



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. 34/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 2 de octubre 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 LA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL) CONTRA LA RESOLUCIÓN DE ESTA COMISIÓN DE 31 DE JULIO DE 2008 (AJ 2008/1298) POR LA QUE SE RESUELVE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN EFECTUADA POR LA ENTIDAD TELEFONICA DE ESPAÑA SAU EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 23 DE JULIO DE 2008 RECAIDA EN EL PROCEDIMIENTO MTZ 2008/668 (AJ 2008/1465).

En relación con el recurso de reposición interpuesto por la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL) contra la Resolución de esta Comisión, de fecha 31 de julio de 2008 (AJ 2008/1298) por la que se resolvió la solicitud de suspensión realizada por la entidad Telefónica de España SAU (en adelante, TESAU) en el recurso de reposición interpuesto por esta entidad contra la Resolución de esta Comisión de 23 de julio de 2008 (MTZ 2008/668), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 34/08 del día de la fecha, la siguiente Resolución **(AJ 2008/1465)**:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 23 de julio de 2008 el Consejo de esta Comisión dictó Resolución relativa al expediente MTZ 2008/668, cuyo resuelve es del siguiente tenor:

***“Primero.-** En caso de proceder a un proceso de migración masiva de cualquier modalidad, Telefónica de España, S.A.U. deberá:*

1. Comunicar a los operadores el cambio de criterio de validación (indicando que usará el mismo en sus conexiones minoristas) con al menos 45 días hábiles de antelación a la ejecución de la migración.

2. Antes de iniciar la migración, finalizar la ampliación de los pPAIs y EdS solicitados por los operadores alternativos si se hubieran pedido en los siguientes 10 días hábiles desde la comunicación del cambio de validación;

3. Proporcionar a cada operador, con al menos 30 días hábiles de antelación a la ejecución de la migración, un listado individualizado sin errores de todas las conexiones susceptibles de ser migradas a cada operador de acceso indirecto según la nueva validación.

4. Indicar, en el anterior listado, los pares no migrables por depender de DSLAMs saturados/congelados;

5. Realizar la migración fijando Ventanas de Cambio en horario nocturno e incluir un calendario de la migración;

6. Procesar las migraciones en bloque y no de forma individual mientras no esté disponible el nuevo procedimiento de migración masiva.

***Segundo.-** TESAU deberá permitir a los operadores alternativos la selección de la tecnología utilizada (ADSL o ADSL2+) en sus solicitudes de servicio mayorista y proveerlo siempre que sea factible. TESAU deberá cumplir el mismo requerimiento en la petición de una nueva modalidad mayorista.”*

SEGUNDO.- Con fecha 30 de julio de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por el representante de TESAU, en virtud del cual interpuso recurso de reposición contra la citada Resolución de fecha 23 de julio de 2008, concretamente, contra el punto 3 del Resuelve Primero, esto es contra la obligación impuesta a TESAU de:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“3. Proporcionar a cada operador, con al menos 30 días hábiles de antelación a la ejecución de la migración, un listado individualizado sin errores de todas las conexiones susceptibles de ser migradas a cada operador de acceso indirecto según la nueva validación.”

Asimismo TESAU, a través del primer otrosí digo de su escrito de recurso solicitó la suspensión de la Resolución impugnada en virtud de lo dispuesto en el artículo 111.2 apartado a) de la LRJPAC, esto es, que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación a la entidad recurrente. La entidad impugnante alegó que la inmediata ejecución del punto 3º del Resuelve Primero de la resolución recurrida supondría un retraso en las migraciones ya programadas por TESAU y en las del resto de operadores, quedando en consecuencia afectados también los clientes finales, quienes no podrían disfrutar de la nueva velocidad en las fechas inicialmente previstas para ello.

TERCERO.- Con fecha 31 de julio de 2008 esta Comisión resolvió estimar la solicitud de suspensión contenida en el recurso de TESAU en los siguientes términos:

*“**ÚNICO.-** Estimar la solicitud de suspensión parcial de la eficacia inmediata del apartado 3 del resuelve primero de la Resolución de 23 de julio de 2008 (MTZ 2008/668) en lo que se refiere exclusivamente a las conexiones de velocidades distintas de aquéllas respecto de las cuales Telefónica de España SAU (TESAU) tenga previsto realizar la migración y mantener la aplicabilidad del plazo de 30 días hábiles de antelación a la ejecución de la migración previsto en dicho apartado sólo con respecto a todas las conexiones que efectivamente vayan a ser migradas por la recurrente. Por tanto, para las conexiones de velocidad distinta a aquélla que es objeto de migración por TESAU, el listado individualizado no tendrá que ser proporcionado con una antelación mínima de 30 día hábiles, pero sí, en todo caso, con anterioridad al comienzo de la migración por TESAU.”*

CUARTO.- Con fecha 1 de septiembre de 2008, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de fecha 26 de agosto de 2008 presentado por ASTEL en virtud del cual solicita la anulación de la Resolución de fecha 31 de julio de 2008..

El recurso de ASTEL se fundamenta, básicamente, en los siguientes puntos:

- Falta de audiencia al resto de partes interesadas en el procedimiento, debiendo haber sido oídas las mismas antes de adoptarse la resolución de 31 de julio de 2008.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Vulneración del artículo 84 de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (en adelante, LRJPAC).

A los anteriores antecedentes de hecho les resultan de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Admisión a trámite.

El escrito presentado por ASTEL no recibe la denominación expresa de recurso de reposición. No obstante, los Tribunales han señalado, con relación al recurso administrativo de reposición, que el error u omisión en la calificación del mismo por parte del recurrente: no será obstáculo para su tramitación, siempre que del propio escrito se deduzca su verdadero carácter. Así, en la STS de 16 de noviembre de 1998 (RJ 1998\9877) se dice que:

“(...) el hecho de que no se le denominase recurso de reposición por el interesado no le priva de tal significado y así lo consideró la Administración al resolverlo”

En este caso, del contenido del escrito de ASTEL se deriva la intención inequívoca de la citada entidad de impugnar y anular la Resolución de 31 de julio de 2008. Concretamente en el Solicito del escrito se dice textualmente:

“Que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, y en su virtud, se anule la Resolución de 31 de julio de 2008 y mantenga la ejecutividad de la Resolución de 23 de julio de 2008 al haberse producido un defecto de forma por no haberse dado el trámite de audiencia oportuno a los interesados.”

También se alega en la página 4 del escrito de recurso, de conformidad con el artículo 107 LRJPAC, la concurrencia de una posible causa de nulidad:

“En virtud del artículo 63 de la LRJPAC, la Resolución debe ser anulada, puesto que carece de los requisitos formales indispensables que han dado lugar a la indefensión de los interesados.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El escrito también contiene los elementos necesarios para la interposición de un recurso administrativo, previstos en el artículo 110 LRJPAC: esto es, identificación del recurrente, acto recurrido, órgano al que se dirige el recurso así como el lugar, fecha y firma.

Por todo lo anterior, el escrito presentado por ASTEL el día 1 de septiembre de 2008 debe ser calificado de recurso de reposición, debiendo ser tramitado como tal.

Habiendo sido presentado el escrito dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la LRJPAC y contra una Resolución de esta Comisión, que resulta susceptible de recurso según lo dispuesto por los artículos 107 y 116 de la LRJPAC, resulta procedente, por tanto, admitir a trámite dicho escrito como recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 31 de julio de 2008 recaída en el expediente AJ 2008/1298.

SEGUNDO.- Competencia para resolver.

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el recurso de reposición, por ser el órgano que dictó la resolución recurrida (artículo 116.1 de la LRJPAC).

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

ÚNICO.- SOBRE INEXISTENCIA DE LAS CAUSAS DE NULIDAD ALEGADAS POR LA ENTIDAD RECURRENTE.

En su recurso la entidad impugnante manifiesta que las demás partes interesadas en el procedimiento AJ 2008/1298

“no han tenido ni siquiera la oportunidad de formular sus alegaciones, puesto que la resolución de suspensión se adoptó tan sólo dos días después de haberse recibido el recurso de reposición de TESAU”

A juicio de ASTEL, la falta de traslado del recurso con la antelación debida habría infringido lo previsto en el artículo 84 de la LRJPAC con relación al artículo 63 de la LRJPAC. Así lo expresa dicha entidad en la página 4 de su escrito de impugnación:

“De acuerdo con el artículo 84 de la LRJPAC, los interesados tendrán derecho a un plazo no inferior a 10 días ni superior a 15, a formular alegaciones y aportar documentos que estimen convenientes (...) en el presente procedimiento se ha privado a los operadores alternativos de este derecho (..)”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En primer lugar tiene que señalarse que, 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 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 (...)”

En segundo lugar, debe indicarse que el artículo 84 de la LRJPAC cuya presunta infracción se denuncia se refiere a la tramitación general del procedimiento administrativo principal, no resultando de aplicación específica para la suspensión de la ejecución en la interposición de recursos administrativos. En esta materia se aplica preferentemente el artículo 111 LRJPAC, no estableciéndose en este precepto plazo previo alguno para alegaciones. Es más, y como se expone seguidamente, el propio artículo posibilita que la Administración acuerde directamente y por sí misma la suspensión sin ni siquiera haber concurrido solicitud en este sentido.

En efecto, el artículo 111 LRJPAC prevé que, cuando concurren determinadas circunstancias contempladas en dicho precepto, la posibilidad de suspender la ejecución del acto impugnado “*de oficio o a solicitud del recurrente*”. En otras palabras, y aunque TESAU no hubiera solicitado expresamente en su escrito la suspensión del acto impugnado, esta Comisión podría haberlo acordado así “*motu proprio*”, y sin sujeción a un término o a un plazo determinados., En el apartado 3 del artículo 111 LRJPAC se señala que la ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida, si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión ha tenido entrada en el registro de esta Comisión, este organismo regulador no hubiese resuelto expresamente. La aplicación *automática* de este apartado tiene lugar transcurrido el plazo, sin preverse tampoco plazo previo de alegaciones, alegaciones que tampoco podrían, por otro lado, impedir los efectos de mecanismo legal en caso de que no recayera resolución expresa de esta Comisión. Así lo ha indicado, por ejemplo, la S AN de 25 de febrero de 1999 (RJCA 1999\3461), señalándose en esta sentencia que:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“la Ley establece un régimen de silencio positivo ligado a la petición de suspensión. Este mismo criterio interpretativo ha sido refrendado por el Tribunal Constitucional desde la perspectiva del artículo 24 CE, en su Sentencia de 20 de mayo de 1996, núm. 78 (RTC 1996\78)”

En cualquier caso, tal y como se desprende del contenido del propio recurso, no se está una situación de falta de traslado, sino que este último, a juicio de la recurrente, podría no haber tenido lugar con la debida antelación (véase página 3: *“la resolución se adoptó tan sólo dos días después de haberse recibido la el recurso”*). Antelación no prevista, sin embargo y como se ha visto, en el artículo 111 LRJPAC.

Por tanto y de lo anterior se desprende que no se trata de una causa de nulidad radical de las previstas en el artículo 62.1.e de la LRJPAC puesto que se ha seguido el procedimiento específico previsto en el artículo 111 de la LRJPAC. La jurisprudencia ha venido señalando que la nulidad en caso de infracción del procedimiento tiene lugar cuando este último no existe o bien si se ha seguido un procedimiento distinto al legalmente previsto. Entre otras, cabe citar 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:

“(…) 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) 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 (..)”

Tampoco se da en este caso el presupuesto de anulabilidad por posible indefensión del administrado del artículo 63 LRJPAC como consecuencia de presuntas irregularidades procedimentales, y ello porque no ha concurrido irregularidad alguna, al haberse observado el procedimiento específico del artículo 111 de la LRJPAC, como hemos indicado anteriormente.

Por lo anterior, esta Comisión,

RESUELVE

UNICO.- Desestimar íntegramente el recurso interpuesto por ASTEL contra la Resolución de 31 de julio de 2008 recaída en el expediente AJ 2008/1298.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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 VICEPRESIDENTE

EL SECRETARIO

Ignacio Redondo Andreu

Marcel Coderch Collell
P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre
(B.O.E. de 25 de septiembre de 1996)