



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. 32/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 25 de septiembre de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TELEFONICA DE ESPAÑA SAU 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 los recursos de reposición interpuesto por TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra el requerimiento de información efectuado por el Presidente de esta Comisión el día 22 de mayo de 2008, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 32/08 del día de la fecha, la siguiente Resolución (AJ 2008/1098):

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, practicó a la recurrente un requerimiento por el cual se le requería la siguiente información:



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:

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

- *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 TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU (en adelante, TESAU), en virtud del cual interpone recurso de reposición contra el citado requerimiento de fecha 22 de mayo de 2008.

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 establecido en la OBA, implicando ello una modificación de dicha oferta de referencia sin seguir el procedimiento legalmente establecido. También 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 solicitaba, 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,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO.- Mediante Resolución de fecha 23 de julio de 2008 esta Comisión denegó la suspensión solicitada por TESAU, en los siguientes términos:

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.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Admisión a trámite.

TESAU ha interpuesto recurso de reposición contra el requerimiento de información de fecha 22 de mayo de 2008 efectuado por el Presidente de esta Comisión.

Habida cuenta que el recurso de reposición presentado por TESAU se interpone contra un acto 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 el referido recurso.

.

SEGUNDO.- Competencia para resolver.

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el mencionado recurso de reposición al ser el acto impugnado un acto dictado por el Presidente por delegación del Consejo (artículos 13.4 y 116 de la Ley 30/1992).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- SOBRE LA IMPORTANCIA DEL EFECTIVO CUMPLIMIENTO DE LA OBA PARA EL FOMENTO DE LA COMPETENCIA SECTORIAL,

En el artículo 3.a) de la Ley 32/2003 se declara que uno de los objetivos básicos de dicha 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 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin embargo, y como ha manifestado 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 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 inexecución 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:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“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 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- SOBRE LA INEXISTENCIA DE LA CAUSA DE NULIDAD POR PRESUNTA INFRACCIÓN DEL PROCEDIMIENTO APLICABLE ALEGADA POR LA ENTIDAD RECURRENTE.

En las páginas 2 a 7 del recurso, constituyendo el primer motivo del mismo, TESAU declara reiteradamente que esta Comisión habría presuntamente incurrido en una infracción del procedimiento administrativo, al no haber procedido a la modificación previa del contenido de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) para la imposición de las obligaciones adicionales de información incluidas en el requerimiento impugnado.

Con relación a las causas de nulidad y anulabilidad de los actos y resoluciones administrativas, y dada la gravedad de las mismas, los Tribunales han manifestado, para apreciar la existencia de una causa de nulidad, que no solamente sea debidamente razonada su concurrencia sino que también deba quedar oportunamente acreditada la misma. 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 (...)*”

Y más concretamente, respecto a las causa de nulidad por presunta infracción del procedimiento administrativo del artículo 62.1.e) de la Ley , la jurisprudencia prevé la necesaria concurrencia de una serie de requisitos específicos, señalados, entre otras, por las SSTs de 17 de octubre de 2000 (RJ 2000\8997) y de 15 de octubre de 1997 (RJ 1997\7457).

En el apartado a) del Fundamento Segundo de la STS de 17 de octubre de 2000 (RJ 2000\8997) se dice claramente que:

“(...) con fundamento en el artículo 62.1.e) de la Ley 4/1999, que la jurisprudencia establece que para declarar la nulidad en la omisión del procedimiento legalmente establecido, han de concurrir los requisitos, como sostiene la [sentencia de 15 de octubre de 1997](#) de esta Sala y jurisprudencia precedente, (desde la sentencia de 21 de marzo de 1988)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que dicha infracción ha de ser clara, manifiesta y ostensible, lo que supone que dentro del supuesto legal de nulidad, se comprendan los casos de ausencia total del trámite o de seguir un procedimiento distinto, lo que no ha sucedido en la cuestión examinada, como en un asunto precedente también hemos reconocido: [STS de 10 de octubre de 2000](#), 3ª, 7ª, núm. 219/1999.”

En el caso que nos ocupa, ni ha existido la pretendida “ausencia de trámite” ni se ha seguido un “procedimiento distinto” al previsto en la Ley 32/2003. Lo que ocurre es que la impugnante confunde en su recurso, dos conceptos y procedimientos administrativos distintos: de un lado, la información que, en virtud de la obligación de transparencia, debe ser publicada por la entidad recurrente en la OBA, cuya determinación sí se rige por el procedimiento de modificación de esta oferta pública, puesto que dicha información es objeto de publicación (artículo 13 a) de la Ley 32/2003); de otro lado, la información que todo operador está obligado a proporcionar a esta Comisión en virtud del artículo 9 g) de la Ley 32/2003, para verificar el cumplimiento de sus obligaciones legales, información que no se rige por el procedimiento de modificación de la OBA, al no ser objeto de publicación en dicha oferta mayorista. En este segundo caso, la información no es publicada, sino que el acceso a la misma por parte de posibles interesados se sujeta a la regulación general prevista en los artículos 35.a) y 37 de la Ley 30/1992.

Precisamente, es la naturaleza de *oferta unilateral dirigida al mercado* de las ofertas mayoristas realizadas por el operador dominante, naturaleza reconocida entre otras por la S AN de 27 de enero de 2006 (JUR 2006\123572, lo que convierte en pública la información incluida en la OBA, determinando la necesidad de que esta última oferta mayorista deba ser modificada a través del procedimiento administrativo precedente. Sin embargo, lo que esta Comisión ha hecho mediante el requerimiento impugnado, es aplicar el artículo 9.g) de la Ley 32/2003, esto es, requerir a TESAÚ para que le proporcione determinada información para verificar el cumplimiento de las obligaciones de transparencia que le han sido debidamente impuestas, y no para que dicha información sea incorporada a la OBA.

Por tanto, no puede decirse que sea cierta la afirmación vertida por la recurrente en la página 4 de su recurso, de que el requerimiento efectuado sea “una ampliación de lo establecido en las resoluciones de mercados y en la última resolución de modificación de la OBA de 14 de septiembre de 2006” ni tampoco que dicho requerimiento suponga “una ampliación de las obligaciones de Telefónica de España”. E incluso, la propia entidad impugnante, entre el final de la citada página 4 y el inicio de la página 5 de su escrito, reconoce, como no podía ser de otro modo, que esta Comisión está ejerciendo una legítima facultad prevista en la normativa sectorial aplicable destinada al control del cumplimiento de la misma. En concreto, la recurrente manifiesta:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“El oficio por el que la CMT plantea el conflicto se basa en la necesidad 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, **por lo que en principio, el que la CMT requiera información no plantearía problema alguno.**”*

TERCERO.- DEL CUMPLIMIENTO POR PARTE DE ESTA COMISIÓN EN EL EL REQUERIMIENTO EFECTUADO DE LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 9.2 DE LA LEY 32/2003.

En las páginas 6 a 7 de su recurso, TESAU manifiesta que el contenido del requerimiento recurrido podría ser desproporcionado y carente de motivación. Ello supondría, a juicio de la impugnante, la vulneración de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 9 de la Ley 32/2003, en el que se prevé que *“las solicitudes de información que se realicen de conformidad con el apartado anterior habrán de ser motivadas y proporcionadas al fin perseguido”*.

Concretamente, y con relación a la presunta falta de *“proporcionalidad”*, la entidad recurrente señala en la página 7 de su escrito que:

“Resulta claro, por tanto, que la imposición de la referida obligación resulta desproporcionada, al ser inútil el objeto previsto y poder llevar a error en cuanto al cumplimiento de las obligaciones impuestas a mi representada en el marco de los Acuerdos de Nivel de Servicio.”

Y respecto a la *“motivación”*, la entidad recurrente manifiesta que:

“En definitiva, la obligación impuesta a mi representada consistente en no descontar las paradas de reloj en los tiempos de las averías, resulta nula de pleno derecho, no sólo por vulnerar, como hemos visto, el artículo 11.5 de la LGT en relación con el 9.3 y 24.1 de la CE sino también por defecto de motivación, que supone omisión de trámites esenciales, según constante jurisprudencia.”

De un lado, y con relación a la pretendida *“desproporcionalidad”*, debemos concluir en que no concurre en este caso puesto que:

- El objeto del requerimiento no es *“inútil”*, ya que tiene una finalidad clara, concreta y específica contenida en él mismo, esto es, que el organismo regulador sectorial disponga de la necesaria información que le permita efectuar un seguimiento detallado del nivel de calidad en la provisión y mantenimiento del servicio de prolongación de par (véase



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

página 1 del requerimiento impugnado). Por ello, no puede darse favorable acogida a lo que indica la recurrente en la página 6 de su escrito sobre que el requerimiento carezca de “*utilidad práctica*”.

- No puede llevar a “*error*” al operador requerido acerca del cumplimiento de las obligaciones impuestas en el marco de los acuerdos de nivel de servicio de la OBA, porque nos hallamos ante información de distinta naturaleza y finalidad: esto es, la información propia de la OBA, información pública y destinada al mercado y al resto de operadores distinta de la información solicitada por esta Comisión en su requerimiento y destinada única y exclusivamente para que este organismo pueda supervisar el efectivo cumplimiento de las obligaciones de TESAÚ. Por tanto, no puede considerarse cierta la afirmación de la recurrente, contenida en la página 6 de su recurso, de que “*se deja en manos de operadores su posible uso malintencionado*”, al ser esta Comisión la destinataria de la información y no hacerse público su contenido.

Además de lo anteriormente dicho, debe recordarse que los tribunales, con relación al principio de proporcionalidad de los requerimientos de esta Comisión, vienen exigiendo que los operadores impugnantes **ofrezcan una alternativa** considerada más “proporcionada” que la presentada por el regulador. Así, en el Fundamento Sexto de la S AN de 25 de febrero de 2003 (JUR 2006\218544) ya se decía que:

*“Finalmente, no cabe considerar que concurra la falta de proporcionalidad que asimismo se denuncia y para cuya apreciación **habría sido necesario oponer a la resolución que se combate un canon o patrón de proporcionalidad, es decir, un término de comparación que fuera revelador de que habría sido posible alcanzar los mismos fines pretendidos por la C.M.T. empleando medios menos invasivos, esto es, reduciendo el alcance cuantitativo de la documentación precisada o de la información pretendida o facilitando de alguna otra forma el cumplimiento de la obligación.** A este respecto, debe señalarse que una actuación administrativa dada y, en este caso, la que resulta aquí recurrida, no es proporcional o deja de serlo examinada en sí misma, sino en atención a la concordancia entre los medios empleados, es decir, si los documentos e informaciones requeridos son excesivos o desproporcionados a los fines pretendidos, **lo que exigiría el ofrecimiento o proposición dialéctica de una alternativa** que, respetando la indicada adecuación entre los medios empleados y los fines que tratan de satisfacerse, es decir, siendo proporcional, entrañase una disminución del alcance del contenido del requerimiento efectuado o, de cualquier modo, unas consecuencias menos perjudiciales para el destinatario de la petición de información.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Y en la propia Sentencia se señala también que el “**grado de exigibilidad**” de la información que puede requerirse a un operador designado como dominante, es mayor que respecto al resto de operadores del mercado:

*Por lo demás, **tampoco se juzga desproporcionada la solicitud de información pretendida** -por cierto, plenamente desatendida por la recurrente- **si se atiende al peso específico de la empresa recurrente y a su posición en el mercado de las telecomunicaciones, tanto en lo que respecta al campo de los servicios telefónicos, en el que ostenta la condición de operadora dominante, como en el los demás servicios de telecomunicación**, donde su presencia en el mercado es difícilmente discutible, lo que da lugar a una gran multiplicidad de contratos, negociaciones y actividades en las que diariamente se manifiesta su actividad típica y que no sería predicable de otras empresas de menor entidad que forman parte de los diversos sectores que componen el mercado de las telecomunicaciones y, para las cuales, podría entenderse como excesiva o desproporcionada una petición de información semejante a la que ahora examinamos, que por el contrario debe considerarse acorde con la finalidad propia que motiva dicha petición y moderada en relación con el volumen general de actividad de la empresa recurrente y otras que forman parte de su grupo empresarial.”*

Por último, con relación a la pretendida falta de motivación del requerimiento, ya se ha abordado esta cuestión al tratar de la “presunta inutilidad” del mismo. No obstante, debe recordarse primeramente, sobre la motivación de los actos y resoluciones administrativos, que basta con que ésta sea “sucinta”. Así lo recuerda la jurisprudencia aplicable, como las SSTS de 8 de marzo de 2006 (RJ 2006\5702), de 26 de mayo de 2004 (RJ 2004\5306) y de 20 de marzo de 2003 (RJ 2003\2971). En el Fundamento Sexto de la STS de 20 de marzo de 2003 se señala que el acto impugnado

cumple, pues, la exigencia legal de explicar o exteriorizar el núcleo de la decisión administrativa y facilita, de este modo, el ulterior control jurisdiccional sobre el contenido del acto.

En este caso, el núcleo de la razón subyacente a la decisión administrativa se exterioriza en la misma página 1 del requerimiento, donde se dice que el mismo se efectúa para un “*seguimiento detallado del nivel de calidad en la provisión y mantenimiento del servicio de prolongación*”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO.- SOBRE LA INEXISTENCIA DE PRUEBA ACREDITATIVA DE LA PRESUNTA IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DEL REQUERIMIENTO.

En las páginas 7 a 9 del recurso, referidas al segundo de los dos motivos de impugnación, la entidad recurrente declara repetidamente que no puede cumplir con el suministro de información contenida en el requerimiento.

Así, en la página 8 manifiesta textualmente 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,

“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*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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". 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

Al no haber acreditado, ni siquiera de forma indiciaria, la imposibilidad del cumplimiento del requerimiento, no puede ser atendido tal motivo de impugnación. 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.

Teniendo en cuenta los razonamientos anteriormente efectuados,

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto contra el 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.

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.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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