



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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 3 de junio de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DENIEGA LA PETICIÓN DE SUSPENSIÓN DE LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 31 DE MARZO DE 2004, DE MODIFICACIÓN DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO DE LA MISMA ENTIDAD (MTZ 2003/1000).

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la citada Resolución de esta Comisión, de fecha 31 de marzo de 2004, por la que se modifica la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (MTZ 2003/1000), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 21/04 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 3 junio de 2004, recaída en el expediente AJ 2004/772.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 31 de marzo de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha dictado una Resolución por la que modifica la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de Telefónica de España, S.A.U. (MTZ 2003/1000).

De acuerdo con el resuelve Segundo de su parte dispositiva, la mencionada Resolución surtirá efectos desde el día siguiente al de su notificación a Telefónica de España, S.A.U.

SEGUNDO.- Con fecha 11 de mayo de 2004 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado el 6 de mayo de 2004 por el representante de la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante Telefónica) en virtud



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del cual interpone recurso de reposición contra la Resolución de fecha 31 de marzo de 2004 mencionada anteriormente.

La entidad solicitante muestra su disconformidad con la Resolución impugnada alegando la nulidad de pleno de derecho de la misma, conforme determina el artículo 62.1ª a), e) y f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), por haberse vulnerado diversos preceptos de la normativa de telecomunicaciones.

En dicho recurso se solicita a través del primer otrosí digo la suspensión de la citada Resolución impugnada en virtud de lo dispuesto en el artículo 111.2 de la LRJPAC, pues a su entender dicha Resolución está viciada de nulidad por los motivos que en el mismo recurso se exponen y por generar perjuicios de imposible o difícil reparación expuestos igualmente a lo largo de dicho recurso.

Telefónica considera que, tras la lectura del artículo 111 de la LRJPAC, además de las causas de nulidad radical expuestas en su escrito, para decidir si procede o no acceder a la suspensión cautelar solicitada ha de efectuarse, de un lado, una previa ponderación de los intereses concurrentes públicos o de terceros y, de otro, el interés privado del recurrente en la suspensión. A su juicio, cuando las exigencias del interés público en la ejecución son tenues, pueden bastar perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión, mientras que cuando aquella exigencia es de gran intensidad, solo perjuicios al interés privado de considerable entidad pueden determinar la suspensión del acto.

Por ello, la solicitante fundamenta su pretensión suspensiva en la inexistencia de un interés público destacable que demande o aconseje la no suspensión del Acuerdo recurrido, frente a la existencia de graves perjuicios para mi representada derivados de la ejecución del acto.

Asimismo fundamenta su petición en el peligro de que la resolución del presente recurso devenga ineficaz para el caso de estimar el mismo (*periculum in mora*), pues la recurrente está obligada a realizar una serie de actuaciones necesarias para cumplir con lo dispuesto en la resolución impugnada.

TERCERO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 21 de mayo de 2004, se pone en conocimiento de Telefónica que su recurso de reposición se acumula para su tramitación y resolución en el expediente AJ 2004/772, por guardar identidad sustancial e íntima conexión con el recurso planteado con anterioridad por la empresa WANADOO ESPAÑA, S.L., y que también se acumulan al mismo, a su vez, los restantes recursos presentados por otros operadores contra la misma Resolución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Admisión a trámite.

En el escrito presentado por Telefónica por el que se interpone recurso de reposición contra la Resolución de esta Comisión de fecha 31 de marzo de 2004, se viene a solicitar en el otosí digo la suspensión de la ejecución de la citada resolución impugnada.

El artículo 111 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) regula la suspensión de la ejecución de los actos administrativos, cuando éstos han sido objeto de cualquier recurso administrativo.

Habida cuenta que el recurso de reposición presentado por la entidad 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 por 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.

SEGUNDO.- Competencia para resolver.

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el mencionado recurso de reposición y, por tanto, la petición de suspensión en él contenido, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero.- Sobre la petición de suspensión de la Resolución recurrida.

Conforme a lo expuesto en los antecedentes de hecho, la empresa Telefónica solicita expresamente la suspensión de la ejecución de la Resolución por ella 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,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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) del artículo 111 de la LRJPAC. Y, 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 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.

Asimismo, cabe recordar que la eficacia del acto administrativo sometido a debate se tendrá que valorar desde la perspectiva del interés general, puesto que según la jurisprudencia dictada al efecto esta valoración constituye un presupuesto más para la adopción de una medida como la ahora solicitada, por formar parte este interés general del núcleo esencial en la aplicación del derecho administrativo en su conjunto.

Pues bien, ha de señalarse que Telefónica ha invocado, por un lado, la nulidad de pleno de derecho de la Resolución recurrida por concurrir las causas señaladas anteriormente y, por otro, el grave perjuicio que se le causaría.

