



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 14/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 23 de abril de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN SOBRE LA PETICIÓN DE SUSPENSIÓN PRESENTADA POR LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U, EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 12 DE FEBRERO DE 2009, POR LA QUE SE APRUEBA LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES SIMÉTRICAS DE ACCESO A LOS OPERADORES EN RELACIÓN CON EL DESPLIEGUE DE FIBRA ÓPTICA EN EL INTERIOR DE LOS EDIFICIOS.

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U contra la Resolución de la Comisión de fecha 12 de febrero de 2009, por la que se aprueba la imposición de obligaciones simétricas de acceso a los operadores de comunicaciones electrónicas en relación con las redes de fibra de su titularidad que desplieguen en el interior de los edificios (MTZ 2008/965), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. /09 del día de la fecha, la siguiente Resolución (AJ 2009/466):

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 12 de febrero de 2009, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución por la que se aprobaba la imposición de obligaciones simétricas de acceso a los operadores de comunicaciones electrónicas en relación con las redes de fibra de su titularidad que fueran a desplegar en el interior de los edificios.

En el Anexo I de la citada Resolución se impusieron a los operadores que desplieguen fibra óptica las siguientes obligaciones:

1. Obligación de proporcionar acceso a los recursos de red emplazados en el interior o proximidad de los edificios.
2. Obligación de ofrecer el acceso a precios razonables.
3. Obligación de transparencia en las condiciones de acceso.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Estas obligaciones entraron en vigor el día siguiente de la publicación en el Boletín Oficial del Estado¹ de la Resolución, es decir, el día 27 de febrero de 2009.

SEGUNDO.- Con fecha 27 de marzo de 2009 tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito presentado por Don Nicolás Oriol Enciso, en nombre y representación de la entidad Telefónica de España, S.A.U, (en adelante, Telefónica) por el que interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

La recurrente solicita, a través de otrosí digo, la suspensión de la citada Resolución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

Primero.- Legitimación de la entidad recurrente.

En el escrito presentado por Telefónica por el que se interpone recurso de reposición contra la Resolución de esta Comisión de fecha 12 de febrero de 2009, se viene a solicitar por medio de otrosí digo la suspensión de la ejecución de la citada Resolución impugnada.

En aquella Resolución se determinan las obligaciones de acceso que deben cumplir los operadores de comunicaciones electrónicas en relación con el despliegue de redes de fibra en el interior de los edificios, por lo que, en la medida en que dicha entidad ya era interesada en el procedimiento que dio como resultado la Resolución objeto de impugnación, aquélla ostenta también la condición de interesada en la presente pieza de suspensión.

Segundo.- Competencia para resolver.

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el recurso de reposición interpuesto por Telefónica contra la Resolución de 12 de febrero de 2009 y, por tanto, la petición de suspensión en él contenida, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

¹ BOE, número 49, de 26 de febrero de 2009. Sección III Página 20255.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero.- Admisión a trámite.

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

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

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero.- La suspensión de la ejecución de los actos administrativos.

Con carácter general, el artículo 111.1 de la LRJPAC dispone que la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, excepto en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario (supuesto que no concurre en este caso).

La posibilidad de suspender un acto administrativo constituye un verdadero límite a su ejecutividad, en consonancia con el principio constitucional de eficacia que debe informarlos y al privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública. Es por ello que, en principio, el análisis de toda solicitud de suspensión de la ejecutividad de un acto, como la de la recurrente, debe hacerse partiendo de su excepcionalidad.

Sin embargo, la Administración debe vigilar que se respete el derecho a la defensa efectiva, acordando la suspensión de los actos que puedan suponer la causación de un perjuicio irreparable en el caso de que quien tenga la razón tenga que verse asistido de un órgano jurisdiccional para obtenerla².

En este sentido, el apartado 2 del citado artículo prevé que el órgano al que compete la resolución del recurso, previa ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias tasadas:

² Esta doctrina ha sido recogida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia del caso *Factortame*, de 19 de junio de 1990.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación (letra a del artículo 111.2).
- Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC (letra b del artículo 111.2).

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

SEGUNDO.- Concurrencia de los requisitos legales para la suspensión.

Entre las dos circunstancias alternativas que el artículo 111.2 de la LRJPAC establece como posibles para solicitar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo, cabe señalar que Telefónica invoca la concurrencia de ambas.

a) Sobre si la resolución impugnada es susceptible de causar perjuicios de imposible o difícil reparación. Ponderación entre el interés público y el perjuicio que se causaría a la recurrente.

Tal y como ha señalado el Tribunal Supremo³, resulta un criterio decisivo para la adopción de la medida cautelar de suspensión el que se acredite que con la ejecución de la Resolución impugnada se ocasionan perjuicios de imposible o difícil reparación con la ejecución de la Resolución impugnada, a pesar de que el artículo 111 *ex lege* únicamente requiere para solicitar la suspensión de un acto impugnado, bien que la ejecución del mismo cause perjuicios de imposible o difícil reparación, o bien que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno Derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC.

Corresponde al recurrente la tarea de acreditar la existencia de perjuicios que llevaría la inmediata ejecución del acto, y que éstos son de imposible o difícil reparación.

Según Telefónica, las obligaciones impuestas en la Resolución impugnada ocasionan un grave perjuicio a la entidad, pero sin acreditar el daño o perjuicio que realmente se le ocasionaría con la inmediata ejecución de aquélla.

³ Sentencia de 15 de junio de 2001 (RJ 2001/6393).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resulta necesario precisar que la Jurisprudencia exige para apreciar la concurrencia de tal circunstancia la justificación razonada por la recurrente de los perjuicios concretos y manifiestos que se le ocasionarían con la aplicación inmediata de la Resolución impugnada, con el fin de su valoración por el órgano competente para resolver el correspondiente recurso, en orden a ponderar el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión pretendida y el perjuicio que causaría a la recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido, según dispone el citado artículo 111 de la LRJPAC.

En el presente caso, no se aportan datos concluyentes ni se incluyen en el recurso presentado por Telefónica razonamientos determinantes sobre los perjuicios concretos que se ocasionarían con la ejecución de la Resolución impugnada, aún a nivel indiciario, por lo que no ha resultado acreditada la concurrencia del supuesto contemplado en la letra a) del artículo 111.2 de la LRJPAC.

Sentado lo anterior, cabe señalar que la falta de determinación y justificación de la existencia de perjuicios por la inmediata ejecución de la Resolución exime del análisis que procede realizar sobre el perjuicio o beneficio que causaría al interés público la inmediata ejecución de la misma⁴.

b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC.

Es preciso recordar que el Tribunal Supremo⁵ ha señalado que el requisito establecido en el artículo 111.2.b) concurrirá *“siempre que se aprecie de una manera terminantemente clara y ostensible la posibilidad de concurrencia de alguna de tales causas de nulidad de pleno derecho”*⁶. Esto es, se trata de que el vicio determinante de nulidad surja de manera evidente sin necesidad de que deba realizarse nada más que la comprobación del hecho para constatar su existencia, debiendo ser inmediatamente apreciable y sin ser necesario profundizar en el fondo del asunto.

La concurrencia de la circunstancia expuesta en el párrafo anterior no es baladí ya que, tal y como también ha establecido el Alto Tribunal⁷, aplicando la doctrina establecida para los recursos contenciosos-administrativos a los interpuestos en vía administrativa, al resolver sobre una solicitud de suspensión resulta necesario apreciar la posible incidencia de la alegada nulidad de pleno Derecho sin que pueda entenderse que concorra simplemente por el hecho de ser alegada ya que ello significaría dejar al arbitrio de los interesados en un procedimiento la facultad de obtener la suspensión del acto recurrido.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de mayo de 2001 (RJ 2001/4186).

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7840).

⁶ El subrayado es nuestro.

⁷ Auto del Tribunal Supremo de fecha 6 de octubre de 1997 (RJ 1997/7114).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tal y como se ha adelantado anteriormente, la recurrente invoca la concurrencia, en la Resolución impugnada, de la causa de nulidad de pleno derecho contemplada en el artículo.62.1 a) de la LRJPAC, por entender que concurren los siguientes motivos:

- En relación con el ámbito subjetivo de las obligaciones impuestas (los operadores afectados por las medidas impuestas en ella), infracción del artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones⁸ (en adelante, LGTel) y, concretamente, de la protección de la competencia efectiva y los principios de neutralidad tecnológica, discriminación e intervención mínima.
- En relación con la obligación de proporcionar acceso a los recursos de red emplazados en el interior o proximidad de los edificios, infracción del artículo 11.5 de la LGTel, y de los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución Española, por considerar que es discriminatoria y adolece de falta de objetividad y proporcionalidad.
- En relación con la obligación de transparencia, infracción del artículo 11.5 de la LGTel, y de los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución Española, por considerar que es discriminatoria y adolece de falta de objetividad y proporcionalidad, así como que vulnera el principio de competencia efectiva.

Pues bien, tal y como puede apreciarse en relación con las alegaciones referenciadas en el párrafo anterior, en modo alguno resulta posible concluir de una forma manifiesta y ostensible de las mismas, tal y como exige la Jurisprudencia, que la Resolución adoptada el 12 de febrero de 2006 incurra en la nulidad de pleno derecho invocada, por lo que será necesario realizar un análisis en profundidad de la misma que sería improcedente en el marco de la presente pieza separada de suspensión, ya que implicaría prejuzgar la cuestión de fondo y se vulneraría el derecho fundamental a un procedimiento administrativo con las garantías debidas de prueba y contradicción.

Por tanto, será obligado realizar el análisis de los motivos de impugnación invocados por la recurrente en una fase posterior a la de esta pieza de suspensión, procediendo a la contestación de los mismos en la Resolución que finalmente se fuera a dictar.

En virtud de lo expuesto, cabe concluir que la Resolución de fecha 12 de febrero de 2009 es plenamente ejecutiva en todos sus términos desde la fecha de su notificación.

⁸ Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Desestimar la solicitud de suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución de la Comisión de 12 de febrero de 2009, por la que se aprueba la imposición de obligaciones simétricas de acceso a los operadores de comunicaciones electrónicas en relación con las redes de fibra de su titularidad que desplieguen en el interior de los edificios, siendo plenamente eficaz desde su notificación a los interesados.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, 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.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera