



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 num. 28/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 23 de julio de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DESESTIMA LA PETICIÓN DE SUSPENSIÓN SOLICITADA POR LA ENTIDAD TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA EL REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN EFECTUADO POR EL PRESIDENTE DE ESTA COMISIÓN EN FECHA 22 DE MAYO DE 2008 CON REFERENCIA AL EXPEDIENTE DT 2008/196.

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso de reposición interpuesto por TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión, de fecha 22 de mayo dictada por el Presidente con referencia al expediente DT 2008/196,

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 22 de mayo de 2008 el Presidente de esta Comisión, a los efectos de disponer de información que permitiera efectuar un seguimiento detallado del nivel de calidad en la provisión y mantenimiento del servicio de prolongación de par, acordó que:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“(..) Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) remitirá mensualmente a esta Comisión mediante correo electrónico a la dirección “datos-bucle@cmt.es” los parámetros que se relacionan a continuación, **desglosando los datos por operador y por tipo de modalidad** (acceso compartido, acceso desagregado sin portabilidad y acceso desagregado con portabilidad). Los envíos de información se realizarán antes de doce días hábiles a partir del vencimiento del mes:*

1º Datos sobre los indicadores de calidad recogidos en el Anexo II de la resolución de 14 de septiembre de 2006 de modificación de la OBA. Telefónica reportará, de forma adicional a los datos globales sobre los indicadores de calidad que ya viene remitiendo mensualmente a esta Comisión, el referido desglose por operador de cada uno de los indicadores de calidad para el servicio de prolongación del par.

2º Parámetros específicos relativos a la gestión de incidencias por avería

- Volumen medio diario de incidencias en curso. Para ello, se promediará a lo largo del mes el volumen diario de incidencias que se encuentran abiertas, es decir, todas aquellas que todavía no han pasado al estado “CERRADA”¹.
- Número de incidencias cerradas durante el mes.
- Número de incidencias cerradas durante el mes con un tiempo de resolución mayor a 24 horas, desde la apertura de la incidencia hasta el cierre de la misma, incluyendo eventuales paradas de reloj (éstas no se descontarán del tiempo de resolución de la avería).
- Número de incidencias cerradas durante el mes con un tiempo de resolución mayor a 4 días, desde la apertura de la incidencia y el cierre de la misma, incluyendo eventuales paradas de reloj (éstas no se descontarán del tiempo de resolución de la avería).
- Plazo medio de resolución de las incidencias, sin descontar del cómputo los plazos atribuibles a eventuales paradas de reloj.

3º Parámetros específicos relativos a la provisión del servicio

- Número de rechazos de solicitudes de prolongación de par. Los datos se desglosarán por tipo o codificación del rechazo, detallándose la descripción de cada uno de los códigos utilizados.
- Número de incidencias de provisión. Los datos se desglosarán por tipo o codificación de la incidencia, detallándose la descripción de cada uno de los códigos utilizados. Para cada tipo de incidencia se indicará:
 - Número de incidencias iniciadas por el operador autorizado y por Telefónica.
 - Número de incidencias responsabilidad del operador autorizado y de Telefónica.
- Número de entregas del servicio de prolongación del par que hayan generado alguna incidencia durante la ventana de cambio.

SEGUNDO.- Con fecha 1 de julio de 2008, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por el representante de TESAÚ, en virtud del cual interpone recurso de reposición contra el citado requerimiento de fecha 22 de mayo de 2008.

¹ En el apartado 1.6.3 de la OBA “Ciclo de vida de una incidencia” se describen los diferentes supuestos en que una incidencia pasa al estado “CERRADA”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la Resolución impugnada solicitando la nulidad de pleno derecho de la misma, conforme determina el artículo 62.1.c) y e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC),

En concreto, TESAU fundamenta su recurso en los siguientes aspectos:

- Que el requerimiento es nulo por aplicación del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992 con relación al artículo 24 de la Constitución, al considerar que la información solicitada supone una ampliación del deber de información regulado en la OBA, implicando ello una modificación de dicha oferta de referencia sin seguir el procedimiento establecido. También se añade que este nuevo deber, a juicio de la entidad recurrente, contradice la definición de tiempos de avería recogidos en la propia OBA, desvirtuando e impidiendo en la práctica comparaciones fiables y siendo desproporcionada e innecesaria.
- Que el requerimiento es nulo según lo dispuesto en el artículo 62.1.c) de la Ley 30/1992, en relación con el artículo 24 de la Constitución, por ser imposible su cumplimiento por parte del operador requerido.

Asimismo, TESAU solicita a través del otrosí digo, la suspensión de la citada Resolución impugnada en virtud de lo dispuesto en el artículo 111.2 apartados a) y b) de la LRJPAC, esto es, que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, y por fundamentarse la impugnación en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC,

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Admisión a trámite.

En el escrito presentado por TESAU interponiendo recurso de reposición contra el requerimiento de información de fecha 22 de mayo de 2008, viene a solicitar en el otrosí digo la suspensión de la ejecución de la citada Resolución impugnada.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Habida cuenta que el recurso de reposición presentado por la entidad TESAU, en el que se solicita la suspensión del acuerdo impugnado, se interpone contra una Resolución de esta Comisión, que resulta susceptible de recurso según lo dispuesto por los artículos 107 y 116 de la LRJPAC, y dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, procede admitir a trámite la referida petición de suspensión para su resolución final.

SEGUNDO.- Competencia para resolver.

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el mencionado recurso de reposición y, por tanto, la petición de suspensión en él contenido, al ser el acto impugnado un acto dictado por el Presidente por delegación del Consejo (artículos 13.2.c) y 116 de la Ley 30/1992).

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero.- Sobre la petición de suspensión de la Resolución recurrida.

Conforme a lo expuesto en los antecedentes de hecho, la entidad TESAU solicita expresamente la suspensión de la ejecución del requerimiento de información por ella impugnado, ya que, de ejecutarse el mismo, como declara la recurrente en el Otrosí del recurso,

“Telefónica de España se verá abocada al incumplimiento de una resolución que considera nula y que además no puede aunque quiera cumplir”.

Según lo establecido en el artículo 111.1 de la LRJPAC, la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

No obstante, el órgano a quien compete resolver el recurso, en virtud del artículo 111.2 de la LRJPAC, podrá suspender la ejecución del acto impugnado, previa ponderación entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido. Para ello, se señalan en el citado artículo dos circunstancias alternativas que deben concurrir para que sea posible la suspensión:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 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 de la LRJPAC.

Por consiguiente, en aplicación del artículo citado, para determinar si procede o no acceder a la suspensión solicitada por la recurrente, esta Comisión ha de analizar, en primer lugar, si concurre alguna de las circunstancias señaladas en las letras a) y b) del artículo 111.2 de la LRJPAC. En el caso de que se compruebe la concurrencia de alguna de ellas, deberá analizarse, en segundo lugar, si debe prevalecer el interés público o de terceros, o el del interesado en la suspensión del acto, previa ponderación razonada de los perjuicios que a unos y otros causaría la suspensión o la ejecución inmediata del acto recurrido.

En los Fundamentos Primero y Segundo de su recurso, TESAU ha alegado la concurrencia de dos posibles causas de nulidad del acto recurrido, concretamente, las previstas en los apartados c) y e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992. Es decir, las relativas al contenido imposible del acto (apartado c)) y a la no observancia del procedimiento para la emisión del mismo (apartado e)).

Cabe recordar, no obstante, que la eficacia del acto administrativo sometido a debate se tendrá que valorar desde la perspectiva del interés general, puesto que según la jurisprudencia dictada al efecto esta valoración constituye un presupuesto más para la adopción de una medida como la ahora solicitada, por formar parte este interés general del núcleo esencial en la aplicación del derecho administrativo en su conjunto.

Por las razones que seguidamente se exponen, esta Comisión considera que, en el presente caso no concurren las circunstancias necesarias que determinarían la suspensión de la Resolución recurrida al amparo de lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJPAC.

Segundo.- Sobre la competencia de esta Comisión para efectuar el requerimiento recurrido y el carácter inmediatamente ejecutivo del mismo.

El artículo 9 de la Ley 32/2003 así como el artículo 30 del Real Decreto 1994/1996 prevén la competencia de esta Comisión para efectuar requerimientos de información a los operadores.

En efecto, en el artículo 9 de la Ley 32/2003 se dice que:

“Las Autoridades Nacionales de Reglamentación podrán, en el ámbito de sus actuación, requerir a las personas físicas o jurídicas que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas, la información necesaria (...)”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Y en el artículo 30 del Real Decreto 1994/1996 se declara que esta Comisión podrá

“recabar cuanta información requiera para el ejercicio de sus funciones de las entidades que operen en el sector de las telecomunicaciones, que estarán obligados a suministrarla.”

El Tribunal Supremo, en su STS de 9 de marzo de 2006 (RJ 2006\1004), declara que los requerimientos de información efectuados por esta Comisión son expresión de una *“carga general, la de colaborar con la Administración, facilitando la información precisada y relativa a las actividades propias de la entidad requerida”*.

Asimismo, el Tribunal Supremo, en el Fundamento Cuarto de la STS de 16 de mayo de 2006 (RJ 2006\2358), se pronuncia de forma clara a favor de la inmediata ejecutividad de los requerimientos de información realizados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al amparo de su normativa específica:

“El derecho a la justicia cautelar no produce, como pretende la Entidad recurrente, el efecto jurídico de impedir que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acuerde la ejecución inmediata de las resoluciones de requerimientos de información practicados en virtud de las atribuciones conferidas en el artículo 30 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, hasta que los tribunales de lo Contencioso-Administrativo puedan pronunciarse sobre la adopción de la medida cautelar solicitada, porque esta interpretación del artículo 24 de la Constitución no ha sido objeto de validación por el Tribunal Constitucional.”

La postura del Tribunal Supremo es lógica, dada el contenido del artículo 94 de la Ley 30/19992, con relación a los artículos 56 y 57 de la misma normas, preceptos todos ellos en los que se declara la inmediata ejecutividad y eficacia de las resoluciones y actos administrativos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero.- Sobre la inexistencia de perjuicios acreditados que pudieran causarse a la entidad recurrente como consecuencia del cumplimiento del requerimiento de información realizado por esta Comisión.

En este caso la entidad recurrente no ha alegado ni acreditado la existencia de un perjuicio de difícil o imposible reparación, aunque en la página 10 de su recurso aluda a la *“existencia de graves perjuicios para mi representada derivados de la ejecución del acto”*.

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), de 20 de diciembre de 2007 (RJ 2008\515) y de 6 de marzo de 2006 (RJ 2006\1081).

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:

“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 (...)”

Y en el Fundamento Segundo de la STS de 6 de marzo de 2006 se le exige al interesado una “mínima actividad probatoria”:

“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 (...)”

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 su Auto de 3 de junio de 1997 (RJ 1997/5049):

“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”.

De igual modo, en su Auto de 26 de marzo de 1998 (RJ 1998\3216), señalaba ese Tribunal 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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."

En este caso y como se ha dicho anteriormente, la única mención expresa efectuada por la recurrente a la posible causación de daños como consecuencia de la ejecución del requerimiento impugnado se encuentra en la página 10 al hablarse de "graves perjuicios". Nótese que los perjuicios son calificados de "graves" por la recurrente, mientras que el artículo 111.2.a) de la Ley 32/2003 declara que los mismos deben ser de "imposible o difícil reparación". En la página 8 se habla de que, por la ejecución del requerimiento, sería necesario "realizar costosos desarrollos". Sin embargo no se cuantifica el "coste" ni tampoco se indica que el mismo suponga para la entidad impugnante un "perjuicio de imposible o difícil reparación".

En ningún caso TESAU ha presentado informe pericial alguno justificando y acreditando la existencia de posibles perjuicios imposible o difícil reparación derivados de la inmediata aplicación del requerimiento de información recurrido.

Por todo ello, no puede decirse que la posible producción alegada de daños o perjuicios de imposible o difícil reparación haya sido debidamente probada o acreditada por el operador recurrente.

Cuarto.- Sobre la inexistencia de prueba acreditativa de la presunta imposibilidad de cumplimiento del requerimiento

En las páginas 7 a 9 del recurso la entidad impugnante declara repetidamente que no puede cumplir con el suministro de información contenida en el requerimiento. Así, en la página 8 manifiesta que:

"En el caso del primer punto del requerimiento y como se ha indicado, es imposible proceder al desglose de todos los datos por operador y por tipo de desagregación."

Respecto a la "imposibilidad" como causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.c) de la Ley 30/1992, el Tribunal Supremo, en STS de 19 de mayo de 2000 (RJ 2000\4363), 9 de mayo de 1985 (RJ 1985\2909) y 6 de noviembre de 1981 (RJ 1981\4755) ha venido señalando que la misma debe ser,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“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 y 83.2 de la LJCA); 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 leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. “

Constituyendo la “imposibilidad” una causa de nulidad, debe ser también objeto de interpretación moderada. Así lo indica el Tribunal Supremo, y entre otras, cabe destacar la STS de 18 de diciembre de 1991 (RJ 1991\9455, Fundamento 2º) así como la S AN de 21 de abril de 1999 (RJCA 1999\2624, Fundamento 4º). En el Fundamento de Derecho Segundo de la STS de 18 de diciembre de 1991 se dice claramente que:

*“La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha venido reiteradamente manteniendo **que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación y cautela la teoría jurídica de las nulidades y anulabilidades**, advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad debe ponderarse la importancia que revista el derecho a que afecte, las derivaciones que motive, la situación y posición de los interesados en el expediente y, en fin, cuantas circunstancias concurren, insistiéndose en que la indefensión como vicio del procedimiento ha de ser real y efectiva, no simplemente aparential (...)”*

No obstante, y con independencia de la definición e interpretación de la “imposibilidad”, no basta con su alegación por parte del interesado sino que es imprescindible que se acredite o pruebe su efectiva concurrencia en el supuesto concreto. Es decir, le correspondía a la operadora recurrente acreditar que el suministro de la información del requerimiento impugnado le resulta verdaderamente “imposible”, a través, por ejemplo, de los dictámenes periciales que considerase oportunos. Ello es así porque, como recuerda el Tribunal Supremo en su STS de 25 de marzo de 2003 (RJ 2003\7286), corresponde al recurrente

“La carga de desvirtuar la presunción de validez (artículo 57.1 de la Ley 30/1992) de que gozan los actos de las Administraciones Públicas.2



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Al no haber acreditado, ni siquiera de forma indiciaria, la apariencia de buen derecho en la que se funda esta alegación sobre la imposibilidad del cumplimiento del requerimiento, no puede accederse a la suspensión solicitada. En cualquier caso, esta Comisión no solicita en su requerimiento, información adicional alguna, sino, únicamente, el desglose por operador de una información que TESAU ya viene aportando mensualmente de forma agregada.

Quinto.- Sobre la existencia de un interés público preferente en el fomento de la competencia y la salvaguarda de la pluralidad de la oferta del servicio en el sector de las telecomunicaciones así como de intereses de terceros operadores prevalentes con relación al mantenimiento de la ejecutividad del requerimiento cuya suspensión se solicita.

En el apartado 2 del artículo 111 de la Ley 30/1992 se dice que el órgano a quién compete resolver el recurso de reposición deberá efectuar una ponderación razonada sobre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que causa al recurrente la ejecución de la resolución o acto impugnados.

En este supuesto debe considerarse, junto al interés de la entidad recurrida, el interés público en el fomento de la competencia en el sector de las telecomunicaciones y la salvaguarda de la pluralidad de la oferta del servicio en el sector de las telecomunicaciones. Este interés público está plasmado, principalmente, en los artículos 3.a) y 48.3.e) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.

Así, en el artículo 3.a) de la Ley 32/2003 se declara que uno de los objetivos básicos de la norma es:

“Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos.”

Y en el artículo 48.3.e), respecto a las competencias de esta Comisión, se manifiesta una de ellas consiste en

“Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios.”

En materia de fomento de la competencia y salvaguarda de la pluralidad de oferta del servicio, la propia Ley 32/2003 establece en su artículo 13.1 una



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

serie de obligaciones que pueden ser impuestas por esta Comisión a los operadores que hayan sido declarados con poder significativo en el mercado. Dentro de estas obligaciones, el apartado a) de dicho artículo 13.1 prevé, como una obligación de transparencia vinculada a la no discriminación, la publicación de una oferta de referencia por parte del operador declarado dominante.

Precisamente, en la página 33 de la Resolución de esta Comisión 11 de mayo de 2006 (expediente AEM 2005/1451), por la que se define y analiza el mercado de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y sub-bucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales y se determina que TESAU tiene poder significativo en el mercado de referencia, se le impone a este operador, entre otras obligaciones, la obligación de transparencia en la prestación de los servicios de acceso desagregado al bucle de abonado. Esta obligación se concreta, entre otras cosas, en la publicación por TESAU de una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios de acceso al bucle de abonado suficientemente desglosada para garantizar que no se exija pagar por recursos no necesarios para el servicio requerido. Asimismo, en la página 69 de la Resolución de 1 de junio de 2006 (expediente AEM 2005/1454) se impone también la obligación a TESAU de publicar una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios mayoristas de banda ancha suficientemente desglosada.

Sin embargo, y como ha reiterado esta Comisión en reiteradas ocasiones, no basta con la publicación de la oferta de referencia (OBA) para que se entienda cumplida la obligación de transparencia, sino que es necesario tener en funcionamiento las herramientas precisas para poder poner en práctica el contenido de la OBA (cumplimiento material y efectivo). Así, en las páginas 14 a 15 de la Resolución de 26 de junio de 2003 (AJ 2003/81), se decía que

“No obstante, como tal oferta, la mera publicación no puede entenderse por sí sola como cumplimiento de la obligación de disponer de ella en las condiciones establecidas por esta Comisión, sino que dicha publicación ha de ir acompañada de la implementación efectiva de los medios necesarios para atender la demanda de servicios que se pudiera producir por parte de los operadores autorizados.”

