



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JAIME VELAZQUEZ VIOQUE, 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 nº 35/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 30 de septiembre de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCION POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD VIARMA, S.L. CONTRA LA RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL CONFLICTO DE ACCESO SUSCITADO POR CAPCOM INTERNACIONAL, S.L. RELATIVO A LA IMPOSIBILIDAD DE QUE LOCUTORIOS QUE CONTRATAN SU SERVICIO TELEFÓNICO CON VIARMA, S.L. PUEDAN CURSAR LLAMADAS SALIENTES CON OPERADORES DISTINTOS DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por VIARMA, S.L. contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por la que se resuelve el conflicto de acceso suscitado por CAPCOM INTERNACIONAL, S.L. relativo a la imposibilidad de que locutorios que contratan su servicio telefónico con VIARMA, S.L. puedan cursar llamadas salientes con operadores distintos de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., el Consejo de esta Comisión ha adoptado en su sesión núm.35/04, la siguiente Resolución:

Resolución de 30 de septiembre de 2004, recaída en el expediente AJ 2004/742

HECHOS

PRIMERO. En fecha 11 de marzo de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la resolución que resolvió el conflicto de acceso planteado por CAPCOM INTERNACIONAL, S.L. (en adelante CAPCOM) dado que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

VIARMA, S.L. (en adelante VIARMA), suministrador homologado de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TESAU), impedía que los locutorios que contrataban sus servicios pudieran utilizar los procedimientos de selección de operador, de modo que todas las llamadas cursadas desde dichos locutorios fueran cursadas a través de TESAU. La citada Resolución, acordaba lo siguiente:

“Único.- VIARMA no podrá impedir las funcionalidades de la preselección, selección de llamada o acceso a numeración de red inteligente cuando la línea de su titularidad, provista por el operador obligado a garantizar este tipo de funcionalidades, sea cedida a un usuario al que le provee tráfico telefónico.”

SEGUNDO. Mediante escrito de fecha de 23 de abril de 2004, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 26 de abril del mismo año, VIARMA interpuso recurso potestativo de reposición contra la resolución antes referida, solicitando que se revisara el contenido de la misma sobre la base de las siguientes alegaciones:

- 1. Que la resolución recurrida es nula de pleno Derecho al haber sido dictada por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia (artículo 62.1.b de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC)).**

Al respecto, VIARMA manifiesta que el artículo 5.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel) recoge el principio de libre competencia en la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, sin más limitaciones que las recogidas en la Ley y su normativa de desarrollo. Argumenta que la resolución recurrida se funda únicamente en una resolución previa de la propia Comisión, por la que se obligaba a TESAU a modificar el contrato de suministrador homologado que había celebrado con diversos mayoristas entre los que no se encontraba VIARMA, concluyendo que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no puede imponer esta medida, puesto que el principio de vinculación positiva de la Administración a la ley, impide cualquier limitación de los derechos del administrado por la Administración no prevista en una norma con rango de ley.

- 2. Que la resolución recurrida es nula de pleno Derecho por tener un contenido imposible, según establece el artículo 62.1 c de la LRJPAC.**

El recurrente alega la nulidad de la resolución recurrida puesto que se fundamenta en el contenido de una resolución anterior de esta Comisión, que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

entiende que tiene un contenido y un sentido totalmente distintos a aquél que le atribuye la resolución que ahora recurre. Para ello se basa en el hecho de que en la parte dispositiva de la resolución de 24 de abril de 2003 no se incluye ningún mandato de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a los suministradores homologados para que desbloqueasen sus líneas, sino que dicha reflexión se encuentra entre los fundamentos jurídicos como argumento para reforzar la decisión de otros aspectos, concluyendo por tanto, que al fundarse la resolución recurrida una interpretación errónea de una resolución previa de la Comisión, aquélla adolece de un vicio de nulidad de pleno Derecho, por tener un contenido imposible.

3. Que la resolución recurrida es nula de pleno Derecho, por haber sido dictada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legal establecido, en virtud del artículo 62.1.c de la LRJPAC

En opinión de VIARMA, la resolución recurrida adolece de un vicio de nulidad por extender sin motivación alguna los efectos de una resolución anterior de la Comisión, que fue dictada en un procedimientos contra TESAÚ, de cuya tramitación VIARMA no tuvo noticia alguna, otorgando a esa resolución un valor reglamentario del que carece por no haber adoptado la forma de Circular ni haberse seguido el procedimiento necesario para la aprobación de circulares.

4. Que la resolución recurrida es anulable por haber incurrido en desviación de poder, según el artículo 63.1 de la LRJPAC

VIARMA alega que existe desviación de poder en la resolución recurrida porque ésta se aparta de los fines y principios generales que constituyen el sustrato de la normativa sectorial en materia de telecomunicaciones y en particular de los de la Ley General de Telecomunicaciones.

En particular, señala que la práctica realizada por VIARMA de limitar el acceso a determinadas funcionalidades de las líneas que le cede TESAÚ no afecta a la competencia en el mercado (porque no ostenta una cuota de mercado significativa) y que, a través de esta resolución, la Comisión hace objeto a VIARMA de determinadas instrucciones cuando realmente está tratando de ordenar indirectamente la conducta de TESAÚ, que es el operador dominante y que debería ser, en su caso, el único sujeto pasivo de estas obligaciones.

TERCERO. Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 29 de abril de 2004, se cumplió el trámite de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

información al interesado previsto en el artículo 42.4 de la LRJPAC. Asimismo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la LRJPAC, mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de esa misma fecha, se dio traslado a la entidad interesada CAPCOM del recurso de reposición interpuesto por la entidad VIARMA para que alegase lo que estimase conveniente.

CUARTO. Mediante escrito de fecha 12 de mayo de 2004, con entrada en el Registro de esta Comisión el 13 de mayo del mismo año, y dentro del término al efecto conferido, se recibieron alegaciones de CAPCOM al recurso potestativo de reposición interpuesto por VIARMA, en el que se solicitaba que dicho recurso fuera desestimado.

En dicho escrito se expone básicamente lo siguiente:

1. Sobre la supuesta nulidad de pleno Derecho de la resolución recurrida por haber sido dictada por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia (artículo 62.1.b LRJPAC).

Señala CAPCOM que las funciones atribuidas por la Ley General de Telecomunicaciones en sus artículos 48.2 y 48.3 d) y e) a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones abarcan la adopción de la resolución recurrida.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de octubre de 2002 establece además, que la posición de los operadores como titulares de licencias que les faculta para la actividad autorizada les coloca frente a la Administración en una posición de especial sujeción en beneficio de los intereses generales, lo que justifica que la Administración pueda intervenir en las relaciones entre operadores.

Por otra parte afirma que el hecho de no haber intervenido en la resolución de esta Comisión de 24 de abril de 2003, no quiere decir que dicha resolución no pueda afectar a VIARMA, dado que en su calidad de suministrador homologado de TESAÚ, debe cumplir las conclusiones de dicha resolución.

2. Sobre la supuesta nulidad de pleno Derecho de la resolución recurrida por tener un contenido imposible, según el artículo 62.1.c LRJPAC.

A este respecto indica CAPCOM que la parte dispositiva de la resolución recurrida recoge una obligación de hacer perfectamente susceptible de ser ejecutada y que, por tanto, no resulta de aplicación el artículo 62.1.c) de la LRJPAC que se refiere a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

una imposibilidad de contenido físico o material y no jurídico. Por otra parte la doctrina y la jurisprudencia admiten únicamente dos tipos más de imposibilidad: la de carácter ideal o lógico y la de los actos de contenido ambiguo e indeterminable, ninguna de las cuales concurre en la resolución recaída.

3. Sobre la supuesta nulidad de pleno Derecho de la resolución recurrida por haber sido dictada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, en virtud del artículo 62.1.e) LRJPAC.

Manifiesta la interesada que no se puede entender tal y como pretende VIARMA que la resolución objeto de recurso es una Circular, ni que la potestad para dictarlas sea la única que corresponde a esta Comisión.

Señala además que esta Comisión no está aplicando a la Resolución de 24 de abril de 2003 un alcance “erga omnes”, sino que al analizar dicha resolución las relaciones jurídicas entre TESAU y sus suministradores homologados, también debe afectar a estos últimos como parte de la relación jurídica.

4. Sobre la anulabilidad de la resolución recaída por constituir un supuesto de desviación de poder, según el artículo 63.1 LRJPAC.

Alega CAPCOM que la conducta de VIARMA sí que restringe la competencia, ya que, en tanto que es un revendedor de TESAU, en cierta medida es la prolongación de la propia TESAU en el mercado de las telecomunicaciones, por lo que la cuota de mercado de ésta última no puede ser ignorada. Por eso, a efectos de determinar si existe o no dominancia en el mercado, se debe tener en cuenta la cuota de mercado del proveedor último de los servicios (TESAU) y no la de un mero intermediario interpuesto (VIARMA), ya que en caso contrario la ley sería muy fácil de burlar.

Señala que el único sujeto posible de la resolución recurrida es VIARMA, ya que es la autora directa de la conducta prohibida, especificando la resolución de 24 de abril de 2003 que la obligación del suministrador homologado es permitir el acceso a las funcionalidades de la red, y que por tanto, si VIARMA impide el acceso a las mismas, debe ser el destinatario de la resolución que le ordena cesar en ese comportamiento restrictivo de la competencia.

QUINTO. Con fecha 20 de mayo de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acordó la aprobación de la resolución por la que se deniega la petición de suspensión solicitada por la entidad Viarma, S.L. en el recurso de reposición de 11 de marzo de 2004, por la que se resuelve el conflicto de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acceso suscitado por la empresa Capcom Internacional, S.L. relativo a la imposibilidad de que locutorios que contratan su servicio telefónico con Viarma, S.L. puedan cursar llamadas salientes con operadores distintos de Telefónica de España, S.A.U. (Ro 2003/1760).

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero.- Calificación.

El artículo 107 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones, entre otros actos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en reposición ante el mismo órgano que lo hubiera dictado, calificar el escrito presentado como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha 11 de marzo de 2004.

Segundo.- Competencia y plazo para resolver.

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

El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el art. 117.2 de la misma Ley y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición de la entidad VIARMA ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

1. Sobre la alegación de que la resolución recurrida es nula de pleno Derecho por haber sido dictada por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia.

En primer lugar, VIARMA alega en los fundamentos del recurso, que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es total y absolutamente incompetente en el presente supuesto para la delimitación del ámbito de aplicación subjetivo de las obligaciones de acceso, siendo las normas de carácter general (ley o reglamento) las que deberían realizarlo. Existe una vinculación positiva de la Administración a la ley, que implica que la Administración no puede hacer una ampliación indebida de los supuestos previstos en la misma.

En este sentido, la propia Resolución dictada en el expediente RO 2003/1760 recoge en su apartado II.1 la habilitación competencial de la CMT. Así, no se trata de realizar una ampliación de las obligaciones de acceso establecidas en la normativa, sino que nos encontramos ante un conflicto de acceso entre dos operadores, CAPCOM y VIARMA, cuya resolución viene atribuida por el artículo 48.2 de la LGTel a esta Comisión, que se concreta en la letra d) del punto 3 de este artículo, en la atribución de determinadas funciones a la CMT, entre las que se encuentran *“la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes”*.

Como se justifica en la resolución impugnada, concretamente, el artículo 11.4 de la LGTel permite a la Comisión intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas (en el presente caso de CAPCOM) con objeto de fomentar y, en su caso, **garantizar la adecuación del acceso**, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios. Por tanto, no se trata de delimitar el ámbito subjetivo de las obligaciones de acceso, sino que, planteado un conflicto de acceso por un operador en los términos establecidos en la ley, esta Comisión adopta las medidas que garanticen la adecuación del acceso por las partes implicadas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otro lado, en el escrito de interposición del recurso, el operador trata de fundamentar la nulidad por infracción del artículo 62.1.b) de la LRJPAC (órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia) aportando argumentos en relación con el fondo del asunto, cuestiones que van a ser examinadas a continuación pero que no se corresponden con la presente alegación.

En este sentido, hay que destacar que, en contra de lo señalado por el recurrente, en el caso que nos ocupa no se produce una delimitación de las obligaciones de VIARMA por aplicación de la Resolución 2002/7633 que obliga a TESAU, en cuanto que operador dominante, sino que delimita el contenido de los contratos de este operador con sus suministradores homologados.

Como ya se señaló en la resolución recurrida *“En ningún caso, se está afirmando que la Resolución sea de aplicación directa a VIARMA, ni que ésta formara parte del expediente 2002/7633, sino que de la misma se derivaba que todos los contratos firmados con TESAU, como suministrador homologado, deberán cumplir determinadas exigencias”*.

De este modo, la red del operador con poder significativo en el suministro de conexión a la red telefónica pública y utilización de ésta desde una ubicación fija, en la actualidad TESAU, debe permitir a sus abonados el acceso a los servicios telefónicos de cualquier proveedor interconectado en cada llamada, tanto mediante la marcación de un código de selección de operador como por preselección. La citada obligación está vinculada al operador de red, que no puede mediante figuras interpuestas, cuya actuación se limite a la prestación del servicio telefónico por acceso indirecto, mediante reventa o cualquier otra modalidad, eximirse de su cumplimiento, y que supone la necesidad de trasladar al resto de los operadores que utilicen la citada red disponible al público las obligaciones subyacentes. De otro modo, supondría permitir que TESAU utilizara terceros operadores para evadirse del cumplimiento de las obligaciones a las que está sujeta. Es en este entorno en el que se obliga al operador dominante, TESAU, en la Resolución de 24 de abril de 2003 a incluir la citada obligación en los contratos celebrados con sus suministradores homologados.

VIARMA no puede alegar la vulneración del principio de libre prestación de servicios que se deriva del artículo 5 de la LGTel, cuando ya en la solicitud de una autorización provisional para la prestación de servicio de “reventa del servicio



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

telefónico fijo disponible al público en acceso indirecto”¹ ante la SETSI, Viarma señala que *“la contratación de sus servicios no supone impedimento a sus clientes para el acceso a los servicios ofrecidos por otros operadores o proveedores del servicio telefónico disponible al público”*. Por ello la resolución en virtud de la cual la SETSI le otorga la autorización provisional exige que *“(...)Asimismo [VIARMA] debe garantizar que su labor de intermediación no limita las capacidades de sus clientes para mantener, simultáneamente, contratos con otros prestadores de servicios telefónicos en acceso indirecto”*.

De este modo, VIARMA debe garantizar que los equipos que eventualmente explote o establezca en las dependencias de sus clientes, no limiten en modo alguno el acceso a las capacidades del servicio telefónico ofertadas por el operador que le proporciona el acceso a la red, cuando éstas vengan derivadas de las condiciones establecidas a dicho operador en el ámbito de su autorización. En particular, VIARMA debe informar en su caso a sus clientes de los mecanismos o procedimientos necesarios para desactivar estos equipos a fin de realizar de modo manual la selección del operador llamada a llamada, y así poder cursar sus llamadas a través de operadores distintos de los que prestan servicio a VIARMA.

El Reglamento de Interconexión² impone, en el artículo 19, a los operadores que presten la facilidad de preasignación, que ofrezcan además la posibilidad de selección de operador llamada a llamada mediante la marcación del código de selección correspondiente. Supone, por tanto, la obligación de todos los operadores de acceso indirecto, incluso en el supuesto de que hayan sido preseleccionados, de respetar el derecho de selección llamada a llamada del usuario final, es decir, el derecho del llamante a elegir el operador que curse su llamada cuando el operador de acceso preste el citado servicio.

No puede acogerse VIARMA, en cuanto prestador del servicio telefónico de acceso indirecto en la modalidad de reventa, a una exención a esta obligación vigente que aparece regulada en el Reglamento de Interconexión.

En concreto, estima VIARMA que el único fundamento material de la Resolución que se impugna ha sido la Resolución de la CMT de 24 de abril de 2003. Esta Comisión

¹ Resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, de 20 de mayo de 2002, inscrita por Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 6 de junio de 2002 (RO exp. 2002/6806).

² Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración. Vigente en aplicación de la disposición transitoria primera de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Vigente en aplicación de la Disposición Transitoria Primera.2.a) de la LGTel.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

desea subrayar que es la propia operadora la que alude a la citada Resolución en su escrito de alegaciones y reconoce su aplicación al señalar que *“es indiscutible que la parte dispositiva de la tan citada Resolución de 24 de abril de 2003 en el asunto OM 2002/7633 imponía obligaciones a Telefónica, derivado de las cuales se firmó el correspondiente contrato con VIARMA”*.

En consecuencia no cabe estimarse la alegación del recurrente, puesto que la resolución impugnada se fundamenta en la aplicación de la normativa sectorial, Reglamento de Interconexión y LGTel principalmente, así como en la Resolución por la que se otorgó a VIARMA una autorización provisional para la prestación de reventa del servicio telefónico.

2. Sobre la alegación de que la resolución recurrida es nula de pleno Derecho por tener un contenido imposible.

A juicio de VIARMA, la presente resolución se *“fundamenta esencialmente en el supuesto contenido de una Resolución anterior de esta Comisión que tiene un contenido y un sentido totalmente distintos a aquel que le atribuye la resolución recurrida”*. Se trata, en opinión de VIARMA, de la utilización de la argumentación de la resolución pero que no se contiene en la parte dispositiva de la misma, que se limita a obligar a TESAU a incluir en los contratos de suministrador homologado diversos contenidos, pero no la obligación de desbloquear determinadas funcionalidades en la línea del suministrador homologado.

La jurisprudencia considera que la aplicación del supuesto del artículo 62.1.c de la LRJPAC debe ser objeto de una interpretación restrictiva, así señala que

«La nulidad de pleno Derecho de actos administrativos que tengan un contenido imposible (artículo 47.1 b) de la LPA de 1958 y hoy artículo 62.1 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993, 246) (LJPAC) es trasunto en el régimen de dichos actos del principio que expresa el artículo 1272 del Código Civil para los contratos. La nulidad de actos cuyo contenido sea imposible ha sido apreciada siempre con suma prudencia por la doctrina y la jurisprudencia, que trata de evitar que se amplíe inadecuadamente el supuesto legal a cualquier acto desprovisto de fundamento jurídico para ser dictado.

La imposibilidad a que se refiere la norma de la Ley de Procedimiento debe ser, por ello, 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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. La jurisprudencia ha equiparado en algunos casos la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de éste (sentencias de 6 de noviembre de 1981 [RJ 1981\4755] y 9 de mayo de 1985 [RJ 1985\2909])».³

En cuanto que en el presente supuesto no se ajusta a los requisitos recogidos en el párrafo anterior deben ser rechazadas las alegaciones de VIARMA, sin perjuicio de su examen como fundamentadoras de un supuesto de anulabilidad, que se verá más adelante.

3.- Sobre la alegación de nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Considera VIARMA que la resolución objeto del recurso ha sido dictada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legal, puesto que se extiende sin motivación alguna a VIARMA los supuestos efectos de una Resolución anterior, de fecha 24 de abril de 2003, que fue dictada en un procedimiento contra Telefónica, y con ello se da a esa resolución un valor reglamentario sin que, con todo, tenga forma de Circular. La resolución que se recurre establece sin mayor motivación, en opinión de la recurrente, que VIARMA estaría vinculada al expediente 2002/7633, el cual carece, como acto administrativo que es, de eficacia *erga omnes*, por lo que al servir de fundamento a la resolución que ahora se recurre se convierte en una disposición normativa reglamentaria.

Se incurre de nuevo por el recurrente en un error en la calificación de la causa de impugnación, pues no se trata de un supuesto de nulidad, sino que los motivos alegados corresponden, con independencia de que se estimen o no, a supuestos de infracción del ordenamiento jurídico encuadrables en el artículo 63 de la LRJPAC, como anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico.

Como señala reiteradamente el Tribunal Supremo, para apreciar la causa de nulidad contemplada en el artículo 62.1.e) ha de producirse la carencia absoluta y completa

³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 19 de mayo de 2000, recurso de casación num. 647/1995 (Aranzadi RJ 2000\4363)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del procedimiento o de las normas que contienen la reglas esenciales par la formación de voluntad de los órganos colegiados, supone por tanto, la ausencia plena del procedimiento legalmente establecido a lo que el tribunal equipara la falta de uno de los trámites esenciales.⁴

La resolución objeto del recurso recae sobre un “**conflicto de acceso**” entre las entidades CAPCOM INTERNACIONAL, S.L. y VIARMA, S.L. En el último párrafo del fundamento de derecho II.1, “Habilitación competencial de la CMT”, se remite, en cuanto al procedimiento aplicable al expediente en curso, a “*lo previsto en la antes citada LRJPAC, texto legal al cual se sujeta la CMT en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas*”. Será pues necesario comprobar si en sus actuaciones la CMT se ajustó a las determinaciones de la referida norma procedimental.

En este sentido, tal y como se detalla en los antecedentes de hecho, se procedió a la apertura del expediente tras un periodo de información previa. Asimismo, se abrió un trámite de audiencia, en el que los Servicios de la Comisión informaron sobre las diferentes cuestiones objeto del procedimiento, otorgando un plazo de 10 días a las partes, a fin de que alegaran y presentaran los documentos y justificaciones que estimaran pertinentes.

A lo largo del procedimiento se tuvieron en cuenta las alegaciones de las partes a las que se dio respuesta a lo largo de la resolución, la cual se ajusta a las exigencias de la Ley, siendo fundamentada con arreglo a derecho.

En consecuencia, VIARMA no ha alegado, ni acreditado cuáles son los trámites que no se han respetado en relación con el procedimiento establecido en la LRJPAC, por lo que, al carecer de fundamento, debe ser rechazado el motivo analizado.

Entrando en el examen de las alegaciones de la recurrente en este apartado, considera que se le extiende la aplicación de la resolución del expediente 2002/7633 sin haber sido parte del mismo, lo cual supondría una infracción, a juicio de VIARMA, del procedimiento establecido. La citada resolución tiene su origen en el examen por esta Comisión del cumplimiento por TESAU, en cuanto que operador dominante en el servicio telefónico fijo disponible al público, de las diversas restricciones y obligaciones que le corresponden. De hecho la parte dispositiva impone únicamente a TESAU una serie de restricciones en el contenido de los

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4) , de 3 abril 2000 (Aranzadi RJ 2000\4048) y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 15 octubre de 1998 (Aranzadi RJ 1998\8840).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contratos de suministrador homologado, limitaciones enfocadas desde la perspectiva de la normativa sectorial de telecomunicaciones y de la salvaguarda de la competencia en garantía de los contratantes.

Como se señala en la resolución 2002/7633, en ella se analizan aquellas condiciones de la prestación del servicio por TESAU que podrían resultar anticompetitivas y por tanto prohibidas, y se exponen los posibles abusos en que la misma podría haber incurrido, de acuerdo con la documentación obrante en el expediente, abusos que llevarán a limitar, es decir, a imponer obligaciones, al operador dominante y, en consecuencia a favorecer a los suministradores homologados.

No puede por tanto VIARMA alegar la nulidad del expediente recurrido en base a haberse prescindido del procedimiento legalmente establecido, basándose en que algunos de los argumentos utilizados para apoyar de forma complementaria la resolución de 11 de marzo de 2004 figuran en otro expediente anterior, pues es necesaria la identidad sustantiva entre la causa de nulidad y el expediente de la que se predica. Resulta de este modo totalmente inaceptable revocar una resolución por infracción, a juicio del recurrente, del procedimiento de otra distinta.

4.- Sobre la alegación del recurrente de anulabilidad de la resolución recurrida por incurrir en desviación de poder.

Finalmente, VIARMA solicita la anulación de la resolución recurrida por incurrir en desviación de poder. Alega el operador que la resolución impugnada *“se aparta de los fines de la ley puesto que, en primer término, la práctica realizada por VIARMA de limitar el acceso a determinadas funcionalidades de las líneas que le cede Telefónica no afectan a la competencia en el mercado de las telecomunicaciones, y en, en segundo lugar, porque mediante esta Resolución la Comisión hace objeto a VIARMA de determinadas instrucciones y obligaciones cuando realmente está tratando de ordenar indirectamente la conducta de Telefónica de España que es precisamente el operador dominante y que debería ser, en su caso, el único sujeto pasivo de estas obligaciones”*.

Si bien es cierto que el contrato de suministrador homologado no le impone a VIARMA obligación alguna sobre las condiciones en las que debe permitir la utilización de las líneas que son de su titularidad, tampoco la exime del cumplimiento de sus obligaciones que como operador de telecomunicaciones le impone la normativa sectorial. Como ya se señaló anteriormente, el artículo 19 del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Reglamento de Interconexión obliga a los operadores de acceso indirecto, en la modalidad de preselección, a respetar el derecho de selección llamada a llamada del usuario final, es decir, el derecho del llamante a elegir el operador que curse su llamada cuando el operador de acceso preste el citado servicio.

En este mismo sentido, VIARMA declaró en su solicitud de autorización general, tal y como recoge la resolución de otorgamiento, que *“la contratación de sus servicios no supone impedimento a sus clientes para el acceso a los servicios ofrecidos por otros operadores o proveedores del servicio telefónico disponible al público”*. Por tanto, el operador conocía desde un principio el alcance de la autorización que le otorgó la administración y yendo más allá, podría afirmarse que VIARMA se haya vinculada por sus declaraciones, en este sentido, la aplicación del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos supone que el operador deberá prestar el servicio conforme a la resolución de otorgamiento de la autorización provisional para la reventa del servicio telefónico fijo disponible al público en acceso indirecto que recoge el alcance del servicio que el propio operador delimita dentro del marco legal establecido.

El hecho de que una resolución afecte indirectamente a otros operadores, y en este caso, al operador dominante, no priva a la misma de ser ajustada a derecho.

En relación con la posibilidad de que la práctica realizada por VIARMA, de limitar el acceso a determinadas funcionalidades de las líneas que le cede Telefónica, no afectan a la competencia en el mercado de las telecomunicaciones, fue refutada en la resolución impugnada. En este sentido se señalaba que:

“Esta actuación, a diferencia de lo que afirma VIARMA en su escrito de alegaciones, desvirtúa el mercado, ya que líneas de acceso provistas por el mismo operador, TESAU, tendrán funcionalidades distintas, dependiendo de quién sea el titular. No hay que olvidar que VIARMA no es operador de acceso (tal y como afirma constantemente en su escrito de alegaciones), sino que la actividad que realiza es sólo de cesión de uso de líneas, con lo que quien provee las líneas, en última instancia es TESAU, operador obligado a facilitar las funcionalidades de red”.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Desestimar el recurso de reposición interpuesto por la entidad VIARMA, S.L. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 11 de Marzo de 2004, por la que se resuelve el conflicto de acceso suscitado por CAPCOM INTERNACIONAL, S.L. relativo a la imposibilidad de que locutorios que contratan su servicio telefónico con VIARMA, S.L. puedan cursar llamadas salientes con operadores distintos de telefónica de España, S.A.U., por estar plenamente ajustada a derecho.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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, que resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma 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 SECRETARIO

EL PRESIDENTE

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real