Por las razones que seguidamente se exponen, en el presente caso no concurren las circunstancias necesarias que determinarían la suspensión de la Resolución recurrida al amparo de lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJPAC.

Segundo.- Sobre las causas de nulidad radical alegadas para impugnar la Resolución.

Con carácter previo, la recurrente solicita la suspensión de la Resolución recurrida teniendo en cuenta las causas de nulidad en las que se basa su impugnación desarrolladas a lo largo de su escrito.

En concreto, y con base en el artículo 62.1ª a), e) y f) de la LRJPAC, se denuncia la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada por haberse vulnerado diversos preceptos de la normativa de telecomunicaciones. Dicho



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

recurso se estructura atendiendo a los distintos servicios regulados en la Oferta de Acceso al Bucle, especificando en cada uno de ellos los motivos e infracciones cometidas de la normativa vigente.

Como ya tiene establecido esta Comisión en anteriores resoluciones, cabe recordar que, para apreciar si el pretendido vicio determinante de la nulidad resulta patente y notorio, tal y como exige la consolidada doctrina jurisprudencial sobre la apariencia de buen derecho de la nulidad alegada, será preciso el análisis del contenido del motivo de impugnación con abstracción del fondo del asunto.

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 en casos en los 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.”

Además, en el momento de analizar la causa de nulidad alegada por la recurrente debe tenerse en cuenta el criterio de interpretación restrictiva, para la apreciación de dicha causa, establecido por la jurisprudencia. A este respecto cabe citar, entre otras muchas, el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1998 (RJ 1998\9735):

“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”

Pues bien, haciendo abstracción del análisis detenido de la legalidad del acto impugnado, reservado al procedimiento principal que se hará en la resolución



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del presente recurso, al analizar el contenido de los motivos de nulidad señalados, resulta que la presunta vulneración de preceptos reguladores del procedimiento administrativo y normativa sectorial de aplicación alegados de contrario no se deduce a primera vista ni de manera evidente. Cabe añadir que, además de la complejidad que caracteriza a la normativa reguladora del acceso al bucle de abonado, su aplicación requiere de un complicado y detenido examen de todas las circunstancias concurrentes debido entre otras cosas a que intervienen variados y diversos operadores de telecomunicación.

En definitiva, a la vista de las alegaciones del recurso, y sin que suponga prejuzgar el fondo del asunto, existen elementos suficientes de duda razonable como para no aplicar la apariencia de buen derecho de la nulidad requerida. En el presente caso, sería necesario entrar en un análisis detallado de la legalidad del acto impugnado que, como ya hemos dicho, está *“reservado necesariamente al procedimiento principal”*, tal y como afirma el Tribunal Supremo en la citada Sentencia de 23 de marzo de 2001.

En virtud de las anteriores consideraciones, debe concluirse que no concurre en el presente caso la circunstancia prevista en el artículo 111.2 letra b) de la LRJPAC.

Tercero.- Sobre los perjuicios que se ocasionan con la ejecución de la Resolución recurrida y el peligro de la falta de efectividad de la resolución del presente recurso.

Telefónica considera que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJPAC, para acordar la suspensión cautelar solicitada ha de efectuarse una previa ponderación de los intereses concurrentes públicos o de terceros con el interés privado del recurrente en la suspensión.

Por ello, esta entidad fundamenta su pretensión suspensiva en la inexistencia de un interés público detectable que aconseje no suspender la Resolución recurrida, unido a la existencia de graves perjuicios derivados de su ejecución. Asimismo, pone de manifiesto la falta de efectividad que pudiera incurrir la resolución del presente recurso de estimarse sus alegaciones si se tuviera que realizar todo aquello que le impone el acto impugnado.

Ante los argumentos esgrimidos de contrario se diferencian claramente dos aspectos, que son:

- € Por un lado, la inexistencia de un interés público detectable que demande no suspender la Resolución recurrida y, por tanto, la inexistencia de que se produzca un perjuicio al interés público, en comparación con el que le produciría a Telefónica su ejecución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

€ Y, por otra parte, en relación con los perjuicios de Telefónica, la recurrente fundamenta también la suspensión en el denominado "*periculum in mora*" de la Resolución del presente recurso.

Respecto al primer punto sobre la inexistencia de interés público o de perjuicio al mismo, frente al perjuicio que le ocasiona la ejecución de la Resolución, se ha de rechazar esta alegación por las siguientes razones:

Resulta del todo improcedente la afirmación que hace la empresa recurrente sobre que la Resolución por la que se modifica la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de Telefónica carece de un destacable interés público y que la suspensión de su ejecución no perjudica gravemente al interés público.

En el sector de las telecomunicaciones resulta muy conocida la relevancia que tiene la Resolución recurrida en la que no sólo están en juego factores de orden público regulatorio, que por imperio de la Ley obliga a esta Comisión a su intervención para la supervisión en ese mercado y la salvaguarda de la competencia efectiva modificando la oferta de Telefónica, sino de orden privado correspondientes a todos y cada uno de los numerosos operadores alternativos interesados en el acceso al bucle de abonado de Telefónica necesario para el desarrollo de los servicios que pretenden prestar. Por ello resulta claro el alto interés público que tiene la Resolución ahora impugnada, lo que implica, además, que no es cierto que la suspensión de su eficacia no provoque graves perjuicios al interés público.

Por su parte, y en cuanto al supuesto perjuicio que le provoca a Telefónica la eficacia inmediata de la Resolución, en contraposición con el perjuicio al interés público, la recurrente en su escrito no hace determinación alguna del perjuicio concreto que la ejecución le pudiera irrogar ni se acompaña de prueba alguna que avale sus alegaciones. Tan solo se limita a sostener genéricamente que, con la Resolución recurrida, se vería obligada a realizar las actuaciones necesarias para poder cumplir lo dispuesto en ella, que luego serían innecesarias de estimarse su recurso, sin ni tan siquiera especificar los supuestos trastornos que ello le pudiera ocasionar.

Pues bien, a estos efectos resulta necesario recordar a Telefónica que el hipotético perjuicio alegado deberá ser manifiesto y concreto, 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.

A este respecto cabe señalar, entre otras, 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):



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 sobreviniencia 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."

De esta manera no se aportan datos concluyentes ni se incluyen en su recurso razonamientos patentes y probados del perjuicio concreto que se alega, 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.

En definitiva, y a los efectos que ahora interesan, no resulta suficiente, en modo alguno, la alegación genérica que se esgrime en su escrito sobre el presunto perjuicio que le produciría a la recurrente 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 medida cautelar.

De todo lo anterior se desprende 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.

Por otro parte y respecto al peligro de incurrir en falta de efectividad de la resolución del presente recurso de estimarse sus alegaciones si se tuviera que realizar todo aquello que le impone el acto impugnado (el denominado "*periculum in mora*") cabe manifestar lo siguiente:

El artículo 111.1, en conexión con el artículo 57 de la LRJPAC, establece que la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado por ser éste eficaz desde el momento que se dicta. Por ello para dictarse una medida cautelar en este sentido se deberá previamente ponderar los intereses en juego.

En el presente caso, y a pesar de que no concurren ninguna de las dos circunstancias exigidas por el artículo 111 de la LRJPAC (clara apariencia de nulidad de pleno derecho y existencia de perjuicios concretos de imposible o difícil reparación), esta Comisión considera que debe prevalecer el interés en evitar el perjuicio que se ocasionaría al interés general y a terceros de acordarse la suspensión de la Resolución, frente al supuesto perjuicio que se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ocasionaría al interés particular de la empresa recurrente de no acordarse la suspensión.

Ello es así por cuanto que, como ya se ha dicho anteriormente, se trata de una Resolución de gran trascendencia por la que se modifica la Oferta de Telefónica para el acceso al bucle de abonado, existiendo un claro interés público en la eficacia inmediata de la Resolución recurrida, en la medida en que dicha intervención regulatoria de supervisión de las condiciones de acceso al bucle (artículos 3 y 11 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) resulta necesaria para la puesta en marcha o continuidad de los distintos servicios que vayan a prestar o presten los operadores alternativos en condiciones de igual y no discriminatorias. Por ello, la supervisión de la oferta de acceso al bucle por esta Comisión no puede venir condicionada exclusivamente por los intereses particulares de Telefónica.

En definitiva, y precisamente por el interés público que supone para el mercado la nueva Oferta de Acceso al Bucle de Abonado con respecto a más y mejores servicios, así como la necesidad de promover la competencia efectiva, deja patente la inexistencia de ese presupuesto alegado de contrario de un *“periculum in mora”* de la resolución del recurso, pues debe prevalecer este alto interés público en llevarse a cabo lo acordado frente al interés privado de suspender tal mandato para evitar tan solo el trastorno (que no se especifica cuál) que supuestamente pudiera ocasionarle el realizar las actividades a las que se ve obligado, para el caso de que se estimasen sus alegaciones en el recurso presentado.

En atención a todo lo anterior, no procede acceder a la solicitud de suspensión planteada por Telefónica en el recurso de reposición que trae causa, por lo que la Resolución sobre la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (MTZ 2003/1000), objeto del presente recurso, es plenamente eficaz desde su notificación a los interesados.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar la solicitud de suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución de esta Comisión, de fecha 31 de marzo de 2004, por la que modifica la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de Telefónica de España, S.A.U. (MTZ 2003/1000), incorporada al recurso potestativo de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la misma, siendo plenamente eficaz desde su notificación a los interesados.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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