



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DÑA. ALEJANDRA DE ITURRIAGA GANDINI, por vacante del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 7.2 de la O.M. de 9 de abril de 1997, B.O.E. de 11 de abril de 1997), 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 21/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 9 de junio de 2005, 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 UNI2 TELECOMUNICACIONES, S.A.U. CONTRA LA DESESTIMACIÓN DE SU SOLICITUD PARA PERSONARSE EN EL CONFLICTO DE ACCESO A LA RED DE TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. POR TELE2 TELECOMUNICATIONS SERVICES, S.L.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por UNI2 TELECOMUNICACIONES, S.A.U. contra la citada desestimación de su solicitud para personarse en el conflicto de acceso a la red de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. por TELE2 TELECOMUNICATIONS SERVICES, S.L. del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 1 de marzo de 2005, el Consejo de esta Comisión ha adoptado en su sesión núm. 21/05, la siguiente:

Resolución de 9 de junio de 2005, recaída en el expediente **AJ 2005/723**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 18 de abril, se adoptó por delegación la desestimación sobre la solicitud de UNI2 TELECOMUNICACIONES, S.A. (en adelante, UNI2) para personarse en el conflicto de acceso a la red de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. (en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adelante, TME) por TELE2 TELECOMMUNICATIONS SERVICES, S.L. (en adelante, Tele2).

SEGUNDO.- Mediante escrito de fecha de 6 de mayo de 2005, con entrada en el Registro de esta Comisión ese mismo día, UNI2 interpuso recurso potestativo de reposición contra la desestimación antes referida.

En el citado escrito de interposición se expone básicamente lo siguiente:

1. Que el acto es nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (en adelante, LRJPAC) por infracción del artículo 31 de la LRJPAC.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones entiende que UNI2 no tiene la condición de interesada, de conformidad con el artículo 31.1.c) de la LRJPAC que establece que *“se considerarán interesados en el procedimiento administrativo (...) aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva”*, ya que el interés que ostenta UNI2 es genérico, siendo necesario que la Resolución que vaya a recaer en el procedimiento de que se trate sea capaz de otorgarle un beneficio apreciable, de forma que la Resolución que se adopte tenga una repercusión *“en el ámbito vital o de intereses de la persona efectiva y actual”*.

UNI2 alega que el interés que ostenta en el conflicto de interconexión entre Tele2 y TME es, efectivamente, un interés legítimo de acuerdo con el artículo 31.1 de la LRJPAC y con la definición jurisprudencial que el Tribunal Supremo ha desarrollado, así, en la Sentencia de 8 de abril de 1994, entre otras¹ aportadas por la recurrente, se establece que:

“(...)con más precisión, se titula «interés legítimo», concepto que es mucho más amplio que el de interés personal y directo que utilizan algunos de dichos preceptos y que consiste en el que tienen aquellas personas que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando con motivo de la persecución de sus propios fines generales, incidan en el ámbito de ese su interés propio, aunque la actuación de que se trate no les ocasione, en concreto, un beneficio o servicio inmediato”.

¹ STS de 28 de marzo de 1985, STS de 11 de marzo de 2000, STS de 2 de octubre de 2000 y STS de 26 de septiembre de 1997.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

UNI2 plantea que como operador de servicios de telecomunicaciones le interesan las condiciones que se puedan imponer a TME en la Resolución del conflicto formulado por Tele2, así como el tratamiento de los derechos de este último operador.

En opinión de UNI2 es patente el interés legítimo que concurre en su pretensión de la que se derivaría un beneficio o utilidad jurídica evidente, como es la de conocer con exactitud las condiciones de prestación del acceso a las redes móviles y los derechos de los operadores móviles virtuales. Así la efectiva entrada de UNI2 en dicho sector va a depender, entre otros aspectos, del tratamiento que lleve a cabo esta Comisión de este conflicto de acceso.

En definitiva, considera UNI2 que la Resolución que recaiga en ese conflicto de acceso le podría colocar en "*condiciones naturales y legales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico*" (STS de 28 de marzo de 1985), por lo que UNI2 ostenta una evidente "*utilidad jurídica*" en dicha tramitación (STS de 26 de septiembre de 1997).

En este mismo punto, UNI2 alega que el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, RMAN), reconoce y consagra el derecho de audiencia a los interesados.

Con el acto ahora impugnado se infringe el artículo 25 del RMAN, que establece la necesidad de someter al trámite de audiencia a los interesados, los proyectos de medidas relativos a su intervención en las relaciones entre operadores y la resolución de conflictos que pretenda adoptar al amparo del artículo 23.3 a) y b), refiriéndose este apartado b) a los conflictos de interconexión y acceso.

Adicionalmente, UNI2 alega que el interés legítimo se ve reforzado en atención al estatuto jurídico de TME como operador dominante en el mercado nacional de servicios de interconexión² y los especiales principios de no discriminación y transparencia que debe respetar el acuerdo que se alcance en el procedimiento principal.

La declaración de dominancia y las obligaciones que tienen impuestas los operadores dominantes siguen en vigor por virtud de la Disposición transitoria primera del RMAN, por todo ello TME debe cumplir las obligaciones establecidas en el artículo 9, apartados 1,6 y 7 del antiguo Reglamento de Interconexión, aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, que establece, en ese apartado 1, que los operadores dominantes tienen la obligación de "*facilitar la interconexión en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y fundadas en criterios objetivos*".

² Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 11 de septiembre de 2003 (OM 2003/ 465)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este mismo sentido, la Orden de 22 de septiembre de 1998³, por la que se establece el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplir sus titulares (en adelante, la Orden de 22 de septiembre), señala que el contenido de los acuerdos voluntarios que han de establecer los titulares de licencias individuales de tipo A2 con lo titulares de redes móviles establecidos han de respetar el principio de no discriminación.

Asimismo, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel) establece en su artículo 11.4 que la intervención que lleve a cabo la Comisión en las relaciones entre operadores se hará *“con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3”*, entre los que se encuentra *“promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, así como la utilización de los nuevos servicios y el despliegue de redes, y el acceso a éstos, en condiciones de igualdad (...)”*.

2. Que el acto es anulable de acuerdo con el artículo 63 por infracción de los artículos 89.3 y 58.2 de la LRJPAC.

UNI2 alega que la *“resolución frente a la que se interpone el presente recurso de reposición no expresa, tal y como exige el artículo 89.3, inciso segundo, de la LRJPAC, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos”* siendo asimismo requisito de la notificación que se lleve a cabo, de conformidad con el artículo 58.2 de la misma ley, requisito que se ha vulnerado en el presente supuesto, pues la notificación no contiene tal mención.

UNI2, de acuerdo con la doctrina administrativa (J. González Pérez y F. González Navarro) considera que *“la omisión de los anteriores datos en la resolución no la harán anulable si figuraran en la notificación, por lo que, a sensu contrario, si tanto la resolución como la notificación carecen de tales datos, concluye que la resolución es anulable”*.

3. Que el acto es nulo de acuerdo con el artículo 62.1.b de la LRJPAC por haber sido dictado por un órgano manifiestamente incompetente.

La Resolución recurrida se dictó por el Secretario de la Comisión, por delegación, según se señala en la firma, adoptada por Acuerdo del Consejo de la Comisión de fecha 18 de diciembre de 1997⁴.

³ Modificada por la Orden CTE/601/2002, de 14 de marzo, por la que se introduce un nuevo tipo de licencia habilitante para la prestación del servicio telefónico móvil disponible al público (móvil virtual).

⁴ Modificado mediante Resolución de 15 de diciembre de 2000, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se hace público el acuerdo del Consejo de 14 de diciembre de 2000, de modificación del acuerdo de 18 de diciembre de 1997, de delegación de competencias.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Alega UNI2 que este acto no se encuentra entre los delegados al Secretario, sino que dictarlo corresponde al Consejo de la Comisión ya que, en el apartado tercero de dicho Acuerdo se exceptúa de la delegación hecha al Secretario *“las resoluciones por las que se dé por finalizado cualquier procedimiento, cuya adopción corresponderá, en cualquier caso, al Consejo de la Comisión”*.

Además, señala UNI2, se delegan en el Secretario los *“actos de instrucción o de trámite que deban adoptarse en el curso de los expedientes administrativos tramitados en la Comisión no comprendidos en el apartado anterior”*. Este apartado segundo delega en los Directores de Regulación de Operadores y en el Director Técnico *“la adopción de los actos de instrucción o trámite que deban adoptarse en el ejercicio de las funciones que les correspondan... con excepción de... cualquier acto de trámite por el que se dé por finalizado cualquier procedimiento”*.

UNI2 considera que bien por la exclusión que hace el apartado tercero de los trámites comprendidos en el apartado segundo, bien por la excepción expresa de delegación en el Secretario de aquellas resoluciones por las que se dé por finalizado cualquier procedimiento, concluye que la competencia para dictar la Resolución correspondía al Consejo de la Comisión.

TERCERO.- Con fecha de 31 de mayo de 2005 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de TESAU en el que solicita se desestime el recurso de reposición interpuesto de contrario, confirmando, por tanto, el escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En dicho escrito de alegaciones expone básicamente lo siguiente:

ÚNICA.- Sobre la improcedencia de considerar a UNI2 interesado en el conflicto de acceso planteado por TELE2 contra mi representada.

El expediente RO 2004/1810 tiene por objeto resolver un conflicto surgido exclusivamente entre dos operadores como consecuencia de un supuesto de negociaciones en el que ningún momento ha participado UNI2.

La Resolución que finalmente se dicte en el conflicto de acceso sólo puede afectar a las partes implicadas en el conflicto ya que únicamente sobre ellas pueden recaer los beneficios o perjuicios jurídicos o materiales apreciables que deriven de la decisión que finalmente se adopte.

UNI2 no justifica en qué manera la resolución del conflicto de acceso entre TME y Tele2 afectaría a sus intereses de forma cierta, real, efectiva y actual, y no de manera hipotética, potencial y futura. La resolución que finalmente se adopte no hará que TME y Uni2



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

alcancen un acuerdo de acceso (más aún cuando UNI2 no se ha dirigido a TME para alcanzar un acuerdo de este tipo).

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

Primero.- Calificación.

El artículo 107 de la LRJPAC, establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, 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, con fecha de entrada en esta Comisión 6 de mayo de 2005, como recurso de reposición, siendo el acto impugnado un acto de trámite que resuelve directamente sobre el fondo del asunto al denegar la solicitud de personación en el procedimiento, instada por la recurrente y que determina la imposibilidad de continuar en el procedimiento

Por lo que teniendo en cuenta lo anterior, y que de acuerdo con 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 potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, procede calificar al escrito presentado como un recurso potestativo de reposición interpuesto contra la desestimación de la solicitud de UNI2 para personarse en el conflicto de acceso a la red de TME por Tele2.

Segundo.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición de la entidad UNI2 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.

Tercero.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en los artículos 13.4 en relación con el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el recurso potestativo de reposición corresponde



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

al Consejo de la Comisión ya que las resoluciones que se adoptan por delegación se consideran dictadas por el órgano delegante.

El acto recurrido se dictó por el Secretario de la Comisión en ejercicio de potestades delegadas de conformidad con el Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de diciembre de 1997, publicado en el BOE núm. 25 de 29 de enero de 1998.

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 artículo 117.2 de la misma Ley y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero.- Sobre la nulidad del acto de acuerdo con el artículo 62 de la LRJPAC por infracción del artículo 31 de la LRJPAC.

En opinión de UNI2, la denegación de personarse en el conflicto de interconexión suscitado entre TME y Tele2 se fundamenta básicamente en que el interés por ella alegado es un interés genérico y no legítimo.

En el recurso, UNI2 alega que el interés que ostenta en el conflicto de interconexión entre Tele2 y TME es un interés legítimo de acuerdo con el artículo 31.1 de la LRJPAC y con la definición jurisprudencial que el Tribunal Supremo ha desarrollado, en cuanto que establece que *interés legítimo* consiste:

“(...)el que tienen aquellas personas que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando con motivo de la persecución de sus propios fines generales, incidan en el ámbito de ese su interés propio, aunque la actuación de que se trate no les ocasione, en concreto, un beneficio o servicio inmediato”.

En opinión de UNI2 es patente el interés legítimo que concurre en su pretensión de la que se derivaría un beneficio o utilidad jurídica evidente, como es la de conocer con exactitud las condiciones de prestación del acceso a las redes móviles y los derechos de los operadores móviles virtuales. Así, la efectiva entrada de UNI2 en dicho sector va a depender, entre otros aspectos, del tratamiento que lleve a cabo esta Comisión de este conflicto de acceso.

