



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 07/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 22 de febrero de 2012, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el cual se aprueba la

**Resolución sobre el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de 31 de marzo de 2011 por la que se pone fin al periodo de información previa iniciado para examinar el procedimiento utilizado por Telefónica para recuperar clientes finales con servicios basados en la desagregación del bucle de abonado (AJ 2011/1021).**

## I ANTECEDENTES

### PRIMERO.- Resolución de 31 de marzo de 2011.

Con fecha 31 de marzo de 2011 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó, en el marco de la tramitación del periodo de información previa número DT 2010/2002, la Resolución por la que se puso fin a la tramitación del mismo, iniciado al objeto de examinar el procedimiento utilizado por Telefónica de España, S.A.U. para recuperar clientes finales con servicios basados en la desagregación de bucle.

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

*<< PRIMERO.- Telefónica deberá cesar, con carácter inmediato, en sus prácticas de recuperación de clientes procedentes de operadores de acceso al bucle mediante procesos de uso de par vacante y portabilidad y utilizar los procedimientos OBA para recuperación de bucle debiendo, tal y como lo hacen sus competidores, comunicar y gestionar la correspondiente baja automática del par del operador alternativo a través de los sistemas de provisión OBA.*

*SEGUNDO.- Iniciar procedimiento sancionador contra Telefónica como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el apartado r) del artículo 53 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por presunto incumplimiento de la Oferta de acceso al Bucle de*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*Abonado y de la obligación de no discriminación establecida en la Resolución MTZ 2008/626 de fecha 22 de enero de 2009 por la que se aprobó 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 acordó su notificación a la Comisión Europea.*

*El presente expediente sancionador tiene por finalidad el debido esclarecimiento de los hechos y cualesquiera otros relacionados con ellos que pudieran deducirse, la determinación de responsabilidades que correspondieren y, en su caso, sanciones que legalmente fueran de aplicación, según lo establecido en el artículo 56 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y todo ello, con las garantías previstas en la Ley precitada, en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora y en los plazos a que se refiere el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. (...) >>*

### **SEGUNDO.- Recurso de reposición de TESAU.**

Con fecha 19 de abril de 2011 tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito de la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU), presentado mediante correo administrativo el día 15 de abril de 2011, en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior, solicitando que se estimase el mismo y se procediese a anular la obligación impuesta en el Resuelve Primero, y a archivar el procedimiento sancionador incoado, sobre la base de las siguientes alegaciones:

- Según la recurrente la Resolución recurrida es desproporcionada, ya que la obligación impuesta en su Resuelve Primero ha sido adoptada sin que concurren los requisitos pertinentes de existencia de una especial urgencia y de perjuicios a terceros o al interés general.
- La Resolución impugnada, y en concreto su Resuelve Primero, se ha dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.
- La incoación de un procedimiento sancionador (Resuelves Segundo a Séptimo) es improcedente al no existir un incumplimiento de la Oferta mayorista de acceso al Bucle de Abonado (en adelante, OBA).

Asimismo, en el segundo Otrosí Solicito de su recurso solicita la suspensión de la ejecutividad de la Resolución recurrida objeto de impugnación, al amparo del artículo 111.2, letras a) y b), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).



**TERCERO.- Notificación del inicio de la tramitación del recurso y de la declaración de confidencialidad de parte del escrito de interposición del mismo.**

Mediante los correspondientes escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechados ambos el día 21 de abril de 2011, se informó a la entidad recurrente del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación de su recurso potestativo de reposición, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42.4 de la LRJPAC, así como de la declaración de confidencialidad de parte del contenido del escrito de interposición del mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 37.5.d) de la LRJPAC y en el artículo 9.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).

**CUARTO.- Resolución de 19 de mayo de 2011 estimando parcialmente la solicitud de suspensión de TESAU.**

Como ya se ha señalado en el Antecedente Segundo, TESAU solicitó en su escrito de recurso que mientras se sustanciaba el recurso de reposición se suspendiese la ejecutividad de la Resolución recurrida objeto de impugnación, al amparo del artículo 111.2, letras a) y b), de la LRJPAC, alegando lo siguiente:

- Que existe un perjuicio de imposible reparación derivado de la inmediata ejecutividad del acto impugnado, tanto para la propia TESAU (ya que de hecho le impediría realizar campañas comerciales de recuperación de clientes durante varios meses) como para los usuarios finales (pues se les limitaría su capacidad de elección de operador, al no poder elegir los servicios de TESAU).
- Que el recurso de reposición está fundamentado en varias causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la citada LRJPAC.
- Que no existiría perjuicio alguno al interés general ni a terceros en la suspensión solicitada, pues los operadores alternativos utilizan mayoritariamente el procedimiento de alta en par vacante, y ninguno ha denunciado a TESAU ante esta Comisión por la utilización del citado procedimiento para la recuperación de clientes.

Con fecha 19 de mayo de 2011 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una Resolución por la que se estimó parcialmente la solicitud de suspensión solicitada, acordando en su Resuelve lo siguiente:

*<< PRIMERO.- Suspender cautelarmente la ejecutividad del Resuelve Primero de la Resolución del Consejo de esta Comisión de 31 de marzo de 2011 por la que se puso fin a la tramitación del periodo de información previa iniciado al objeto de examinar el procedimiento utilizado por Telefónica para recuperar clientes finales con servicios basados en la desagregación de bucle, recaída en el procedimiento administrativo número DT 2010/2002.*

*SEGUNDO.- Denegar la suspensión cautelar de los Resolves Segundo a Séptimo de la Resolución del Consejo de esta Comisión de 31 de marzo de 2011 por la que se puso fin a la tramitación del periodo de información previa iniciado al objeto de examinar el procedimiento utilizado por Telefónica para recuperar clientes finales con servicios basados en la desagregación de bucle, recaída en el procedimiento administrativo número DT 2010/2002.>>*



## **QUINTO.- Resolución de 28 de julio de 2011 de modificación de la OBA.**

Con fecha 28 de julio de 2011 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó, en el marco de la tramitación del procedimiento administrativo número DT 2010/1756, la Resolución sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) en relación a los traspasos de operador y al Plan de Gestión del Espectro para la señal VDSL2.

En su Fundamento de Derecho Quinto “Procedimientos de traspaso de operador”, Apartados 3.3 “Modificaciones en OBA para la Recuperación de bucle por Telefónica” y 4 “Mecanismos alternativos”, así como en los Resolves Primero y Tercero, se regula entre otras cuestiones el procedimiento de recuperación de bucle por parte de TESAU. Concretamente en los citados Resolves Primero y Tercero se establece lo siguiente:

*<< PRIMERO.- Modificar la OBA introduciendo la obligatoriedad de utilizar los procedimientos especificados en el apartado 3.2 y 3.3 del Fundamento Quinto, en todos los traspasos de bucle desagregado con portabilidad, independientemente del operador origen y destino, así como para las recuperaciones de bucle por Telefónica. (...) >>*

*<< TERCERO.- En el caso de recuperar clientes mediante alta de par vacante, Telefónica deberá cumplir con las medidas estipuladas en el apartado 4 del Fundamento Quinto, como procedimiento alternativo para la recuperación de bucle. (...)>>*

## **SEXTO.- Resolución de 9 de febrero de 2012 declarando la no existencia de infracción de TESAU y archivando el procedimiento sancionador.**

Con fecha 9 de febrero de 2012 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó, en el marco de la tramitación del procedimiento sancionador número RO 2011/937, la Resolución que pone fin a la tramitación del mismo declarando la no existencia de infracción muy grave tipificada en el artículo 53 letra r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, al no apreciarse incumplimiento por parte de TESAU de la OBA y de la obligación de no discriminación, y procediendo al archivo de las actuaciones sin más trámite.

## **II FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **II.1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES**

#### **PRIMERO.- Admisión a trámite.**

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley, y cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma LRJPAC.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y en el artículo 117 se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

La entidad recurrente, TESAU, es interesada directa en el periodo de información previa número DT 2010/2002 en el marco del cual se dictó el acto impugnado, que es firme en vía administrativa; califica expresamente su escrito como recurso de reposición e invoca genéricamente varias causas de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad previstas en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC; y ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley.

Por tanto, y teniendo en cuenta que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa (artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; en adelante, LGTel), procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito de TESAU presentado el día 15 de abril de 2011 mediante correo administrativo, y recibido en el Registro general de esta Comisión el día 19 de abril de 2011, como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 31 de marzo de 2011 por la que se puso fin a la tramitación del mismo, iniciado al objeto de examinar el procedimiento utilizado por Telefónica de España, S.A.U. para recuperar clientes finales con servicios basados en la desagregación de bucle.

### **SEGUNDO.- 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 interesado por cuanto que ya lo era en el periodo de información previa número DT 2010/2002 y además se ve directamente afectado por las decisiones adoptadas en la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 31 de marzo de 2011 que finalizó el mismo: en efecto, TESAU es el destinatario único de la obligación de no hacer establecida en el Resuelve Primero, y es la entidad a la que se le incoa el procedimiento sancionador objeto de los restantes Resueltas.

En atención a lo anterior, se reconoce legitimación activa a TESAU para la interposición del recurso potestativo de reposición objeto de la presente Resolución.

