



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 5 de septiembre de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DENIEGA LA SUSPENSIÓN SOLICITADA POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., EN RELACIÓN CON EL ACUERDO DEL CONSEJO DE FECHA 18 DE JULIO DE 2002 RELATIVO A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LAS ESPECIFICACIONES PARA LA CONSERVACIÓN DEL NÚMERO DE ABONADO EN CASO DE CAMBIO DE OPERADOR PARA SOLICITUDES PROVENIENTES DE DESAGREGACIÓN DEL BUCLE.

En relación con la solicitud de suspensión 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 18 de julio de 2002, relativa a la adopción de medidas cautelares sobre la modificación de las especificaciones para la conservación del número de abonado en caso de cambio de operador para solicitudes provenientes de desagregación del bucle, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 30/02 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 5 de septiembre de 2002, recaída en el expediente AJ 2002/7334.

HECHOS



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

PRIMERO. Con fecha 18 de julio de 2002, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó una resolución relativa a la adopción de medidas cautelares sobre la modificación de las especificaciones para la conservación del número de abonado en caso de cambio de operador para solicitudes provenientes de desagregación del bucle.

La citada Resolución fue notificada a Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) el día 29 de julio de 2002.

SEGUNDO. Mediante escrito de fecha 5 de agosto de 2002, con entrada en el Registro de esta Comisión el mismo día, la representación legal de TESAU interpuso recurso potestativo de reposición contra la resolución antes referida.

Asimismo, a través de dicho escrito TESAU viene a solicitar la suspensión de la resolución recurrida, basándose en los siguientes motivos:

- Nulidad del procedimiento de adopción de medidas cautelares por omisión del trámite de audiencia.
- Inexistencia de un interés público que demande no suspender el acto administrativo recurrido.
- Grave perjuicio al funcionamiento de los procesos de portabilidad y de desagregación del bucle.

TERCERO. A través de escritos de fecha 8 de agosto de 2002, esta Comisión comunicó el inicio del procedimiento correspondiente a los interesados, conforme a 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, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante, LRJPAC).

CUARTO. Mediante escrito de fecha 23 de agosto de 2002, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 28 de agosto de 2002, la entidad Comunitel Global, S.A. formuló alegaciones en relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso interpuesto por TESAU, oponiéndose a la misma por los perjuicios que ocasionaría al resto de operadores.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Admisión a trámite.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el escrito presentado por la representación legal de TESAU mediante el que se interpone recurso de reposición contra la Resolución de esta Comisión de fecha 18 de julio de 2002 ya referida, se viene a solicitar la suspensión de la ejecución de la 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 de reposición presentado por TESAU, en el que se solicita la suspensión del acto impugnado, se interpone contra la Resolución expresada 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 planteada junto con el recurso.

SEGUNDO. Competencia para resolver la solicitud de suspensión.

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 compete resolver el recurso. En consecuencia, el Consejo de esta Comisión resulta competente para resolver la solicitud de suspensión de la resolución recurrida por TESAU.

TERCERO. Sobre la petición de suspensión 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 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 compete 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:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 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 LRJPAC.

Al respecto ha de señalarse que TESAU ha invocado en su escrito, por un lado, la nulidad del procedimiento de adopción de medidas cautelares por omisión del trámite de audiencia y, por otro, el grave perjuicio de los procesos de portabilidad y de desagregación del bucle que determinaría la ejecución de la medida cautelar recurrida.

Por consiguiente, en aplicación del artículo citado, para determinar si procede o no acceder a la suspensión solicitada por la recurrente, esta Comisión ha de analizar, en primer lugar, si concurre alguna de las circunstancias señaladas con las letras a) y b). Y, en el caso de que se compruebe la concurrencia de alguna de ellas, debería analizar, en segundo lugar, si ha de prevalecer el interés público o de terceros o el del interesado 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.

En consecuencia, procede llevar a cabo un análisis preliminar de la concurrencia de alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 111.2 de la LRJPAC en atención a las alegaciones efectuadas por la recurrente:

1. Fundamento del recurso en alguna causa de nulidad de pleno derecho.

TESAU solicita la suspensión de la resolución recurrida por entender que la misma incurre en causa de nulidad de pleno derecho. En concreto, la recurrente alega la nulidad del procedimiento de adopción de medidas cautelares por omisión del trámite de audiencia.