En el mismo sentido se pronuncia en sus páginas 66 y 67 la Resolución de 16 de noviembre de 2006 (RO 2004/1811), al declarar que

“las Resoluciones que modifican la OBA **conlleven la obligación de prestar los servicios** en las condiciones que en las mismas se fijan (..)”

La importancia de una correcta aplicación de la OBA es fundamental por un doble motivo: no sólo porque se trata de hacer cumplir una resolución de esta Comisión sino también por los efectos que puede tener su incumplimiento para el resto de operadores y para las condiciones de competencia efectiva en el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mercado considerado. Así, en el Fundamento Cuarto de la STS de 20 de diciembre de 2006 (RJ 2007\166) se recalca la trascendencia

“del fiel y puntual cumplimiento de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para el buen funcionamiento del sector de las telecomunicaciones, sometido como ya se ha indicado antes a una situación de extraordinaria movilidad, lo que otorga una especial gravedad a la deliberada inejecución u obstaculización de dichas resoluciones.”

Es precisamente, la extraordinaria “movilidad” del sector, tal y como expresa el Tribunal Supremo, la que determina la necesidad de hacer cumplir con carácter inmediato las resoluciones dictadas por esta Comisión, para garantizar de modo efectivo el fomento de la competencia y la salvaguarda de la pluralidad de servicios, en cumplimiento de los artículos 3.a) y 48.3.e) de la Ley 32/2003.

En el Fundamento Cuarto (página 7) de la Resolución de esta Comisión de 9 de junio de 2005 (DT 2005/346) se recuerda la relación directa entre la prestación de los servicios OBA por el operador dominante y el fomento de la competencia en el sector:

“Para garantizar una competencia en condiciones equitativas, el primer requisito aplicable a TESAU es el cumplimiento de las obligaciones que le han sido impuestas. El efecto de una provisión de servicios OBA deficiente en plazos y volumen impediría el desarrollo de la necesaria competencia en el mercado del acceso en un momento particularmente clave (...).”

Y precisamente, la información solicitada en el requerimiento de información impugnado constituye un elemento necesario para que esta Comisión pueda verificar el efectivo cumplimiento de la OBA. Así se señala expresamente en la primera página del propio requerimiento, donde se dice que:

“a los efectos de disponer de información que permita efectuar un seguimiento detallado del nivel de calidad en la provisión y mantenimiento del servicio de prolongación del par, (...)”

Y en el mismo acuerdo de inicio del expediente DT 2008/196, se dice explícitamente que:

“Esta Comisión ha tenido conocimiento de la existencia de una serie de problemas en el ámbito de la prestación y el mantenimiento de la calidad de los servicios mayoristas de acceso desagregado recogidos en la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA), y más en particular, en aquellos servicios que permiten a los operadores alternativos proveer el servicio final al cliente, como es el servicio de prolongación del par. La citada problemática tiene impactos directos graves en las condiciones en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que los operadores alternativos prestan sus servicios a los usuarios finales.”

En este sentido, se han detectado ciertos aspectos de la OBA que guardan relación con la citada problemática y que deben ser, en consecuencia, modificados, pues influyen directa e indirectamente en el nivel de calidad de los referidos servicios de la OBA.

Debe recordarse que el apartado g) del artículo 9.1 de la Ley 32/2003 contempla como una de los supuestos justificantes del requerimiento,

“comprobar el cumplimiento del resto de obligaciones nacidas de esta Ley”

Y como se ha dicho antes, se trata aquí de velar por el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 .1.a) de la Ley 32/2003.

De lo dicho hasta el momento, se desprende la preferencia del interés general en el fomento de la competencia y salvaguarda de la pluralidad de la oferta de servicios de telecomunicaciones (artículos 3 y 48.3.e) de la Ley 32/2003). Y, en especial considerando la especial “movilidad” del sector de las telecomunicaciones, según se recoge en la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 (RJ 2007\166).

Teniendo en cuenta los razonamientos anteriormente efectuados,

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar la solicitud de suspensión de la eficacia inmediata del requerimiento efectuado por el Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en fecha 22 de mayo de 2008 en el marco del procedimiento DT 2008/196, siendo plenamente eficaz dicha resolución 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 mediante Resolución 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado 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, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu