



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JOSE GIMENEZ 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 Nº16/00 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 3 de mayo de 2000, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCION POR LA QUE SE DENIEGA LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DEL ACTO IMPUGNADO EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U CONTRA LA RESOLUCION DE FECHA 2 DE MARZO DE 2000, RELATIVA AL CONFLICTO DE PRESELECCIÓN PLANTEADO ENTRE BT, RSL COM Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA

En relación con la solicitud de suspensión del acto impugnado formulada por Telefónica de España, S.A.U. en el recurso de reposición presentado por la citada Entidad contra la resolución dictada por esta Comisión el día 2 de marzo de 2000, relativa al conflicto de preselección planteado entre BT, Telecomunicaciones, S.A. y RSL Communications Spain, S.A. y Telefónica de España, S.A.U., el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 16/00 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 3 de mayo de 2000, recaída en el expediente AJ 2000/2449.

HECHOS

PRIMERO.- Por Resolución de esta Comisión de fecha 2 de marzo de 1999 se resolvió el conflicto de preselección planteado ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por las entidades BT, Telecomunicaciones, S.A. (en adelante BT) y RSL Communications Spain, S.A. (en adelante RSL COM) contra Telefónica de España, S.A.U (en adelante Telefónica). En dicha Resolución se establecen las condiciones por las que han de regirse las relaciones entre Telefónica y BT y Telefónica y RSL COM en los procedimientos de preasignación de operador.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- La mencionada Resolución fue notificada a Telefónica el día 6 de marzo de 2000 con la indicación de los medios de impugnación que contra la misma cabía interponer.

Haciendo uso de su derecho de impugnación en vía administrativa de la Resolución, Telefónica formuló, en tiempo y forma, recurso postestativo de reposición que se halla en fase de tramitación en esta Comisión.

TERCERO.- Por medio de otrosí incluido en el recurso de reposición, Telefónica ha solicitado que se acuerde la suspensión de la Resolución impugnada fundamentando tal solicitud en que el acto impugnado adolece de nulidad y que el mismo es susceptible de producir, a Telefónica y a otros nueve operadores, perjuicios de difícil o imposible reparación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.- Establece el artículo 111.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) que la interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario (supuesto que no concurre en el presente caso) no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

No obstante lo anterior, el apartado 2 del citado artículo prevé que el órgano al que compete resolver 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:

- 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.

En aplicación del artículo citado, para determinar si procede o no acceder a la suspensión solicitada por la recurrente, habrá que analizar, en primer lugar, si concurren 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

analizarse, en segundo lugar, si debe prevalecer el interés público o de terceros o el del interesado en la suspensión del acto, previa la ponderación razonada de los perjuicios que a unos y otros causaría la suspensión o la ejecución inmediata del acto recurrido.

Telefónica manifiesta que concurren en la Resolución impugnada tanto el requisito de nulidad previsto en el artículo 111.2.b) de la LRJPAC como el de la existencia de perjuicios de difícil o imposible reparación previsto en el apartado a) del mismo precepto.

En apoyo de la pretendida nulidad de la Resolución impugnada, la recurrente se remite a los motivos de impugnación primero a cuarto incluidos en el recurso de reposición mediante los cuales se fundamenta la impugnación de la resolución impugnada.

Sin embargo, de la lectura de los citados motivos de impugnación se desprende con toda claridad que en ninguno de ellos se invoca alguna de las causas de nulidad de pleno derecho del acto administrativo recurrido, enumeradas en el artículo 62.1 de la LRJPAC, sino simples infracciones del ordenamiento jurídico que serían en su caso, determinantes de su anulabilidad. En consecuencia, no sería de aplicación el primero de los supuestos en que sería posible acordar la suspensión de la ejecutividad del acto. En cualquier caso, analizando el contenido de los citados motivos de impugnación, no se aprecia que el vicio determinante de la pretendida nulidad surja patente y notoriamente y sin necesidad de que deba realizarse nada más que la comprobación del hecho para constatar su existencia (doctrina jurisprudencial sobre la apariencia de buen derecho), por lo que no se puede estimar que concorra el requisito de nulidad alegado por la recurrente para solicitar la suspensión del acto impugnado.

En este sentido se expresa el fundamento de derecho cuarto del Auto de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1998, recaído en el Recurso núm. 390/1998 (RJ 1998\9735) que se transcribe parcialmente a continuación:

*“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*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*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 del 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...***

Por lo que se refiere a la existencia de daños de difícil o imposible reparación, Telefónica trata de justificarla alegando que la ejecución de las condiciones de preasignación fijadas para RSL COM y BT supondría obligarle a tramitar, con carácter preferente, las solicitudes de preasignación cursadas por estos 2 operadores, lo que, a su juicio, le impediría tramitar las solicitudes de preasignación que formulen cualquiera de los 9 operadores que negociaron con ella el procedimiento de preasignación con el consiguiente perjuicio económico para los mismos de los que difícilmente podrían resarcirse. Asimismo alega que la imposibilidad de tramitar otras solicitudes de preasignación que las de RSL COM y BT irrogaría a Telefónica perjuicios de difícil reparación en su propia imagen.

Frente a tal manifestación cabe oponer que Telefónica no sólo no realiza ninguna actividad tendente a demostrar que la ejecución de la Resolución impugnada pueda tener los efectos perjudiciales que alega, sino que no explica, siquiera, en qué razonamiento fundamenta que la ejecutividad del acto impugnado produzca la imposibilidad de tramitar la solicitudes de preasignación de otros operadores y que esto se pueda deber a la resolución impugnada y no a su propia falta de diligencia.

En relación con lo anterior traemos 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 (recursos núm. 674/1997. RJ 1998\3216) que se transcribe parcialmente a continuación:

“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.”

De lo anterior se deduce que no concurren en el presente caso ninguna de las circunstancias establecidas en los apartados a) y b) del artículo 111.2 de la LRJPAC para que se pueda acceder a la suspensión del acto solicitada por Telefónica, por lo que debe desestimarse su solicitud sin necesidad de proceder a la ponderación del interés público o de terceros en la ejecución



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

inmediata de la Resolución impugnada y el interés de Telefónica en la suspensión del mismo.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Denegar la solicitud de Telefónica de España, S.A.U. relativa a la suspensión de la Resolución de esta Comisión de fecha 2 de marzo de 1999 que resolvió el conflicto de preselección planteado ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por las entidades BT, Telecomunicaciones, S.A. y RSL Communications Spain, S.A. contra 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 resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma 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 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 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 VICEPRESIDENTE

EL SECRETARIO

Florenci Bach i Montserrat

José Giménez Cervantes