Analizado este motivo de suspensión exclusivamente a tales efectos, con abstracción del fondo del asunto, no cabe apreciar que el pretendido vicio determinante de la nulidad surja de modo patente y notorio, según más adelante se razona y conforme exige la consolidada doctrina jurisprudencial sobre la apariencia de buen derecho. En este sentido se expresa la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001\3004) al indicar que:

“No resulta suficiente por último, en contra de lo que se alega, la simple invocación de la existencia de un vicio de nulidad de pleno Derecho de los acuerdos impugnados para que proceda acordar su suspensión cautelar. Esta Sala tiene declarado que la apariencia de buen Derecho sólo puede admitirse



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en casos en lo que la pretensión del recurrente aparezca justificada en forma manifiesta, sin necesidad de un análisis detenido de la legalidad, que está reservado necesariamente al proceso principal.”

Al respecto ha de señalarse que, en el momento de analizar las causas de nulidad alegadas por la recurrente, debe tenerse en cuenta el criterio establecido por la jurisprudencia en el siguiente sentido:

“La apariencia de buen derecho, que también invocan las partes que solicitan la suspensión, al margen de que sólo puede ser un factor importante para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión de algún supuesto concreto, pero siempre que concurriera la existencia de daños o perjuicios de las características mencionadas, exige, según la jurisprudencia, una prudente aplicación cuando, como aquí sucede, se esgrime como argumento de aquella procedencia de la suspensión de la ejecución, lo que significa que, en general, sólo quepa considerar tal alegación cuando el acto impugnado se haya dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula, o cuando se impugna un acto idéntico a otros que ya fue jurisdiccionalmente anulado – lo que no concurre en el supuesto de autos -, puesto que, en definitiva, cuando se postula la nulidad de un acto en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración o decisión en el proceso principal, lo que se pretende es que se prejuzgue la cuestión de fondo” (Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1998, RJ 1998\9735).

Pues bien, analizado el contenido de esta circunstancia de suspensión, resulta que el hecho de la inexistencia del trámite de audiencia al que se refiere el artículo 84 de la LRJPAC para la adopción de una medida provisional no supone, en absoluto, una justificación manifiesta de la pretensión de nulidad de pleno derecho de la medida recurrida. Cabe señalar al respecto lo dispuesto por el artículo 72 de la LRJPAC, únicamente a estos solos efectos y con la vista puesta en el momento procedimental en el que la medida cautelar se ubica. Ello sin necesidad de un análisis detenido de la legalidad, reservado al procedimiento principal de resolución del recurso, tal y como tiene establecido el Tribunal Supremo en la jurisprudencia invocada.

En consecuencia, se concluye que no concurre en el presente caso la circunstancia prevista en el artículo 111.2 letra b) de la LRJPAC.

2. Perjuicios de imposible o difícil reparación como consecuencia de la ejecución de la medida cautelar recurrida.

Con respecto a la segunda circunstancia que cabe apreciar en orden a la suspensión de un acto administrativo objeto de recurso, esto es, que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, TESAU



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sostiene únicamente en su escrito que dicha ejecución ocasionaría un grave perjuicio al funcionamiento de los procesos de portabilidad y de desagregación del bucle, por cuanto éstos se verían afectados quedando numerosos clientes pendientes de resolución de incidencias y con la posibilidad en ocasiones de quedarse incomunicados. En este sentido, la recurrente se remite a los argumentos vertidos en su escrito de alegaciones de fecha 29 de julio de 2002, que obra en el expediente administrativo DT 2002/7177 que trae causa.

En relación con esta circunstancia previa determinante del análisis de suspensión ha de indicarse, en primer lugar, que el artículo 111.2 letra a) de la LRJPAC está referido a perjuicios de imposible o difícil reparación producidos como consecuencia de la ejecución del acto objeto de recurso y no, como pretende la recurrente, a los supuestos perjuicios graves derivados de dicha ejecución. Es decir, lo que tipifica el artículo citado no es la gravedad en sí de los hipotéticos perjuicios derivados de la ejecución sino la irreparabilidad difícil o imposible de los mismos, caso de producirse. En este sentido es preciso destacar que ni el escrito de alegaciones de TESAU de fecha 29 de julio de 2002 ni el recurso interpuesto en fecha 5 de agosto de 2002 contienen razonamientos patentes y probados, aún indiciariamente, sobre el carácter irreparable de los hipotéticos perjuicios irrogados como consecuencia de la ejecución de la medida cautelar recurrida. Así, únicamente llevando a cabo una deducción abstracta del alegado perjuicio podría llegarse a analizar su carácter irreparable. Sin embargo, constituye jurisprudencia consolidada que el citado carácter irreparable debe ser manifiesto y concreto, con el fin de lograr 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 causare al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido. Por ello, no resulta suficiente, en modo alguno, la mera alegación por parte de la recurrente del presunto perjuicio, tal y como sostiene TESAU en su escrito de interposición del recurso.

Respecto de ello, procede traer a colación lo manifestado por 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):

“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 sobreveniencia 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.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A mayor abundamiento, es preciso señalar en segundo lugar que, aún si se considerase suficiente la mera gravedad del perjuicio alegado sin necesidad de analizar su irreparabilidad, tal y como exige el citado artículo 111 de la LRJPAC, tampoco podría prosperar la pretensión de TESAU. En efecto, esta Comisión estima que la sustitución cautelar y, por tanto, provisional del apartado 5.1.4 de la Especificación Técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador no es susceptible de irrogar un perjuicio grave a TESAU. Ello, por cuanto los supuestos perjuicios alegados por la recurrente tienen como sujeto pasivo no a esa entidad, sino pretendidamente a los procesos de portabilidad y de desagregación del bucle, así como a los clientes pendientes de resolución de incidencias. Pues bien, no resulta admisible que los perjuicios alegados en la solicitud de suspensión afecte bien a terceras personas o a procedimientos de portabilidad o desagregación, por cuanto TESAU, en su papel de operador de telecomunicaciones, no puede erigirse por razones obvias en garante de los intereses de los clientes de otros operadores ni de los procedimientos citados.

Por lo que respecta a los hipotéticos perjuicios derivados a TESAU como consecuencia de la atención de las incidencias que pudieran surgir provisionalmente, únicos perjuicios esgrimibles por la recurrente para sostener su pretensión de suspensión como queda dicho, esta Comisión considera que en caso alguno pudieran considerarse de gravedad, en aplicación de los procedimientos previstos para su solución. En cualquier caso, se tienen por efectuadas estas alegaciones para su consideración en la resolución que, con carácter definitivo, se dicte en el procedimiento administrativo que trae causa.

De todo lo anterior se deduce que tampoco concurre en el presente caso la circunstancia establecida en el apartado a) del artículo 111.2 de la LRJPAC para que se pueda acceder a la petición de suspensión del acto realizada por TESAU.

Así las cosas, cabe concluir que no se da ninguna de las dos circunstancias alternativas previstas en el artículo 111.2 de la LRJPAC para la suspensión de la ejecución del acto impugnado, por lo que no resulta posible llevar a cabo la ponderación de perjuicios prevista en el citado artículo.

No obstante la anterior conclusión es preciso destacar aquí que, aún habiéndose dado alguna de tales circunstancias, los hipotéticos perjuicios que se pudieran derivar para un determinado operador, en su caso, como consecuencia de la debida coordinación de los procedimientos de portabilidad y desagregación así como del tratamiento de incidencias, habrían de ponderarse frente a los perjuicios al interés general derivados del posible colapso de los procedimientos de desagregación del bucle, caso de no establecerse tal coordinación. Ello, considerando los principios y reglas contenidas en los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

artículos 3.1 y 10.1 del Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes, aprobado por Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre, expresados no sólo en la obligación del operador dominante de atender las solicitudes razonables de los operadores autorizados para el acceso desagregado a los bucles de abonado de su red, incluyendo la solicitud del abonado para la conservación de su numeración telefónica, sino también en la obligación de establecer los medios necesarios para la provisión del acceso desagregado suministrando a los operadores autorizados recursos equivalentes a los que se proporciona a sí mismo o a sus empresas filiales o participadas, en las mismas condiciones y plazos.

En consecuencia de todo lo expuesto, no procede acceder a la solicitud de suspensión 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 de la ejecución de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 18 de julio de 2002, relativa a la adopción de medidas cautelares sobre la modificación de las especificaciones para la conservación del número de abonado en caso de cambio de operador para solicitudes provenientes de desagregación del bucle.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José M^a Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes