



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JAIME VELAZQUEZ VIOQUE, 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 nº 34/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 23 de septiembre de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN SOBRE LA SUSPENSIÓN SOLICITADA, POR BT ESPAÑA COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES, DEL ACUERDO DEL CONSEJO DE FECHA 22 DE JULIO DE 2004, SOBRE LA SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO (OBA) DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., PARA ADECUARLA A LA MODIFICACIÓN DE LAS VELOCIDADES ADSL EN EL NIVEL MINORISTA.

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso potestativo de reposición interpuesto por BT ESPAÑA COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES, S.A. (en adelante, BT) contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 22 de julio de 2004 sobre la solicitud de modificación de la OBA de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU), para adecuarla a la modificación de las velocidades ADSL en el nivel minorista, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 34/04 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 23 de septiembre de 2004, recaída en el expediente AJ2004/1382



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

HECHOS

PRIMERO. En fecha 22 de julio de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó un Acuerdo sobre la solicitud de modificación de la OBA de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU), para adecuarla a la modificación de las velocidades ADSL en el nivel minorista.

La citada Resolución fue notificada a BT con fecha 26 de julio de 2004.

SEGUNDO. Mediante escrito de fecha 20 de agosto de 2004, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 23 del mismo mes y año, BT interpuso recurso potestativo de reposición contra la resolución antes referida. Asimismo, a través de dicho escrito, vino a solicitar la suspensión de la resolución impugnada en virtud de lo dispuesto en el artículo 111.2 de la LRJPAC pues, a entender del recurrente, la ejecución de dicha Resolución podría causarle perjuicios de imposible o difícil reparación, limitando de forma no admisible su derecho a la libertad de empresa. Asimismo, estima la citada entidad que *“en el presente supuesto debe prevalecer el interés de BT en suspender la ejecución de la eliminación de las modalidades sobre los intereses que postularían la prosecución de ésta”*.

TERCERO. A través de escritos de fecha 6 de septiembre de 2004, 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).

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Admisión a trámite.

En el escrito presentado por BT por el que se interpone recurso de reposición contra la Resolución de esta Comisión de 22 de julio de 2004 referida en el antecedente de hecho primero 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de los actos administrativos, cuando éstos sean objeto de cualquier recurso administrativo.

Habida cuenta que el recurso potestativo de reposición presentado por BT, en el que se solicita la suspensión 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 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 BT.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICO MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la petición de suspensión de la resolución recurrida.

Conforme a lo expuesto en los antecedentes de hecho y al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2 de la LRJPAC, BT 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:

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Por consiguiente, en aplicación del citado artículo 111, 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 en las letras a) y b). En segundo lugar, en el caso de que se compruebe la concurrencia de alguna de ellas, analizará, si ha de prevalecer el interés público, el 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.

Pues bien, ha de señalarse que, en este supuesto específico, los motivos de impugnación esgrimidos por BT en su escrito de interposición de recurso se concretan en los siguientes:

1. La eliminación de la OBA de las modalidades a 256 Kbits/s denominadas D y A, así como de la K, pasando a ser las modalidades de conexión sólo las descritas en el Anexo I de la Resolución impugnada, es inválida, pues resulta contraria a:
 - a) el derecho a la libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la Constitución
 - b) a lo dispuesto en el artículo 82.b) del Tratado de la Comunidad Europea y en el artículo 62 b) de la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia
 - c) a lo establecido en los artículos 7.1 y 11.5 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 el Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre.
2. La tarifa mayorista de la modalidad B, contenida en el Anexo 2 de la Resolución impugnada es inválida, por cuanto:
 - a) se ha calculado sin seguir el criterio previamente establecido por la CMT para el cálculo de las modalidades sin equivalente en la oferta minorista
 - b) resulta contraria al derecho a la libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la constitución y a lo dispuesto en el artículo 82.a) del tratado CE y en el artículo 62 a) de la Ley de Defensa de la Competencia



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Algunos de los elementos de costes incluidos en el anexo 3 de la resolución recurrida son erróneos, debiendo modificarse y ser los precios consecuentemente modificados.

Junto a los precitados motivos, ha de señalarse que BT alega, en relación con la suspensión de la resolución recurrida, que la ejecución de la Resolución impugnada le provocaría perjuicios de imposible o difícil reparación.

En consecuencia, esta Comisión pasa a realizar un análisis de estos aspectos en atención a las alegaciones efectuadas por los recurrentes.

Segundo. Sobre las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC.

A este respecto, basta señalar que los motivos alegados por BT como fundamentos del recurso presentado no constituyen ninguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC, por lo que la suspensión de la resolución impugnada no puede ser estimada sobre la base de esta consideración.

Tercero. Sobre los alegados perjuicios de imposible o difícil reparación como consecuencia de la ejecución de la Resolución recurrida.

- Cuestiones generales.

Como punto de partida, se debe rechazar la generalidad de la suspensión de la ejecución de los actos administrativos, restringiéndola a supuestos muy concretos. En relación con este aspecto, existe abundante jurisprudencia que así lo considera, baste extractar el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1989 (RJ 1989\4509) en los siguientes términos:

“El principio de ejecutividad de los actos de la Administración, aunque contra ellos se interponga recurso, sólo quiebra en supuestos concretos como el recogido en el art.122 de la [LJCA], es decir, cuando la ejecución hubiese de originar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, precepto que por su excepcionalidad haya que interpretar restrictivamente como ha venido reiterando este Tribunal – por ejemplo Autos de 17 y 23 de junio de 1987-; correspondiendo a quien pretenda hacer aplicable la excepción la carga de demostrar que se cumplen sus requisitos.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En efecto, la imposible o difícil reparación de los daños o perjuicios ocasionados como consecuencia de la ejecución del acto que se recurre, es un requisito previo determinante de la suspensión, que constituye un concepto jurídico indeterminado que debe valorarse atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Ahora bien, para que pueda apreciarse su existencia, y de conformidad con numerosa jurisprudencia consolidada, los perjuicios alegados deben ser manifiestos, concretos y susceptibles de valoración por el órgano concreto. Por ello, no resulta suficiente, en modo alguno, la alegación abstracta y genérica del presunto perjuicio, sino que dicho perjuicio debe estar suficientemente acreditado, correspondiendo a los solicitantes de la suspensión demostrar que se cumplen los requisitos.

En este sentido, 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.”

- Hipotético perjuicio económico que pudiera causarse a BT con la ejecución de la resolución recurrida.

La decisión concreta cuya suspensión se solicita es la relativa a la desaparición de las modalidades A, D y K de la OBA de TESAU.

La recurrente asegura que la ejecución de la resolución recurrida puede suponerle importantes perjuicios económicos, y de ahí la necesidad de que sea suspendida. No obstante, ello lo hace invocando hipotéticos perjuicios económicos de imposible o difícil reparación a través de meras alegaciones genéricas que adolecen de falta de motivación suficiente para justificar la suspensión solicitada.

En efecto, BT alega al respecto que *“la resolución impugnada, en cuanto a la supresión de modalidades, causaría graves perjuicios a mi representada, limitando de forma no admisible su derecho a la libertad de empresa. Tales perjuicios serían de difícil, si no de imposible reparación, pues la eliminación de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la OBA de las mencionadas modalidades a 256 Kbits/s, implica la obligada migración de sus clientes a modalidades, que en el caso de la A le suponen pérdidas económicas y en el resto conlleva la previa asunción por ésta de los costes adicionales de desarrollo de sus propias infraestructuras y el correspondiente cambio de clientes a tal modalidad". Asimismo, estima la citada entidad que no existe perjuicio alguno para TESAU en seguir prestando cautelarmente las modalidades técnicas A, D y K.

De lo anterior, resulta evidente que la recurrente no aporta datos concluyentes ni incluyen razonamientos patentes y probados, aún a nivel indiciario, sobre el carácter irreparable de los hipotéticos perjuicios irrogados, cuya existencia no queda, por tanto, debidamente justificada, ni podría deducirse de la Resolución recurrida. Así, en estos hipotéticos perjuicios económicos, no se proporciona información detallada que justifique el alcance o repercusión de dichos perjuicios y que permita, por tanto, considerarlos como de imposible reparación.

Es más, una vez corregido el error relativo al precio de la modalidad B mediante resolución del Secretario de esta Comisión de fecha 16 de septiembre de 2004, el cual fue puesto de manifiesto por la recurrente en su escrito de interposición de recurso como consta en los antecedentes de hecho de la presente resolución, cabe decir que las pérdidas económicas a las que hace referencia BT como fundamento de la suspensión ya ni siquiera se producirían. La cuota mensual por conexión de abonado en la modalidad A es, actualmente, de 26,51 euros, y el precio fijado para la modalidad B tras la duplicación de velocidades pasa a ser de 25,90 euros (en la Resolución de 22 de julio se había establecido esta cantidad, por error, en 34,90 euros). En consecuencia, la cuota mensual por abonado que este operador satisface a TESAU, en el caso de llevarse a cabo la migración, se ve reducida 0,61 euros.

Por ello, y a los efectos que ahora interesan, no resultan suficientes, en modo alguno, las alegaciones abstractas esgrimidas por BT sobre el presunto perjuicio que le produciría la ejecución de la Resolución impugnada, puesto que se tratan de meras manifestaciones de parte carentes de eficacia jurídica a los efectos de prevalecer frente a la eficacia de los actos administrativos en orden a la adopción de una media cautelar.

Junto con esta carencia de prueba sobre la reparabilidad de los hipotéticos perjuicios, se debe considerar que, en cualquier caso, las alegaciones para obtener la suspensión de la ejecución de la Resolución desembocan en hipotéticos perjuicios económicos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, respecto a los actos de contenido económico, es criterio jurisprudencial consolidado el siguiente:

“Los actos cuya ejecución tienen un contenido puramente económico no producen, por regla general, perjuicios de difícil reparación, ya que su cuantificación está dotada de certeza, permitiendo la devolución a la entidad afectada si a ello hubiere lugar.” (se extracta el Auto de 16 de septiembre de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; RJ 1997\6419).

La razón de ser de esta afirmación, tiene su origen en el hecho de que, salvo excepciones muy específicas y suficientemente acreditadas en que por lo exorbitante del contenido económico o por las especiales circunstancias que rodean al acto pueda resultar procedente acordar la suspensión, las cuantías económicas, por su propia naturaleza, son compensables.

Por consiguiente, tanto por el claro cariz económico de los perjuicios esgrimidos como por la falta de concreción y prueba de los argumentos traídos a colación, se puede concluir que no concurre en las alegaciones realizadas por BT, 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 la recurrente.

Cuarto.- Sobre la ponderación entre el interés público y el perjuicio que se causaría al recurrente.

Estima la recurrente, en relación con la ponderación entre el perjuicio que causaría al interés público o de terceros la suspensión de la ejecución y el que le causaría a ella misma la eficacia inmediata del acto recurrido, que en el presente supuesto debe prevalecer el interés de BT ante la eficacia del acto impugnado.

Frente a ello cabe manifestar, en primer lugar, que la conclusión alcanzada en los apartados anteriores, esto es que no concurre ninguna de las dos circunstancias exigidas por el artículo 111 de la LRJPAC (causa de nulidad de pleno derecho y existencia de perjuicios de imposible o difícil reparación) conlleva *per se* que esta Comisión deniegue la suspensión solicitada por BT, todo ello sin que proceda ponderar ningún tipo de perjuicio.

En segundo lugar, sin perjuicio de lo dicho y a mayor abundamiento, se señala a la recurrente que concurre un interés público preponderante en la ejecutividad de la Resolución impugnada, debido a que tal y como se indicaba en la Resolución recurrida *“no puede negarse al titular de la red el derecho a tomar la iniciativa en la innovación tecnológica, asumiendo el riesgo que ello*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conlleve, siempre que haya otras opciones alternativas, mayoristas y minoristas, no se ocasione perjuicio a los usuarios y, además, se trate de un mercado en crecimiento.” Esta Comisión estima que los perjuicios que supone la continuidad de las modalidades A, D y K en la OBA para los operadores que son titulares de la red, perjuicios en definitiva para el modelo de competencia que esta Comisión quiere implantar mediante el fomento de las inversiones en la red de acceso a través del despliegue de red propia o de utilización de los bucles de TESAU mediante el acceso desagregado, son de tal gravedad que justifican el que no se acepte dicha continuidad de las modalidades A, D y K en la OBA cautelarmente.

En efecto, se ha de concluir que el interés público es, en principio, superior al particular que hipotéticamente tendría la recurrente en la suspensión. Y esto es así pese a que BT obvie el interés general correspondiente al principio de ejecutividad de las resoluciones administrativas, interés general que, sin embargo, ampara la Resolución cuya suspensión es solicitada en los términos reseñados.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Único.- Denegar la suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución del Consejo de fecha 22 de julio de 2004, sobre la solicitud de modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U. para adecuarla a la modificación de las velocidades ADSL en el nivel minorista, la cuál ha sido objeto de recurso potestativo de reposición presentado por BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A..

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la LRJPAC, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real