COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 27 de junio de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DENIEGA LA SUSPENSIÓN PARCIAL SOLICITADA POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN RELACIÓN CON EL ACUERDO DEL CONSEJO DE FECHA 29 DE ABRIL DE 2002, POR EL QUE SE INSTA LA MODIFICACIÓN DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO PUBLICADA POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN FECHA 20 DE ENERO DE 2001.

En relación con la solicitud de suspensión parcial incorporada al recurso potestativo de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de abril de 2002, por la que se insta la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U. en fecha 20 de enero de 2001, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 23/02 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 27 de junio de 2002, recaída en el expediente AJ 2002/6888.

HECHOS

PRIMERO.- En fecha 29 de abril de 2002, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó un Acuerdo en virtud del cual se insta la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) el día 20 de enero de 2001.

La citada Resolución fue notificada a TESAU el día 30 de abril de 2002.

SEGUNDO.- Mediante escrito de fecha 29 de mayo de 2002, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 31 de mayo del mismo año, el representante legal de TESAU interpuso recurso potestativo de reposición contra la resolución antes referida.

Asimismo, a través de dicho escrito, TESAU vino a solicitar la suspensión parcial de la Resolución impugnada. En concreto, se solicita la suspensión de los aspectos de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (en adelante, OBA) recogidos en el motivo 1 (apartado 1.1 de la OBA); 2.1 (apartado 2.6.5 de la OBA); 2.2 (apartado 2.7.1 de la OBA); 3.1 (apartado 2.15.7 de la OBA); 3.2 (apartado 2.17 de la OBA); 6.1 (apartado 1.5.1.8 de la OBA) 6.2 y 6.3; 8; 9.1 (apartado 4.3 de la OBA); así como de las estipulaciones de los contratos tipo afectadas por los aspectos citados y el contenido de la cláusula segunda del contrato tipo de acceso indirecto al bucle de abonado.

La expresada solicitud de suspensión parcial se acompaña de una fundamentación jurídica de la pretensión, alegando que la ejecución de la resolución recurrida, en aquellos aspectos cuya suspensión se solicita, determinarían la ineficacia del recurso planteado. En este sentido, la recurrente alega ausencia de perjuicio al interés público en caso de que se acordase la suspensión parcial solicitada.

TERCERO.- A través de escritos de fecha 5 de junio de 2002, esta Comisión comunicó el inicio del procedimiento correspondiente a los interesados, conforme lo previsto en los artículos 42.4 y 112.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Admisión a trámite.

En el escrito presentado por TESAU por el que se interpone recurso de reposición contra la resolución de esta Comisión de fecha 29 de abril de 2002 ya referida, se viene a solicitar la suspensión parcial de la ejecución de las resolución recurrida**,** a los efectos previstos en el artículo 111 de la LRJPAC. Dicho artículo establece las reglas para la suspensión de la ejecución de los actos administrativos, cuando éstos sean objeto de cualquier recurso administrativo.

Habida cuenta que el recurso potestativo de reposición presentado por TESAU, en el que se solicita la suspensión parcial del acto impugnado, se interpone contra el acto expresado, que resulta susceptible del mismo según lo dispuesto por los artículos 107 y 116 de la LRJPAC, y dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, procede admitirlo a trámite. En consecuencia, también se admite a trámite la solicitud de suspensión parcial planteada junto con el recurso.

SEGUNDO. Competencia para resolver la solicitud de suspensión parcial.

En virtud de lo establecido en el artículo 116.1 de la LRJPAC, 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 LRJPAC atribuye la competencia para suspender la ejecución del acto impugnado, bien de oficio o a solicitud del recurrente, al órgano a quien competa resolver el recurso. En consecuencia, el Consejo de esta Comisión resulta competente para resolver la solicitud de suspensión parcial de la resolución recurrida por TESAU.

TERCERO. Sobre la petición de suspensión parcial de la resolución recurrida.

Conforme a lo expuesto en los antecedentes de hecho, mediante otrosí, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2 de la LRJPAC, TESAU solicita expresamente la suspensión parcial de la resolución impugnada.

Según lo establecido en el artículo 111.1 de la LRJPAC, la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado. No obstante, el órgano a quien competa resolver el recurso podrá, en virtud del artículo 111.2 de la LRJPAC, suspender la ejecución del acto impugnado, previa ponderación 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. Para ello, se señalan en el citado artículo dos circunstancias alternativas que deben concurrir para que sea posible la suspensión:

- Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

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

Al respecto ha de señalarse que TESAU ha invocado, en general, tanto perjuicios de imposible o difícil reparación, caso de producirse la ejecución de la resolución recurrida, como causas de nulidad de pleno derecho de la misma. Por ello, podrían concurrir en el presente caso las circunstancias que determinan la necesidad de que el órgano administrativo competente pondere, a solicitud de la recurrente, de forma previa y suficientemente razonada, el perjuicio que se causaría a TESAU como consecuencia de la eficacia del acto recurrido y el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión instada.

Por consiguiente, procede analizar los apartados de la resolución cuya suspensión se insta con el fin de constatar, en primer lugar, si concurre alguna de las circunstancias exigidas por el artículo 111.2 de la LRJPAC. En tal caso, habría de llevarse a cabo la ponderación de intereses expresada en el citado precepto legal, como queda dicho.

TESAU solicita, en primer lugar, la suspensión del apartado 1.1 de la OBA por los motivos esgrimidos en la primera alegación de su recurso. Pues bien, examinados los citados motivos, no se aprecian alegaciones relativas a perjuicios de imposible o difícil reparación ni causa de nulidad de pleno derecho con respecto a la casuística de los pares de cobre susceptibles de acceso al bucle, razón por la cual procede rechazar la pretensión de suspensión de este apartado.

Con respecto a las alegaciones sobre el apartado 2.6.5 de la OBA, expresadas en el motivo 2.1 del recurso, cumple señalar que la pretendida imposibilidad técnica de cumplimiento de las condiciones aprobadas no es asumible por esta Comisión ni puede constituir fundamento de nulidad de pleno derecho, por cuanto no considera que las precisiones sobre las canalizaciones sean susceptibles de propiciar malentendidos o peticiones injustificadas de los operadores autorizados. Ello, tomando en cuenta que las negociaciones de las condiciones complementarias a la propia OBA entre TESAU y los operadores autorizados han de estar presididas por el principio de buena fe, tal y como quedó establecido en el apartado sexto de la resolución recurrida. No concurre, por tanto, circunstancia alguna que determine la posibilidad de suspender, en este apartado, la resolución objeto de recurso.

En lo que se refiere al apartado 2.7.1 de la OBA, TESAU alega una imposibilidad de cumplimiento en el motivo 2.2 de su recurso sin motivación alguna, razón por la cual no procede considerar tal circunstancia. En efecto, para apreciar la concurrencia de alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 111.2 de la LRJPAC que posibiliten la suspensión de la resolución recurrida, es necesario una mínima fundamentación de la misma que permita al

órgano administrativo comprobar su concurrencia, sin que sea suficiente una mera invocación. Por ello, ha de desestimarse la pretensión en este punto.

En relación con el apartado 2.15.7 de la OBA reflejado en el punto 3.1 de los motivos de impugnación alegados por la recurrente, en lo que se refiere al procedimiento de ubicación y la supuesta infracción del artículo 9.1 del Reglamento de acceso al bucle de abonado, aprobado por Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre, ha de indicarse que, en tal caso, se produciría una hipotética infracción del ordenamiento jurídico determinante de la anulabilidad de la resolución, conforme lo previsto en el artículo 63.1 de la LRJPAC, pero en ningún caso concurriría causa de nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida según lo establecido en el artículo 62.1 de la citada Ley, razón por la cual no cabe apreciar circunstancia alguna que permita suspender su eficacia.

Con respecto al apartado 2.17 de la OBA, según los argumentos sostenidos en el punto 3.2 del recurso interpuesto, es preciso señalar que la alegación de TESAU con respecto a la pretendida confidencialidad de la información a suministrar, referida a la asignación de espacios de la central, ya fue analizada a la hora de establecer la justificación de la habilitación de SdO para pequeña demanda. En todo caso, esta Comisión considera que dicha información no es susceptible de producir a TESAU perjuicio de imposible o difícil reparación, por lo que no concurre en este punto circunstancia alguna que posibilite la suspensión de la resolución recurrida, conforme lo previsto en el artículo 111.2 de la LRJPAC. Procede, por ello, desestimar la pretensión de la recurrente referida a la suspensión de este punto de la resolución.

En lo que se refiere al apartado 1.5.1.8 de la OBA y las alegaciones vertidas en el apartado 6.1 del recurso, cumple señalar que esta Comisión considera que el tiempo otorgado en la resolución recurrida para adaptar los sistemas informáticos corporativos no es susceptible de producir perjuicios de imposible o difícil reparación a la recurrente, a expensas de lo que se establezca en la resolución del recurso interpuesto sobre su legalidad. En consecuencia, y en lo que se contrae exclusivamente a la suspensión de este apartado, procede rechazar la pretensión de TESAU, por no concurrir ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 111.2 de la LRJPAC.

En relación con los puntos 6.2 y 6.3 del recurso, relativos al tendido de cable externo y plazos de provisión de los servicios, respectivamente, se considera, asimismo, que no concurren perjuicios de imposible o difícil reparación para TESAU, con abstracción del fondo del asunto, que se resolverá oportunamente con el recurso interpuesto. En efecto, tanto el módulo de tendido de pares como los plazos para ubicación distante se estiman ajustados, en principio, a las posibilidades técnicas del operador dominante, por lo que no cabe apreciar

perjuicios de tal orden. No concurriendo circunstancia alguna de las previstas en el artículo 111.2 de la LRJPAC, procede rechazar la pretensión de TESAU en este punto.

Con respecto a los aspectos económicos de la OBA y la supuesta infracción del principio de orientación a costes establecido en el artículo 5.1 del Reglamento de acceso al bucle de abonado, alegados en el punto 8 del recurso, es preciso reiterar aquí que, a los solos efectos de resolver sobre la suspensión de la resolución recurrida y, de nuevo, con abstracción del fondo del asunto, no concurren aquí ni perjuicios de imposible o difícil reparación ni causas de nulidad de pleno derecho, razón por la cual procede desestimar la pretensión suspensiva de TESAU en este punto.

Por lo que se refiere al apartado 4.3 de la OBA, conforme lo expresado por la recurrente en el punto 9.1 del recurso, ha de indicarse que la resolución recurrida señala, en su apartado segundo, que las bases de datos de información sobre el acceso al bucle de abonado referidas en la OBA deberán estar disponibles antes de cuatro meses y completamente actualizadas antes de seis meses, desde su entrada en vigor. Esta Comisión considera que el citado plazo no es susceptible de producir a la recurrente perjuicio alguno de imposible o difícil reparación, en lo relativo al establecimiento concreto de la base de datos de edificios y repartidores, sin que se fundamente la impugnación en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC. Ello, sin perjuicio de la resolución que se adopte con respecto al recurso interpuesto y la legalidad de la obligación impuesta a TESAU. En atención a lo dispuesto en el artículo 111.2 de la LRJPAC, y en lo referente a la suspensión del apartado en cuestión, procede rechazar la pretensión por no concurrir ninguna de las circunstancias exigidas para acordarla.

Por los mismos motivos expuestos, no procede acoger la solicitud de suspensión relativa a las estipulaciones de los contratos tipo que afecten a los aspectos sobre cuya suspensión ya se ha pronunciado esta Comisión en la presente resolución, tal y como pretende la recurrente.

Finalmente, con respecto a la suspensión del contenido de la cláusula segunda del contrato tipo de acceso indirecto y los argumentos reflejados por TESAU en el apartado 10.1 de su recurso, es preciso señalar que la resolución recurrida motiva suficientemente las razones que llevaron a esta Comisión a incorporar en el citado contrato tipo la posibilidad de que la petición del pPAI pueda haber sido anterior a la firma del contrato, por una cuestión de mera operatividad de incorporación de los pPAIs solicitados al nuevo contrato. A los solos efectos de resolver sobre la solicitud de suspensión de esta estipulación, cabe rechazar la pretensión de la recurrente relativa a los graves perjuicios que le ocasionaría la

estipulación, por no disponer de mecanismos que permitan la reserva de pPAIs y por la hipotética anulación de la solicitud antes de la firma del contrato. En efecto, no es posible apreciar perjuicio de imposible o difícil reparación por esta circunstancia, por cuanto lo único que establece la estipulación es la incorporación de los pPAIs anteriormente solicitados al contrato suscrito con el operador autorizado, de modo que las condiciones de ese contrato sólo resultarán de aplicación desde su firma y no antes, como pretende deducir la recurrente. No concurriendo perjuicio de imposible o difícil reparación ni habiéndose fundamentado causa alguna de nulidad de pleno derecho, procede rechazar la solicitud de suspensión en este punto concreto.

Por todo lo anteriormente expresado, se concluye que no procede acceder a la solicitud de suspensión parcial planteada por TESAU en el recurso de reposición que trae causa.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Denegar la suspensión parcial de la eficacia inmediata de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 29 de abril de 2002, por la que se insta la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U. en fecha 20 de enero de 2001, la cuál ha sido objeto de recurso potestativo de reposición presentado por 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, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, 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 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las 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 del 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 PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José Mª Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes