



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

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

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE SOBRE LA PETICIÓN DE SUSPENSIÓN SOLICITADA POR LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 18 DE DICIEMBRE DE 2008 (AJ 2009/223)

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 18 de diciembre de 2008 sobre la solicitud de Telefónica de España, S.A.U. de modificación del plan de gestión del espectro de la OBA para el despliegue de señales xDSL en el subbucle (DT 2008/481), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. /09 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 18 de diciembre de 2008 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha dictado una Resolución sobre la solicitud de Telefónica de España, S.A.U. de modificación del plan de gestión del espectro de la OBA para el despliegue de señales xDSL en el subbucle.

SEGUNDO.- Con fecha 6 de febrero de 2009 y con entrada en el Registro de esta Comisión el día 11 del mismo mes y año, la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) interpuso un recurso de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En dicho recurso se solicita a través de otrosí digo la suspensión de la ejecutividad de la Resolución en los apartados que han sido objeto de impugnación al amparo del artículo 111.2.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), al estar fundamentado el recurso interpuesto en varias causas de nulidad de pleno Derecho previstas en el artículo 62.1 de dicha Ley.

Manifiesta que la Resolución impugnada *“adolece de múltiples defectos que la vician de nulidad de pleno Derecho al haberse vulnerado derechos fundamentales de su representada y al conculcar principios esenciales de la normativa de telecomunicaciones”*, vulneración de derechos fundamentales que, según la recurrente, amparan su derecho para que se acuerde la suspensión solicitada.

Las obligaciones contenidas en la Resolución de 18 de diciembre de 2008 objeto de impugnación así como su fundamentación han sido las siguientes:

- 1) Obligación de proporcionar información relativa a la distancia y longitud eléctrica entre nodo y central para los nodos ya existentes (sin conformado espectral).

Manifiesta que la obligación impuesta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 62.1 c) de la LRJPAC es nula de pleno Derecho por ser de imposible cumplimiento ya que, una vez instalado el nodo únicamente tiene interés la información sobre las características del par entre nodo y cliente final, motivo por el que no queda registrada la información sobre la distancia y longitud eléctrica entre nodo y central.

- 2) Sobre la no necesidad de solicitar autorización para la instalación de nodos para centrales de menos de 2.250 líneas y cuando la velocidad sea inferior a 1 Mbit/s.

Considera que las condiciones establecidas por esta Comisión para la no obligación de solicitar a esta Comisión una autorización para la instalación de nodos vulneran los principios de no discriminación y proporcionalidad, vulnerando, de acuerdo con el apartado e) del artículo 62.1 de la LRJPAC de continua referencia, el procedimiento legalmente establecido y situándola, además, en una situación de indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución.

- 3) Obligación de comunicar con una antelación de seis meses sus planes de despliegue de cualquier nodo.

Invoca la nulidad de pleno Derecho de la obligación contemplada en el epígrafe en virtud del artículo 62.1.a) de la LRJPAC por cuanto que la no consideración de las alegaciones realizadas relativas a la necesidad de instalación de nodos para dar servicio en plazos inferiores a los 6 meses previstos de preaviso limita su derecho a organizar internamente sus medios y procesos empresariales y coarta con ello su libertad de gestión, vulnerando los artículos 9.1, 38 y 106.1 de la Constitución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por último, en virtud del artículo 63 de la LRJPAC en relación con el artículo 89 de la misma Ley, solicita la anulabilidad de otras obligaciones contenidas en la Resolución recurrida, por haber incumplido esta Comisión su obligación de decidir todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

Primero.- Legitimación de la entidad recurrente.

En el escrito presentado por TESAU por el que se interpone recurso de reposición contra la Resolución de esta Comisión de fecha 18 de diciembre de 2008, se viene a solicitar por medio de otrosí digo la suspensión de la ejecución de la citada Resolución impugnada.

En aquella Resolución, en el marco de una solicitud de la propia recurrente, se procede a la modificación del plan de gestión del espectro de la OBA para el despliegue de señales xDSL en el subbucle, por lo que en la medida en que dicha entidad ya era interesada en el procedimiento que dio como resultado la Resolución objeto de impugnación, TESAU ostenta también la condición de interesada en la presente pieza de suspensión.

Segundo.- Competencia para resolver.

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el recurso de reposición interpuesto por TESAU contra la Resolución de 18 de diciembre de 2008 y, por tanto, la petición de suspensión en él contenida, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

Tercero.- Admisión a trámite.

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 que el recurso de reposición presentado por TESAU, en el que se solicita la suspensión parcial del acuerdo impugnado, se interpone contra una Resolución de esta Comisión, que resulta susceptible del mismo según lo dispuesto en los artículos 107 y 116 de la LRJPAC, y dentro del plazo previsto por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el artículo 117 de la citada Ley, procede admitir a trámite la referida petición de suspensión para su resolución final.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero.- La suspensión de la ejecución de los actos administrativos.

Con carácter general, el artículo 111.1 de la LRJPAC dispone que la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, excepto en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario (supuesto que no concurre en este caso).

La posibilidad de suspender un acto administrativo constituye un verdadero límite a su ejecutividad, en consonancia con el principio constitucional de eficacia que debe informarlos y al privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública. Es por ello que, en principio, el análisis de toda solicitud de suspensión de la ejecutividad de un acto, como la de la recurrente, deba hacerse partiendo de su excepcionalidad.

Sin embargo, la Administración debe vigilar por que se respete el derecho a la defensa efectiva, acordando la suspensión de los actos que puedan suponer la causación de un perjuicio irreparable en el caso de que quien tenga la razón tenga que verse asistido de un órgano jurisdiccional para obtenerla¹.

En este sentido, el apartado 2 del citado artículo prevé que el órgano al que compete 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 concurren alguna de las siguientes circunstancias tasadas:

- 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.

En aplicación del artículo citado, para determinar si procede o no acceder a la suspensión solicitada por la recurrente, habrá que analizar, en primer lugar, si concurre alguna de las circunstancias señaladas con las letras a) y b). 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 de los interesados en la suspensión del acto, previa ponderación razonada de los

¹ Esta doctrina ha sido recogida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia del caso *Factortame*, de 19 de junio de 1990.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

perjuicios que a unos y otros causaría la suspensión o la ejecución inmediata del acto recurrido.

SEGUNDO.- Concurrencia de los requisitos legales para la suspensión.

a) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC.

Entre las dos circunstancias alternativas que el artículo 111.2 de la LRJPAC establece como posibles para solicitar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo, TESAU únicamente invoca una de ellas, a saber, que su impugnación se fundamenta en las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC, concretamente en que las obligaciones impugnadas y respecto de las que solicita la suspensión de la ejecución le causan indefensión, son de imposible cumplimiento y se han dictado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido.

En atención al análisis que se realizará a continuación es preciso recordar que el Tribunal Supremo² ha señalado que el requisito establecido en el artículo 111. 2. b) concurrirá *“siempre que se aprecie de una manera terminantemente clara y ostensible la posibilidad de concurrencia de alguna de tales causas de nulidad de pleno derecho”*³. Esto es, se trata de que el vicio determinante de nulidad surja de manera evidente sin necesidad de que deba realizarse nada más que la comprobación del hecho para constatar su existencia.

La concurrencia de la circunstancia expuesta en el párrafo anterior no es baladí ya que, tal y como también ha establecido el citado Tribunal⁴, aplicando la doctrina establecida para los recursos contenciosos-administrativos a los interpuestos en vía administrativa, al resolver sobre una solicitud de suspensión resulta necesario apreciar la posible incidencia de la alegada nulidad de pleno Derecho sin que pueda entenderse que concorra simplemente por el hecho de ser alegada ya que ello significaría dejar al arbitrio de los interesados en un procedimiento la facultad de obtener la suspensión del acto recurrido.

Sentado lo anterior procede analizar la concurrencia del requisito de continua referencia en las obligaciones contenidas en la Resolución recurrida respecto de las que se solicita la suspensión de la ejecución.

En primer lugar TESAU manifiesta, tal y como se expuso en los antecedentes de hecho de la presente Resolución, que no le resulta posible aportar la información relativa a la distancia existente entre el nodo y la central para los nodos ya existentes (sin conformado espectral) alegación que no plantea *ex novo* habiendo

² Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7840).

³ El subrayado es nuestro.

⁴ Auto del Tribunal Supremo de fecha 6 de octubre de 1997 (RJ 1997/7114).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sido ya aducida por la recurrente en el marco del trámite de audiencia del procedimiento recurrido, alegación respecto de la que en la Resolución recurrida se estableció que *“podría suplirse con la información aproximada como la entregada en respuesta al requerimiento, lo que serviría también de indicación sobre su instalación previa a la regulación de las condiciones del despliegue”*.

Esto es, el hecho de que la recurrente ya haya aportado la información solicitada en respuesta a requerimientos formulados por esta Comisión impide apreciar, en la imposición de la obligación, la nulidad ostensible y palmaria exigida por la jurisprudencia para declarar la suspensión de la ejecución de la misma, sin perjuicio en cualquier caso, del análisis que, sobre su proporcionalidad y pertinencia, se deberá realizar en el marco de la Resolución que ponga fin al procedimiento.

En segundo lugar, sobre la supuesta vulneración del procedimiento legalmente establecido en relación con los principios de no discriminación y proporcionalidad por las condiciones establecidas por esta Comisión al limitar la no exigencia de solicitar autorización para la instalación de nodos en las centrales de menos de 2.250 líneas y cuando la velocidad sea inferior a 1 Mbit/s, generándole a su vez aquellas indefensión, procede recordar que la causa de nulidad prevista en apartado e) referenciado anteriormente ha sido matizada por el Tribunal Supremo⁵ estableciendo que *“...la nulidad prevista en ese artículo 62.1.e) no la provoca cualquier irregularidad procedimental sino sólo aquéllas de gravedad extrema, constituidas por la ausencia absoluta y total del procedimiento, por haberse seguido uno totalmente diferente o por haberse omitido sus principales trámites”*.

Pues bien, analizando la supuesta vulneración del procedimiento legalmente establecido en relación con los principios de no discriminación y proporcionalidad, procede reiterar que, sin perjuicio del análisis que se deberá realizar sobre la conformidad a Derecho de las alegaciones realizadas por la recurrente en la Resolución que ponga fin al procedimiento determinando si, efectivamente, las obligaciones impuestas en la Resolución recurrida resultan contrarias a los principios y objetivos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), *a priori* y en aplicación de la jurisprudencia expuesta anteriormente, no resulta en modo alguno posible apreciar que se haya incurrido de una manera patente y notoria en la causa de nulidad de pleno Derecho prevista en el artículo 62. 1.e) de la LRJPAC, no constituyendo, en consecuencia, el requisito previsto en el artículo 111.2.b) de la misma Ley necesario para poder estimar la solicitud de suspensión objeto de la presente Resolución.

Por otra parte, sobre la alegada indefensión procede recordar que el Tribunal Supremo⁶ ha establecido que ésta se produce cuando:

⁵ Sentencia de 20 de julio de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“el administrado ha sido privado de la facultad de introducir en el expediente los elementos fácticos o jurídicos de la oposición que la Administración debía tener en cuenta antes de producir el acto definitivo”

Pues bien, tras un somero análisis del procedimiento recurrido se comprueba que las alegaciones referenciadas ya fueron puestas de manifiesto por TESAU en el seno de aquel, aduciendo lo que estimó oportuno en defensa de sus intereses, alegaciones que fueron tenidas en cuenta por esta Comisión al dictar la Resolución recurrida no cabiendo apreciar, en consecuencia, que se le haya podido generar la invocada indefensión.

En tercer lugar, sobre la supuesta limitación de su derecho a organizar internamente sus medios y procesos empresariales, debido a la obligación de comunicar con 6 meses de preaviso sus planes de despliegue de cualquier nodo, vulnerando con ello los artículos 9.1, 38 y 106.1 de la Constitución en relación con el artículo 62.1.a) de la LRJPAC procede recordar que el apartado a) del artículo 62.1 de continua referencia requiere que los derechos y libertades que sean lesionados sean susceptibles de amparo constitucional, no encontrándose los artículos invocados por la recurrente en el ámbito de dicho amparo.

Esto es, el derecho a la libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución, se incardina dentro de la Sección 2ª del Capítulo II (De los Derechos y Deberes de los ciudadanos) y por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, no se encuentra dentro de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional reservado a la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14, en la Sección 1ª del Capítulo II y al derecho a la objeción de conciencia reconocido en el artículo 30 de la Constitución, por tanto, no cabe alegar la nulidad de la Resolución por una hipotética conculcación del artículo 38 de la Constitución.

Idéntica conclusión cabe deducir sobre la supuesta vulneración de los artículos 9.1 y 106.1 del texto Constitucional, artículos relativos respectivamente al Título Preliminar de la Constitución y al Gobierno y la Administración, encontrándose, por tanto, excluidos del amparo constitucional referenciado en el apartado a) del artículo 62.1 de continua referencia.

La recurrente asimismo impugna otra serie de obligaciones establecidas en la Resolución recurrida, no obstante, dado que dicha impugnación se realiza en virtud del artículo 63 de la LRJPAC, ésta no ampararía la solicitud de suspensión objeto de la presente Resolución.

En virtud de lo expuesto procede poner de manifiesto que no resulta posible apreciar en la Resolución recurrida la concurrencia de la supuesta nulidad de pleno

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 2001 (RJ 2001/10239).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Derecho en la forma manifiesta y ostensible exigida por la jurisprudencia, resultando necesario realizar un análisis en profundidad que sería improcedente en el marco de la presente pieza separada de suspensión.

De manera que, de las alegaciones vertidas por la recurrente, *a priori* no se revela que esta Comisión haya podido vulnerar el ordenamiento jurídico de forma palmaria, resultando necesario para determinar la veracidad de sus alegaciones, realizar un análisis en profundidad que implicaría prejuzgar la cuestión de fondo y que, por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho también fundamental cual es el derecho a un procedimiento administrativo con las garantías debidas de contradicción y prueba, no constituyendo la presente Resolución el trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del recurso interpuesto.

b) Ponderación entre el interés público y el perjuicio que se causaría a la recurrente.

Tal y como hasta aquí habrá podido apreciarse, la solicitud de suspensión efectuada por la recurrente adolece de una sólida argumentación, limitándose a invocar la supuesta nulidad de la Resolución de 18 de diciembre de 2008 sin aportar argumentación alguna que pueda inducir a esta Comisión a considerar que la ejecución del acto impugnado podría causarle perjuicios de imposible o difícil reparación, obviando que, tal y como ha establecido el Tribunal Supremo⁷, los citados perjuicios constituyen el criterio decisivo para adoptar una medida cautelar.

Esto es, a pesar de que el artículo 111 *ex lege* únicamente requiere para solicitar la suspensión de un acto impugnado, bien que la ejecución del mismo cause perjuicios de imposible o difícil reparación bien que la impugnación se fundamente en algunas de las causas de nulidad de pleno Derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC, correspondiendo al órgano administrativo la tarea de ponderar de oficio los beneficios y perjuicios que tendría la inmediata ejecución del acto, habría sido más acorde haber realizado siquiera una mera referencia a los perjuicios que la inmediata ejecución de la Resolución impugnada le podría causar.

Pero es que, la omisión referenciada en el párrafo anterior no es fortuita ya que a la recurrente no le causa ningún perjuicio la inmediata ejecución de la Resolución recurrida. Esto es, la posible estimación, siquiera parcial, de las obligaciones impugnadas ningún perjuicio podría causar a la recurrente ya que para la implementación de las mismas no resulta necesario realizar ninguna actuación que una vez ejecutada resultara imposible alterar. Procede recordar que las obligaciones de continua referencia consisten en facilitar determinada información, solicitar la pertinente autorización administrativa y poner en conocimiento de los operadores alternativos con una determinada antelación los planes de despliegue

⁷ Sentencia de 15 de junio de 2001 (RJ 2001/6393).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de los nodos, resultando a todas luces evidente que, en caso que se produjera la estimación del recurso interpuesto el único efecto que se podría producir en la esfera de la recurrente es exonerarla del cumplimiento, en una mayor o menor medida, de las supuestas desproporcionadas obligaciones que le han sido impuestas.

Sentado lo anterior cabe señalar que la inexistencia de perjuicios por la inmediata ejecución de la Resolución eximiría del análisis que procedería realizar sobre el perjuicio o beneficio que causaría al interés público la inmediata ejecución de la misma⁸, no obstante procede resaltar que el interés público sí que se vería beneficiado por la inmediata ejecución del acto por cuanto ello permitiría a los operadores alternativos planificar o iniciar la prestación de sus servicios minoristas a partir de los recursos de la recurrente con la mayor premura posible, permitiendo con ello ampliar la oferta en el mercado lo que en última instancia redundaría en beneficio de los usuarios finales.

En virtud de lo expuesto procede concluir que la Resolución de 18 de diciembre de 2008 es completamente ejecutiva en todos sus términos, debiendo TESAU, en consecuencia, cumplir con las obligaciones establecidas en la misma.

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

RESUELVE

Desestimar la solicitud de suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución de esta Comisión de 18 de diciembre de 2008 sobre la solicitud de Telefónica de España, S.A.U. de modificación del plan de gestión del espectro de la OBA para el despliegue de señales xDSL en el subbucle (DT 2008/481), siendo plenamente eficaz desde su notificación a los interesados.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de mayo de 2001 (RJ 2001/4186).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

EL DIRECTOR DE ASESORÍA JURÍDICA

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Miguel Sánchez Blanco

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

Reinaldo Rodríguez Illera