En el acto que ahora impugna UNI2 se indica qué se entienden por interesados en el procedimiento administrativo y que quien pretenda el reconocimiento de su condición de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interesado en un procedimiento determinado necesita acreditar la existencia de una vinculación suficiente con ese procedimiento, es decir, que el asunto a tratar guarde relación con sus derechos e intereses. Se relaciona directamente, la condición de interesado con la posesión de un título legitimador, bien como titular de derechos a dirimir en el procedimiento o bien como titular de intereses legítimos individuales o colectivos que puedan verse afectados por el mismo.

El acto impugnado lo que determina es que el interés que se acredite tiene que ser un interés real, efectivo y actual. En este mismo sentido se manifiestan el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo tanto en las sentencias que ha aportado la recurrente como las que la Comisión citó para denegar su solicitud.

Es decir, tanto lo que alega UNI2 como lo que establece la Comisión no es incompatible sino complementario. Así, en la propia sentencia del TS de 8 de abril de 1994 que UNI2 cita como base para sus alegaciones se establece que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional⁵ ha establecido, al diferenciar el interés directo y el interés legítimo, que *“éste no sólo es superador y más amplio que aquél sino también que es, por sí, autosuficiente, en cuanto presupone que la resolución administrativa o jurisdiccional a dictar ha repercutido o puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona.”*

Por tanto, esta Comisión no denegó la solicitud de personación de UNI2 por ser su interés genérico, sino que la denegación se fundamentó en que UNI2 no acreditó en qué manera la resolución que fuera a poner fin al conflicto de interconexión afectaría a sus intereses de una forma real, efectiva y actual.

UNI2 en el recurso, alega que es claro su interés legítimo porque de la resolución que pondrá fin al conflicto de interconexión entre Tele2 y TME se derivaría un beneficio o utilidad jurídica evidente, como es la de conocer con exactitud las condiciones de prestación del acceso a las redes móviles y los derechos de los operadores móviles virtuales.

Es necesario recordar a UNI2 que en el caso que nos ocupa, la resolución que ponga fin al procedimiento, decidirá sobre los desacuerdos en un procedimiento de negociación para un acceso a una red pública entre el titular de la red y otro operador. Por tanto, estamos ante la resolución de un conflicto de acceso determinado que, por su propia naturaleza, sólo puede afectar a las partes implicadas en el conflicto ya que únicamente sobre ellas pueden recaer los beneficios o perjuicios jurídicos o materiales apreciables que dimanen de la decisión que finalmente se adopte.

⁵ En Sentencias, entre otras, del TC, 60/1982, de 11 octubre, 62/1983, de 11 julio, 160/1985, de 28 noviembre, 24/1987, 257/1988, 93/1990, 32 y 97/1991, y 195/1992 y Autos 139/1985, 520/1987 y 356/1989.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Además, es importante señalar que el régimen jurídico básico del acceso a las redes de comunicaciones electrónicas no se establece por medio de las resoluciones de los conflictos de acceso entre los operadores implicados sino que se encuentra establecidos en los artículos 11 a 15 de la LGTel y desarrollado en los artículos 22 a 24 del RMAN.

El apartado 3 del artículo 11 de la LGTel establece la prohibición de restricciones que puedan impedir que los operadores negocien entre sí acuerdos de acceso o interconexión.

En este mismo sentido se expresa el artículo 3 de la Directiva de Acceso que se limita a establecer que *“los Estados miembros velarán por que no existan restricciones que impidan que las empresas de un mismo Estado o de Estados miembros diferentes negocien entre sí acuerdos sobre mecanismos técnicos y comerciales de acceso y/o interconexión, con arreglo a la legislación comunitaria”*.

Sin perjuicio del principio general de negociación mutua por parte de los operadores, la LGTel establece diferentes posibilidades de intervención de las Autoridades Nacionales de Reglamentación en el ámbito del acceso a las redes de comunicaciones electrónicas al objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso e interconexión y la interoperabilidad de los servicios.

En atención a esta habilitación legal, esta Comisión puede resolver los conflictos que se susciten entre los operadores en los procesos de negociación y/o establecer o imponer determinadas obligaciones de acceso y/o interconexión a determinados operadores con respecto a los operadores que le soliciten el acceso y para el caso particular, pero estas condiciones se deberán ajustar a las circunstancias previstas por la Ley y el RMAN.

En este sentido, el artículo 11.4 de la LGTel prevé la intervención de esta Comisión en las relaciones entre operadores, de oficio o a instancia de parte, cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios.

De este modo, si una vez iniciadas las negociaciones para formalizar el acuerdo de acceso, los operadores no llegan a un acuerdo, la Comisión puede, en su caso, sustituir la voluntad de las partes de modo que quede garantizado tanto el acceso como la interoperabilidad de los servicios.

Esta intervención de la Comisión en la formación de la voluntad es el único límite legal que existe a la libertad de pactos, aunque conforme al principio de intervención mínima que ha de regir la actuación de la Administración, esta intervención sólo se podrá producir en los casos en que esté justificada y tenga por objeto fomentar y garantizar la adecuación de acceso y la interoperabilidad de los servicios.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De todo lo anterior se deduce que en el ámbito del procedimiento de resolución de conflicto de acceso que nos ocupa, esta Comisión no está habilitada para establecer condiciones de prestación del acceso a redes móviles y derechos de los operadores móviles distintas a las que ya están establecidas en su caso por la normativa vigente.

En conclusión, la resolución de un conflicto de acceso sólo afecta a las partes implicadas y esta Comisión entrará a conocer únicamente en aquellos puntos donde los operadores en conflicto no lleguen a un acuerdo. El resultado de dicho conflicto sólo y únicamente afectará a las partes que hayan planteado el conflicto, es decir, en ese caso la Comisión entra como sustituto de la voluntad de las partes en donde radique el conflicto.

Sin perjuicio de que estas obligaciones que en su caso se establezcan tendrán que ser objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias de conformidad con el artículo 11.5 de la LGTel. Pero determinadas en cuanto que afectan a ese conflicto concreto, a esos operadores en conflicto y no regulan condiciones generales del mercado.

Por lo que este procedimiento se deberá limitar a resolver las cuestiones en litigio entre las partes del conflicto, cuya resolución sólo les afectara a ellas por ser éstas las únicas destinatarias del acuerdo de acceso, no teniendo ningún otro operador la condición de interesado en ese conflicto en concreto.

- Sobre la alegación relativa a que el RMAN, reconoce y consagra el derecho de audiencia a los interesados.

UNI2 alega que con el acto impugnado se infringe el artículo 25 del RMAN, que establece la necesidad de someter al trámite de audiencia a los interesados, los proyectos de medidas relativos a su intervención en las relaciones entre operadores y la resolución de conflictos que pretenda adoptar al amparo del artículo 23.3 a) y b), refiriéndose este apartado b) a los conflictos de interconexión y acceso.

Sin embargo, el artículo 25 del RMAN lo que establece, precisamente, es exceptuar del procedimiento de información pública los proyectos de medidas que pretenda adoptar esta Comisión cuando se trate de medidas adoptadas por la Comisión en sus intervenciones para la resolución de conflictos de interconexión y acceso.

Esto es así, justamente porque la norma entiende que, en estos casos, el ámbito de interés se limita al de las partes en conflicto. Si se aceptara el razonamiento de UNI2, en todos los conflictos entre operadores suscitados en el ámbito de las obligaciones de interconexión y acceso a las redes públicas de comunicaciones electrónicas, habría de observarse el procedimiento de información pública previsto en el artículo 86 de la LRJPAC.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Sobre el alegado reforzamiento del interés legítimo de UNi2 por el hecho de que TME tenga el estatuto jurídico de operador dominante y sus obligaciones de no discriminación y transparencia.

UNi2 alega que las obligaciones que tienen los operadores dominantes establecidas en el Reglamento de Interconexión respecto a *“facilitar la interconexión en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y fundadas en criterios objetivos”* continúan en vigor de acuerdo con la Disposición transitoria primera del RMAN. Además, la Orden de 22 de septiembre consagra ese principio de no discriminación por parte de los operadores móviles.

UNi2 termina arguyendo que el artículo 11.4 de la LGTel establece que la intervención que lleve a cabo la Comisión en las relaciones entre operadores se hará *“con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3”*, entre los que se encuentra *“promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, así como la utilización de los nuevos servicios y el despliegue de redes, y el acceso a éstos, en condiciones de igualdad (...)”*.

Pues bien este argumento no puede ser admitido para validar que UNi2 tenga que ser admitida como parte en un procedimiento abierto para la resolución de un conflicto de interconexión en el que no forma parte.

Las obligaciones de no discriminación y transparencia que pueda tener impuestas TME se corresponderían, en todo caso, con derechos de UNi2 a obtener el acceso en condiciones no discriminatorias con respecto a otros accesos de igual naturaleza ofrecidos por TME a otros operadores. Para asegurar la no discriminación, las condiciones que pacte TME con cualquier operador que la solicite un determinado acceso han de ser transparentes.

Por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, no cabe admitir que el interés alegado por UNi2 se desprenda de esa condición de dominancia de TME.

Segundo.- Sobre la anulabilidad del acto de acuerdo con el artículo 63 por infracción de los artículos 89.3 y 58.2 de la LRJPAC.

UNi2 alega que la *“resolución frente a la que se interpone el presente recurso de reposición no expresa, tal y como exige el artículo 89.3, inciso segundo, de la LRJPAC, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos”* siendo asimismo, requisito de la notificación que se lleve a cabo, de conformidad con el artículo 58.2 de la misma ley, requisito que se ha vulnerado en el presente supuesto, pues la notificación no contiene tal mención.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, UNI2 alega que el acto es anulable de acuerdo con el artículo 63.1 de la LRJPAC que establece que *“son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”*.

Es necesario analizar la supuesta vulneración de los artículos 89.3 y 58.2 de forma independiente ya que se refieren a dos actos distintos. El artículo 89 establece el contenido de la resolución y el artículo 54 el contenido de la notificación.

En primer lugar, cabe decir que la infracción del artículo 89 no resulta de aplicación en el presente caso ya que el citado artículo se refiere al contenido obligatorio de las resoluciones que pongan fin al procedimiento. En este caso estamos ante un acto administrativo de trámite que no deja de tener tal naturaleza por el hecho de que sea un acto impugnado en reposición por reunir los requisitos establecidos en el artículo 107 de la LRJPAC para poder ser objeto de recurso administrativo. UNI2 parte de una premisa errónea, el acto impugnado no es una resolución, por lo tanto, este artículo 89.3 no ha sido infringido en ningún caso.

En segundo lugar, tal y como alega la recurrente, el artículo 58.2 establece que *“toda notificación (...) deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos”*. Si no se cumplen estos requisitos la notificación podría calificarse como defectuosa.

Sin embargo, de acuerdo con el apartado 3 del mismo artículo, las notificaciones defectuosas surtirán efecto a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el interesado o se interponga el recurso pertinente, precepto que hay que conectar con el artículo 63.2 de la LRJPAC que establece que el defecto de forma sólo determinará su anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

En cuanto a la posible indefensión basta con recordar jurisprudencia⁶ del Tribunal Supremo que señala que *“la indefensión no se entiende producida cuando el interesado ejercita todos los recursos procedentes”*.

Circunstancias estas que, evidentemente, no se dan en el presente caso, fundamental y principalmente, porque el acto ha sido recurrido en tiempo y forma, por lo que no a lugar la anulabilidad alegada.

Tercero.- Sobre la nulidad del acto de acuerdo con el artículo 62.1b de la LRJPAC, por haber sido dictado por órgano manifiestamente incompetente.

⁶ STS de 4 de junio de 2001, de 20 de julio de 2000, de 26 de mayo de 2000, de 24 de abril de 1998, de 25 de abril de 1994, de 20 de julio de 1992, 20 de febrero de 1987, 20 de octubre de 1983, 3 de junio de 1977, etc.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

UNI2 alega que *“la Resolución recurrida se dictó por el Secretario de la Comisión, por delegación, según se señala en la firma, adoptada por Acuerdo del Consejo de la Comisión de fecha 18 de diciembre de 1997”*.

En opinión de UNI2 la competencia para dictar este acto correspondería al Consejo de la Comisión ya que, en el apartado tercero de dicho Acuerdo se exceptúa de la delegación hecha al Secretario *“las resoluciones por las que se dé por finalizado cualquier procedimiento, cuya adopción corresponderá, en cualquier caso, al Consejo de la Comisión”*.

UNI2 plantea su recurso de reposición bajo la premisa errónea de que el acto impugnado es una resolución que pone fin al procedimiento.

Si bien con el acto impugnado se le impide personarse en el conflicto, no hay que olvidar que la Administración puede y debe dar respuesta de muchas formas, no sólo mediante resolución.

Es necesario recordar a UNI2 que las resoluciones no son la única forma de terminar un procedimiento, la LRJPAC en sus artículos 87 y 88 establece que pondrán fin al procedimiento, además de la resolución, el desistimiento, la renuncia, la declaración de caducidad y cualquier otra forma convencional (acuerdos, contratos, pactos, convenios...).

Además, como ya se ha dicho, UNI2 solicitó de esta Comisión la personación en un conflicto de interconexión entre dos operadores porque consideraba que la resolución del mismo podía afectar a sus intereses, pues bien, es claro que aquí existe un procedimiento principal, que no es la solicitud de personación de UNI2 sino el conflicto de interconexión entre TME y Tele2. Dicha solicitud forma parte de ese expediente que cobra entidad y sentido sólo y únicamente en el marco de ese procedimiento.

Pues bien, esta solicitud es un acto de trámite dentro del expediente RO 2004/1810 y si bien es recurrible por concurrir en él los requisitos del artículo 107 de la LRJPAC no pierde su naturaleza de acto de trámite, su carácter de mera tramitación, ajeno al objeto del procedimiento.

Por lo que, en ningún caso es una resolución que ponga fin al procedimiento no siendo de aplicación esta excepción a la delegación de competencias hecha a favor del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Además, señala UNI2, se delegan en el Secretario los *“actos de instrucción o de trámite que deban adoptarse en el curso de los expedientes administrativos tramitados en la Comisión no comprendidos en el apartado anterior”*, este apartado Segundo delega en el Director de Regulación de Operadores y en el Director Técnico *“la adopción de los actos de instrucción o trámite que deban adoptarse en el ejercicio de las funciones que les*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

correspondan ... con excepción de ... el trámite de audiencia así como cualquier acto de trámite por el que se dé por finalizado cualquier procedimiento”.

UNI2 considera que la exclusión expresa que hace el apartado tercero de los trámites comprendidos en el apartado segundo hace que la competencia para dictar la Resolución sea del Consejo de la Comisión.

El Acuerdo de 1997 delega una serie de competencias en distintos órganos de la Comisión, así en su apartado segundo delega en el Director de Regulación y en el Director Técnico una serie de materias y excluye otras, entre las exceptuadas se encuentra *“cualquier acto de trámite por el que se de por finalizado cualquier procedimiento”*. En su apartado tercero, delega en el Secretario una serie de actos, entre los que se incluyen, los actos de trámite no comprendidos en el apartado anterior, esto quiere decir, que los que se han excluido de la competencia de los Directores corresponden al Secretario.

Uni2 alega que por esa exclusión debiera entenderse que corresponde al Consejo y es todo lo contrario, por la exclusión que se realiza en el apartado segundo de dicho Acuerdo y de acuerdo con el apartado tercero que es claro en cuanto que establece que serán competencia del Secretario los actos no incluidos en el apartado anterior, véase estos actos de trámite que pongan fin al procedimiento, se deriva que la competencia efectivamente corresponde al Secretario de esta Comisión.

La denegación de tener a UNI2 como personada en el procedimiento de referencia es un acto de trámite dictado por el Secretario de esta Comisión haciendo uso legítimo de la delegación de competencias acordada por el Consejo de la Comisión en su Resolución de 18 de diciembre de 1997. Siendo el acto dictado por órgano manifiestamente competente.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Desestimar el recurso de reposición interpuesto por la entidad UNI2 TELECOMUNICACIONES, S.A.U. contra desestimación de su solicitud para personarse en el conflicto de acceso a la red de Telefónica Móviles España, S.A.U. por Tele2 Telecommunications Services, S.L. del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 6 de mayo de 2005.

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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

LA DIRECTORA DE LA
ASESORÍA JURÍDICA

Vº Bº EL PRESIDENTE

Alejandra de Iturriaga Gandini
P.V. art. 7.2 O.M. de 9 de abril de 1997
(B.O.E. de 11 de abril de 1997)

Reinaldo Rodríguez Illera