### **TERCERO.- Admisión a trámite.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

El recurso de reposición interpuesto por TESAU cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y viene fundamentado en varios motivos de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley:

- Según la recurrente la Resolución recurrida sería desproporcionada, ya que la obligación impuesta en su Resuelve Primero ha sido adoptada sin que concurren los requisitos



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pertinentes de existencia de una especial urgencia y de perjuicios a terceros o al interés general. Es decir, la recurrente invoca expresamente un incumplimiento de la normativa procedimental vigente, motivo que puede ser causa de nulidad y de anulabilidad al estar previstos en los artículos 62.1, letra e), y 63.1 de la LRJPAC.

- La Resolución impugnada, y en concreto su Resuelve Primero, se habría dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Es decir, la recurrente invoca expresamente un incumplimiento de la normativa procedimental vigente, motivo que puede ser causa de nulidad al estar previsto en el artículos 62.1, letra e), de la LRJPAC.
- La incoación de un procedimiento sancionador (Resuelve Segundo a Séptimo) sería improcedente al no existir un incumplimiento de la Oferta mayorista de acceso al Bucle de Abonado (en adelante, OBA). Es decir, la recurrente invoca expresamente un incumplimiento de la normativa regulatoria vigente y una posible vulneración de sus derechos, motivos que pueden ser causa de nulidad y de anulabilidad al estar previstos en los artículos 62.1, letra a) y e), y 63.1 de la LRJPAC.

Por todo lo anterior procede la admisión a trámite del recurso de reposición de TESAU.

### **CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el recurso de reposición de TESAU objeto de la presente Resolución corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

El citado recurso deberán ser resuelto, y su Resolución notificada, en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente a la fecha de entrada del mismo en el Registro de esta Comisión, 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.

## **II.2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES**

### **ÚNICO.- Sobre la desaparición sobrevenida del objeto del recurso.**

El artículo 87.2 de la LRJPAC establece como una de las causas de terminación del procedimiento la imposibilidad de continuar su tramitación por desaparición sobrevenida del objeto del mismo, mediante Resolución motivada.

La jurisprudencia viene reconociendo la posibilidad de conclusión o terminación de recursos administrativos por “carencia o desaparición sobrevenida de objeto”. Esto es, porque la cuestión debatida en el procedimiento ya ha sido solventada al margen del mismo. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2000 (RJ 2000\4199) o la posterior Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 7 de diciembre de 2005 (JUR 2006\28001), en cuyo Fundamento Primero se dice que “*procede declarar terminado el presente recurso por carencia sobrevenida de su objeto*”.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como ya se ha expuesto en los Antecedentes de Hecho Quinto y Sexto, con posterioridad al inicio de la tramitación del recurso de reposición interpuesto por TESAU se han aprobado dos Resoluciones del Consejo de esta Comisión que solventan el objeto del mismo:

- La Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de julio de 2011 (expediente número DT 2010/1756) sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) en relación a los traspasos de operador y al Plan de Gestión del Espectro para la señal VDSL2, regula entre otras cuestiones el procedimiento de recuperación de bucle por parte de TESAU (concretamente en su Fundamento de Derecho Quinto “Procedimientos de traspaso de operador”, Apartados 3.3 “Modificaciones en OBA para la Recuperación de bucle por Telefónica” y 4 “Mecanismos alternativos”, así como en los Resueltos Primero y Tercero).
- La Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 9 de febrero de 2012 (expediente número RO 2011/937), ha puesto fin a la tramitación del procedimiento sancionador incoado a la recurrente declarando la no existencia de infracción muy grave tipificada en el artículo 53 letra r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, al no apreciarse incumplimiento por parte de TESAU de la OBA y de la obligación de no discriminación, por lo que se decretó el cierre y archivo de las actuaciones sin más trámite.

En consecuencia, y a la vista de las citadas Resoluciones, el objeto del recurso interpuesto por TESAU ha desaparecido de manera sobrevenida, al haber quedado sin efecto práctico la parte dispositiva de la Resolución objeto de impugnación.

Por todo cuanto antecede, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

### RESUELVE

**ÚNICO.-** Declarar la terminación del procedimiento de resolución del recurso de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 31 de marzo de 2011 por la que se puso fin a la tramitación del periodo de información previa iniciado al objeto de examinar el procedimiento utilizado por Telefónica para recuperar clientes finales con servicios basados en la desagregación de bucle, recaída en el procedimiento administrativo número DT 2010/2002, por desaparición sobrevenida del objeto de dicho recurso, y proceder al cierre del mismo y al archivo de las actuaciones.

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.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la 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 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, el artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, 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 presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.***