



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 número 05/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 5 de febrero de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN RELATIVA A LA SOLICITUD DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. DE SUSPENSIÓN CAUTELAR DE LA RESOLUCIÓN DE FECHA 28 DE NOVIEMBRE DE 2008, SOBRE LA REVISIÓN DE DETERMINADOS PRECIOS DE LAS OFERTAS DE REFERENCIA SOBRE LA BASE DE LOS RESULTADOS DEL EJERCICIO 2006 DE SU CONTABILIDAD DE COSTES.

En relación con la solicitud de suspensión de la ejecutividad del acto recurrido incorporada al recurso interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de fecha 28 de noviembre de 2008, sobre la revisión de determinados precios de las ofertas de referencia sobre la base de los resultados del ejercicio 2006 de la contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U., el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión número 05/09 del día de la fecha, la siguiente Resolución (AJ 2009/36):

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución recurrida.

En su sesión del día 28 de noviembre de 2008, el Consejo de esta Comisión acordó la resolución sobre la revisión de determinados precios de las ofertas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de referencia sobre la base de los resultados del ejercicio 2006 de la contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante Telefónica), cuya parte dispositiva establecía:

Primero.- *Modificar el apartado de precios de la OBA, de manera que la cuota mensual de prolongación de par en acceso completamente desagregado pase a ser de 7,79 euros, y el recargo mensual para las conexiones sin servicio telefónico pase a ser de 9,55 euros mensuales.*

Segundo.- *Modificar el apartado de precios de la oferta de AMLT, de manera que las cuotas mensuales de la línea analógica y del acceso básico de RDSI pasen a ser respectivamente de 11,28 y 18,61 euros.*

Tercero. .- *Los nuevos importes serán de aplicación a partir de la fecha de aprobación de la presente Resolución.*

SEGUNDO.- Recurso de reposición de Telefónica.

Con fecha 14 de enero de 2009 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un recurso de reposición presentado por Telefónica contra la resolución arriba mencionada.

Además, en el propio recurso, y por medio de “otro sí”, Telefónica solicita la suspensión de la aplicación de los nuevos precios hasta la resolución del recurso, en aplicación de lo previsto en el artículo 111 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC).

El motivo alegado por Telefónica no es otro que, de estimarse el recurso y no suspenderse su ejecutividad, Telefónica se vería obligada a volver a facturar a los operadores, lo que afectaría a sus relaciones con los mismos, además de afectar, según ella, a la seguridad jurídica y previsibilidad del marco existente. Asimismo, mantiene que la suspensión no supondría perjuicios para terceros y la “tenue intensidad” de la exigencia de ejecutar el acto recurrido.

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, en el que se interpone recurso de reposición contra la Resolución de esta Comisión de fecha 28 de noviembre de 2008, se solicita por medio de *otrosí* la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada.

Telefónica, además de ser el operador obligado a la presentación de ambas ofertas de referencia de servicios mayoristas, ya era interesada en el procedimiento en el que recayó la resolución recurrida, por lo que tiene legitimación para recurrirla y para solicitar la suspensión de su ejecución.

Segundo.- Competencia para resolver.

En virtud de lo establecido en el artículo 116.1 de la LRJAP y PAC, los actos que ponen fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, en este caso, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Asimismo, el artículo 111.2 de la LRJAP Y PAC atribuye la competencia para suspender la ejecución del acto impugnado, bien de oficio o a solicitud del recurrente, al órgano a quien compete resolver el recurso. En consecuencia, el Consejo de esta Comisión resulta competente para resolver las solicitudes de suspensión de la resolución recurrida por Telefónica y Jazztel.

Tercero.- Admisión a trámite.

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

El recurso presentado por Telefónica, en el que se solicita la suspensión parcial del acuerdo impugnado, se interpone contra una resolución de esta Comisión, que pone fin a la vía administrativa, por carecer su Consejo de superior jerárquico, y según lo dispuesto en los artículos 107 y 116 de la LRJAP y PAC. Además, se ha presentado dentro del plazo de un mes previsto en el artículo



117 de la citada Ley, por lo que procede admitir a trámite la petición de suspensión que contiene.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

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

Con carácter general, el artículo 111.2 de la LRJAP y PAC 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).

Esta posibilidad constituye un verdadero límite a la ejecutividad de los actos administrativos, 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 las de las recurrentes, deba hacerse partiendo de su excepcionalidad.

Sin embargo, la Administración debe vigilar por 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 obtenerla¹.

Así, el apartado 2 del citado artículo prevé que el órgano al que compete el 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:

- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJAP Y PAC.

¹ 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

A su vez, es doctrina consolidada que para el otorgamiento de la suspensión por daños irreparables, es precisa la concurrencia de tres requisitos:

- a) Existencia de daños y perjuicios derivados de la ejecución del acto.
- b) Que sean de difícil o imposible reparación.
- c) Que no se deriven graves perjuicios para el interés público de la falta de ejecución, lo cual requiere como exigencia indispensable, que el interesado al pedir la suspensión alegue la existencia de daños o perjuicios de difícil o imposible reparación haciendo una descripción lógica y racional de los mismos de forma tal que pueda establecerse una comparación razonable entre el interés privado del que pide la suspensión y el interés público que debe defender la Administración para que el acto no se suspenda.

En aplicación del artículo citado, para determinar si procede o no acceder a la suspensión solicitada por las recurrentes, habrá que analizar, en primer lugar, si concurre alguna de las circunstancias señaladas con 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.

a) La causación de perjuicios de imposible o difícil reparación

La primera de las circunstancias que puede concurrir para la suspensión de la ejecución de los actos administrativos es la producción a la recurrente de perjuicios de imposible o difícil reparación que pudieran producirse tras la estimación del recurso. De esta manera se pretende garantizar la integridad del objeto litigioso, pues de no ser así, se desvirtuaría el propio derecho al recurso.

En principio, no basta la mera alegación de hipotéticos perjuicios para proceder a la suspensión de la ejecutividad de los actos, sino que, por el contrario, el solicitante debe justificar someramente su existencia. Así lo recoge la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Auto de 26 de marzo de 1998 (RJ 1998\3216):



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“No basta, por otra parte, que la petición de suspensión vaya acompañada de una expresa manifestación de los perjuicios irreparables que pudieran irrogarse al recurrente caso de no acordarse, siendo necesario según reiterada doctrina de esta Sala que se aporte al menos un principio de prueba de la sobrevenida de tales perjuicios, o bien que la existencia de los mismos pueda deducirse de la naturaleza del acto impugnado, caso de no accederse a ella. Por otra parte, resulta absolutamente necesario que tales circunstancias sean patentes en el momento de la solicitud de suspensión.”

En el caso que nos ocupa, la reducción de los precios de servicios mayoristas obliga a la recurrente a aplicarlos en sus facturas a los operadores. De estimarse el recurso y aumentar dicho precio, se le obligaría a facturar la diferencia, lo que, a su juicio, le causaría un grave e irreparable perjuicio.

Esta Comisión no comparte la valoración de la recurrente en lo que se refiere a la irreversibilidad del supuesto perjuicio causado de estimarse el recurso. En primer lugar, porque facturar de nuevo el saldo a su favor a los operadores a los que presta los servicios mayoristas afectados no le ha de suponer un gran esfuerzo contable o administrativo. En segundo lugar, porque la existencia de una solución (*refacturar*) excluye el necesario requisito de que los perjuicios causados por la resolución recurrida sean irreversibles.

Además de lo anterior, se ha de tener en cuenta que los perjuicios ocasionados serían estrictamente económicos. A este respecto, Telefónica no acredita un daño singular y concreto por la reducción de los precios mayoristas a los que se ha hecho referencia más allá del valor económico de la diferencia entre lo facturado y lo que se facturaría con los precios pretendidos en su recurso, valor siempre resarcible al poderse facturar posteriormente. En todo caso, es jurisprudencia reiterada que el contenido exclusivamente económico del acto administrativo no puede reputarse, sin más, de perjuicio de imposible o difícil reparación, toda vez que la Administración es por su propia naturaleza, organización y funcionamiento, una entidad pública responsable y solvente en grado máximo, por lo que la posible existencia de esos perjuicios económicos derivados de la ejecución del acto administrativo que posteriormente fuese anulado, no puede ofrecer ni ofrece dificultades en cuanto a la adecuada reparación de los perjuicios y daños causados fácilmente conseguible dada la solvencia de la Administración (así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 20 de junio de 2007²).

Telefónica añade que, en el caso de tener que volver a facturar, sería en detrimento de sus relaciones con el resto de operadores, sin especificar en qué medida o por qué motivo el cumplimiento de una resolución administrativa

² RJCA 2007/432.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

puede perjudicarlas. Tampoco acredita o justifica por qué la estimación de un recurso o la reposición de una resolución que no es firme, basadas precisamente en motivos de legalidad, afecta a la seguridad jurídica o la previsibilidad del marco existente.

Finalmente, se debe considerar que los artículos 103.1 de la Constitución Española y 56 y 57.1 de la LRJAP y PAC vienen a consagrar la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, previendo la suspensión de forma excepcional, y sólo tras la ponderación de los distintos intereses en juego. Precisamente la acreditación de un perjuicio concreto y cualificado le corresponde al recurrente para la obligada ponderación de los intereses en conflicto, y sin esa acreditación debe prevalecer el principio de ejecución de las resoluciones administrativas.

Por todo lo anterior, no se considera acreditada la concurrencia de perjuicios de difícil o imposible reparación en el caso de estimarse el recurso que permitan acordar la suspensión del acto impugnado.

b) La fundamentación del recurso en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62 de la LRJAP y PAC.

Con carácter general, la mera alusión a alguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 62 de la LRJAP y PAC por parte del recurrente no es suficiente para completar la apariencia de buen derecho que deben cumplir sus argumentos, cuyo análisis, sucinto en todo caso, no ha de prejuzgar el fondo del asunto ni anticipar su resultado. Por esta misma razón, el Tribunal Supremo³ ha venido entendiendo que sólo en los casos en que la nulidad apareciese de forma evidente u ostensible podría resultar justificada una suspensión basada en la alegación de una causa de nulidad de pleno derecho.

Los motivos de nulidad absoluta recogidos en el citado artículo 62 de la LRJAP y PAC son los siguientes:

- a) La lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- b) Ser el acto dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- c) Tener un contenido imposible
- d) Constituir infracción penal o ser dictado como consecuencia de ésta.
- e) Haber sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen

³ Por ejemplo, en su Sentencia fecha 28 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7840).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

- f) Ser contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.
- g) Cualquier otra que se establezca expresamente en una disposición legal.

Telefónica denuncia en su recurso, y en concreto en el tercero y cuarto de sus motivos, la vulneración de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución como causas de nulidad absoluta, así como la infracción de diversos preceptos legales, en relación con el artículo 62.2 de la LRJAP y PAC.

En primer lugar, se ha de indicar que la infracción del ordenamiento jurídico no convierte el acto en nulo de pleno derecho, sino que será, en todo caso, anulable en atención a lo dispuesto en el artículo 63 de la LRJAP y PAC. La remisión de Telefónica al artículo 62.2 de dicha Ley es incorrecta, pues éste se refiere a disposiciones generales y reglamentos, no a actos administrativos singulares, como el que nos ocupa.

En cuanto a la supuesta infracción de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución, nuevamente no se ha de considerar su mención como requisito que justifique la suspensión de la ejecutividad de la resolución.

En todo caso, debe señalarse que el artículo 9.3 no contempla ningún derecho susceptible de amparo.

En lo que se refiere a la interdicción de la indefensión prevista en el artículo 24 de la Constitución, Telefónica se basa en la falta de motivación del acto recurrido, lo que le habría impedido conocer su "*ratio decidendi*". Sin embargo, difícilmente puede calificarse como de infundado un acto que, una por una, contesta todas las alegaciones presentadas por los interesados. La razón para rebajar los precios de los servicios a los que se refiere el acto recurrido reside en la comprobación de los costes de Telefónica, cuestión ésta que conoce perfectamente, tal y como se desprende de sus propias alegaciones.

Por todo lo arriba expuesto, difícilmente puede considerarse fundamentada la petición de nulidad de pleno derecho que justificaría la suspensión de la ejecutividad del acto.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar la solicitud presentada por Telefónica de suspensión de la ejecución de la Resolución de fecha 28 de noviembre de 2008, sobre la revisión de determinados precios de las ofertas de referencia sobre la base de los resultados del ejercicio 2006 de la contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U.

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 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 que los interesados podrán ejercitar cualquier otro que estimen procedente.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera