentido, el artículo 13.4 de la LRJPAC dispone que las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esa circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante.

Teniendo en cuenta que la Resolución de fecha 21 de enero de 2008 recurrida por TESAU fue dictada por el Secretario de esta Comisión mediante delegación del Consejo, el órgano encargado de resolver el presente recurso de reposición será el Consejo de esta Comisión.

El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, esto es, el 5 de marzo de 2008, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

### **Cuarto.- Legitimación de la entidad recurrente.**

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto es la entidad afectada por la Resolución recurrida.

En atención a lo anterior, se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del presente recurso de reposición.

## **II. Fundamentos jurídico-materiales.**

### **Único.- Sobre el derecho de acceso al informe emitido por la Dirección Técnica de esta Comisión en el marco del expediente administrativo RO 2007/17.**

TESAU recurre la denegación de acceso a un informe emitido por la Dirección Técnica de esta Comisión en el marco de una información previa a la apertura de un procedimiento sancionador incoado contra la recurrente por el presunto incumplimiento de sus obligaciones de no discriminación en los plazos de provisión de prolongación del par. Señala que la denegación de acceso provoca un perjuicio irreparable a sus intereses legítimos generándole indefensión al no permitirle alegar, manifestarse o desvirtuar un documento que ha sido tenido en cuenta para incoar un expediente sancionador contra la misma.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En la alegación realizada por la recurrente procede realizar dos análisis. Por un lado, si la negativa de acceso al informe de continua referencia es conforme a Derecho y por otro, si dicha negativa es susceptible de haberle producido la indefensión invocada.

En primer lugar, en el análisis de la conformidad a Derecho de la negativa de acceso al informe de la Dirección Técnica procede realizar las siguientes consideraciones.

El informe de referencia fue solicitado por la Dirección instructora de la información previa sobre la posible apertura de un procedimiento sancionador por el presunto incumplimiento de TESAU de sus obligaciones de no discriminación en los plazos de provisión de prolongación del par, a la Dirección Técnica de esta Comisión. La emisión del citado informe se produjo con fecha 17 de octubre de 2007.

En atención a lo expuesto, *a priori* cabría confirmar la denegación de su solicitud de acceso al informe emitido por la Dirección Técnica de esta Comisión con fecha 17 de octubre de 2007, por haberse evacuado en el marco de una información previa a un procedimiento administrativo, encontrándose por tanto su solicitud excluida del derecho de acceso previsto en el artículo 35 a) de la LRJPAC<sup>3</sup>.

Sin embargo, el 20 de diciembre de 2007, tal y como se recoge en los antecedentes de hecho de la presente Resolución, se aprobó la Resolución por la que se decide incoar un procedimiento sancionador contra la recurrente por el presunto incumplimiento descrito anteriormente, estableciendo en la parte dispositiva de la Resolución, en concreto en su resuelve Tercero a), que podría comparecer ante esta Comisión, para tomar vista del expediente.

Debido a la circunstancia descrita en el párrafo anterior, procede descartar la conclusión referenciada anteriormente, por cuanto únicamente podría predicarse en el caso que la información previa incoada hubiera concluido con el archivo de las actuaciones realizadas. Sin embargo no fue así, procediéndose a la incoación de un procedimiento sancionador como consecuencia de las actuaciones practicadas, incorporándose por tanto, las actuaciones realizadas en el marco de la información previa al procedimiento administrativo de referencia RO 2007/17, constituyendo todas ellas un único procedimiento administrativo.

---

<sup>3</sup> Esta Comisión se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la naturaleza jurídica de las informaciones previas, procediendo remitirnos a tales efectos a lo establecido en la Resolución de fecha 10 de enero de 2008 en el marco de expediente AJ 2007/990.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sentado lo anterior, procede determinar si el informe de continua referencia forma parte del expediente administrativo RO 2007/17, debiendo en ese caso, concederse el acceso al mismo en virtud del artículo 35 a) de la LRJPAC.

La normativa básica regulatoria de los informes la encontramos en los artículos 82 y 83 de la LRJPAC. En atención a lo establecido en dichos artículos, distinguimos distintos tipos de informe en función de si son: vinculantes o no, preceptivos o facultativos y emitidos a solicitud de una Administración distinta o de otra unidad de la misma Administración.

De la tipología descrita anteriormente, el informe objeto de la presente Resolución tiene: carácter no vinculante (no hay ninguna disposición expresa que establezca el carácter vinculante del mismo), es facultativo (en la normativa de régimen interno de esta Comisión no se ha establecido la imperatividad de solicitar informes a otras Direcciones distintas de la instructora del procedimiento) y ha sido emitido por una unidad distinta de la misma Administración (en concreto por la Dirección Técnica que es distinta de la Dirección instructora del procedimiento, a saber, la Dirección de Regulación de Operadores).

Hasta aquí en lo que respecta a los caracteres del informe objeto de la controversia.

Con carácter general procede recordar que los informes son actuaciones administrativas, manifestaciones de juicio, ya sean técnicas o jurídicas, a ser valoradas como uno más de los presupuestos de la Resolución final del procedimiento.

Sobre el concepto de informe procede traer a colación la definición que del mismo ha dado el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 2 de diciembre de 1994<sup>4</sup> *“Los informes, como es sabido, son pareceres que emiten autoridades, funcionarios u organismos distintos del órgano al que corresponde resolver, y sirven para proporcionar elementos de juicio para la adecuada resolución. Normalmente, los informes son facultativos y no vinculantes, pero cuando se aceptan por el órgano competente que resuelve, sirven de motivación si se incorporan al texto de la misma..”*.

Esto es, se trata de actos de trámite realizados en el marco de la instrucción de un procedimiento, constituyendo una actuación más a incorporar al expediente, pudiendo servir, como un elemento más de juicio, para fundamentar la Resolución que finalmente se adopte.

---

<sup>4</sup> RJ 1994/10024.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En atención a lo anterior, nada puede inducirnos a sostener que el informe emitido en el marco de un procedimiento administrativo, no deba formar parte del expediente en el que se enmarca, afirmación que se encuentra apoyada por la doctrina científica quién ha llegado incluso a identificar al informe como el documento de asesoramiento por excelencia, debiéndose en consecuencia incorporar al expediente administrativo al que se refiere.

Por tanto, no hay nada que diferencie a los informes del resto de elementos de juicio a tener en cuenta en la instrucción de un procedimiento administrativo, recogidos todos ellos en el mismo capítulo de la LRJPAC, a saber, en el Capítulo III del Título VI de la citada Ley, pudiéndose utilizar todos ellos como elementos de instrucción del procedimiento, viniendo a constituir unitariamente un expediente administrativo que habrá de concluir en la Resolución que finalmente se adopte o en su caso, por cualquiera de las otras formas contempladas en los artículos 87 y 88 de la LRJPAC.

Por lo anterior, procede estimar la solicitud de acceso formulada por la recurrente al informe emitido por la Dirección Técnica de esta Comisión con fecha 17 de octubre de 2007.

En segundo y último lugar, procede analizar si la denegación de acceso al informe de referencia ha podido producir indefensión en la recurrente por haberse visto imposibilitada de alegar lo que hubiera estimado conveniente sobre el contenido de aquel.

Si bien a la recurrente no se le ha permitido el acceso al informe de continua referencia, no resultando la denegación de dicho acceso conforme a Derecho por cuanto aquél forma parte de un expediente administrativo y por tanto, en aplicación del artículo 35 a) de la LRJPAC debe otorgársele el acceso al mismo, procede desestimar su alegación relativa a que la denegación de dicho acceso haya podido producirle indefensión.

En este sentido procede recordar que, tal y como se expuso anteriormente, los informes emitidos por los Servicios de esta Comisión en el marco de un procedimiento administrativo a otras Direcciones, no son vinculantes, constituyendo un elemento más de juicio, esto es, un antecedente a tener en cuenta al dictar la Resolución. Por tanto, dichos informes carecerán de eficacia si no llegan a incorporarse a una Resolución.

En el presente supuesto, el contenido del informe fue incorporado a la Resolución por la que se incoa el procedimiento sancionador contra la recurrente, actualizando en aquélla los datos contenidos en el informe al mes de octubre de 2007. Concretamente dicha información se encuentra en las páginas 14 y 15 de la Resolución de fecha 20 de diciembre de 2007 y en sus Anexos. Por tanto, desde que se le notificó la citada Resolución, ha tenido



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conocimiento del contenido del informe de referencia, pudiendo haber alegado u aportado lo que hubiere estimado pertinente como fundamento de sus pretensiones.

Asimismo, en relación con la supuesta indefensión que se le ha sido causada, procede traer a colación lo establecido por el Tribunal Supremo sobre las consecuencias jurídicas que la omisión del trámite de audiencia puede generar, omisión que se podría equiparar analógicamente al hecho de no haber permitido a la recurrente el acceso al informe de continua referencia<sup>5</sup>:

*“La falta de audiencia del interesado no determina la nulidad de pleno derecho del acto administrativo, sino su anulabilidad, según lo previsto en el artículo 48 LPA (o 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), lo que requiere que haya sufrido indefensión, esto es, que aquél acredite que la falta de audiencia le ha impedido ejercitar en el recurso de reposición algún medio de defensa que hubiera podido utilizar antes*<sup>6</sup>. Según la sentencia de esta Sala de 21 de enero de 1985, las consecuencias del incumplimiento del trámite de audiencia del interesado está en función del cometido reservado a la misma que no es otro que el de servir de defensa a los derechos e intereses de los administrados, no pudiendo en principio entenderse que su omisión acarree automáticamente la nulidad de la resolución adoptada si no se ha producido indefensión para los interesados a que la misma afecta, dado que no es un rito formal y solemne de rigurosa observancia, sino un trámite instrumental tendente a posibilitar a los afectados por cualquier expediente administrativo la introducción en el mismo de cuantos elementos estimen pertinente, para su más adecuada resolución y defensa de sus derechos”

Con el mismo propósito procede hacer referencia a la Sentencia de fecha 17 de abril de 2000<sup>7</sup> en la que se señala que la falta del trámite de audiencia del interesado en el expediente administrativo puede constituir una causa de anulabilidad del acto administrativo o una simple irregularidad formal no invalidante, dependiendo uno y otro supuesto, de que realmente se haya producido indefensión al administrado para el ejercicio de sus derechos. Y en otra Sentencia de fecha 16 de noviembre de 1999<sup>8</sup>, el mismo Tribunal resaltó que lo trascendente es que la indefensión que en algún caso pueda generarse constituya una verdadera indefensión material.

Por último procede concluir que, tal y como ha establecido el Alto Tribunal, la citada omisión del trámite de audiencia sería subsanable cuándo el interesado tenga suficientes oportunidades de defenderse tanto en vía administrativa como en judicial<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> RJ 2001/8595.

<sup>6</sup> El subrayado es nuestro.

<sup>7</sup> RJ 2000/3846

<sup>8</sup> RJ 1999/8960

<sup>9</sup> Sentencia de fecha 22 de abril de 2002 (RJ 2002/6837).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En virtud de lo expuesto procede desestimar la alegación de la recurrente relativa a que la denegación de acceso al informe de la Dirección Técnica determina la nulidad de pleno Derecho de la Resolución de 21 de enero del Secretario de esta Comisión por haberle producido indefensión por cuanto, en primer lugar, el contenido del citado informe fue incorporado a la Resolución de esta Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 citada anteriormente y en segundo lugar, la denegación de acceso fue realizada en el marco de un procedimiento sancionador todavía no finalizado, en el que la recurrente podrá realizar, en defensa de sus derechos, las alegaciones que estime pertinentes, sin perjuicio además de que éstas ya hayan sido realizadas en el recurso de reposición que ha dado lugar a la presente Resolución, así como en el recurso contencioso-administrativo que en su caso podría interponer contra la misma.

Por lo anterior, la infracción procedimental en la que ha incurrido esta Comisión al denegarle el acceso al informe de continua referencia, ha quedado subsanada tanto por la posibilidad de aquélla de alegar lo que estime pertinente en el marco del trámite de audiencia del procedimiento sancionador de referencia RO 2007/17, como en el presente recurso de reposición.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE

Estimar, en virtud del artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución del Secretario de esta Comisión de fecha 21 de enero de 2008 por la que se deniega el acceso al informe de la Dirección Técnica de fecha 17 de octubre de 2007, que se anula, declarando la procedencia del acceso a dicho informe.

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, que resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera