



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 40/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 23 de noviembre de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DENIEGA LA PETICIÓN DE SUSPENSIÓN SOLICITADA POR LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2006 DE MODIFICACIÓN DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO DE LA MISMA ENTIDAD (MTZ 2005/1054).

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 14 de septiembre de 2006, por la que se modifica la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (MTZ 2005/1054), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 40/06 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 23 de noviembre de 2006, recaída en el expediente AJ 2006/1325.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 14 de septiembre de 2006, 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 2005/1054).

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 26 de octubre de 2006 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por el representante de la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante Telefónica) en virtud del cual interpone recurso de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

reposición contra la Resolución de fecha 14 de septiembre de 2006 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), b), c) 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).

Asimismo, se solicita, en virtud del artículo 63 de la LRJPAC, la anulabilidad de determinados apartados de la Resolución.

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 b) de la LRJPAC, pues a su entender dicha Resolución está viciada de nulidad al haberse vulnerado derechos fundamentales de Telefónica y al conculcar principios esenciales de la normativa de telecomunicaciones.

TERCERO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 3 de noviembre de 2006, se pone en conocimiento de Telefónica la apertura del procedimiento, así como la acumulación de su recurso de reposición para su tramitación y resolución en el expediente AJ 2006/1325, por guardar identidad sustancial e íntima conexión con los recursos planteados por Word Wide Web Ibercom, S.L., Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones S.C.A., Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones, France Telecom España, S.A. y ONO, S.A.U, contra la Resolución de fecha 14 de septiembre de 2006.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Legitimación de la entidad recurrente.

En el escrito presentado por Telefónica por el que se interpone recurso de reposición contra la Resolución de la Comisión de fecha 14 de septiembre de 2006, se viene a solicitar por medio de otrosí digo la suspensión de la ejecución de la citada resolución impugnada.

En aquella Resolución se procede a la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (en adelante, OBA) de Telefónica, por lo que en la medida en que dicha entidad ya era interesada en el procedimiento que dio como resultado la Resolución objeto de impugnación, Telefónica ostenta también la condición de interesada en la presente pieza de suspensión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Competencia para resolver.

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el recurso de reposición interpuesto por Telefónica contra la Resolución de 14 de septiembre de 2006 y, por tanto, la petición de suspensión en él contenido, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

TERCERO.- Admisión a trámite.

El artículo 111 de la 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 la Comisión, que resulta susceptible del mismo según lo dispuesto en 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.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

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

Tal y como se ha expuesto en los antecedentes de hecho, Telefónica solicita expresamente la suspensión de la ejecución de la Resolución de fecha 14 de septiembre de 2006, por concurrir las causas de nulidad de pleno derecho contempladas en las letras a), b), c) y f) del artículo 62.1ª de la LRJPAC.

En relación con dicha solicitud, debe partirse de la regla general contemplada en el artículo 111.1 de la LRJPAC, según el cual 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 (letra a del artículo 111.2).



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 (letra b del artículo 111.2).

Por consiguiente, en aplicación del artículo citado, para determinar si procede o no acceder a la suspensión solicitada por la recurrente, ha de analizarse, en primer lugar, si concurre alguna de las circunstancias señaladas con las letras a) y b) del artículo 111 de la LRJPAC.

En el caso de que se compruebe la concurrencia de alguna de tales circunstancias, 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 la nulidad de pleno de derecho de la Resolución recurrida por concurrir las causas señaladas en el artículo 62.1ª a), b), c) y f) de la LRJPAC.

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), b), c) y f) de la LRJPAC, se denuncia la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada por haberse vulnerado derechos fundamentales de Telefónica, así como principios esenciales de la normativa de telecomunicaciones.

Dicho recurso se estructura atendiendo a los distintos servicios y aspectos regulados en la Oferta de Acceso al Bucle de Telefónica, especificando en cada uno de ellos los motivos de su impugnación y las infracciones de la normativa vigente, a su juicio, cometidas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En particular, se invoca la causa de nulidad de pleno derecho contemplada en la letra a) del artículo 62.1 de la LRJPAC (lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional) en relación con los precios aprobados para la prolongación del par desagregado, por entender que aquellos son insuficientes para cubrir los costes soportados, vulnerándose, por un lado, los principios contemplados en las letras a) y c) del artículo 3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), relativos al fomento de una inversión eficiente en materia de infraestructuras y el fomento de la innovación, así como a las condiciones igualitarias del acceso, y, por otro, los artículos 2 y 10.4 de la LGTel que requieren que la imposición de obligaciones específicas a los operadores estén justificadas en el cumplimiento de los objetivos del artículo 3 de la LGTel. Añade la operadora que, además, la falta de motivación en la Resolución sobre la fijación de tales precios sitúan a Telefónica en una posición discriminatoria respecto del entorno europeo, donde los precios son más altos, y de indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española.

Asimismo, se invoca la causa de nulidad contemplada en la letra a) del artículo 62.1 de la LRJPAC en relación con el sistema de penalizaciones asociadas a los incumplimientos que se contemplan en la nueva OBA, al vulnerarse también, a su entender, lo dispuesto en el artículo 9.3 (principio de seguridad jurídica) y en el artículo 24 de la Constitución (derecho de defensa). En particular, alega Telefónica que la doble imposición de penalizaciones por incidencias en la provisión e incidencias por averías, vulnera el principio de *non bis in idem*, dando lugar a su vez a un enriquecimiento injusto del destinatario de las penalizaciones, con el consiguiente abuso de derecho contemplado en el artículo 7.2 del Código Civil. Añade también la operadora que la incorporación del mecanismo de prolongación virtual constituye una penalización en sí misma que no obedece a motivación alguna.

La misma causa de nulidad se invoca en relación con los indicadores comparativos de calidad establecidos en la Resolución impugnada y la disponibilidad del “Sistema de Gestión de Operadores”, por vulnerar lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución, y los niveles de calidad de las señales, por suponer una discriminación para algunos clientes finales.

Se aprecia también por Telefónica que concurre la causa de nulidad contemplada en la letra a) del artículo 62.1 de la LRJPAC, dada la excesiva intervención de la Comisión en la gestión interna y en la organización de Telefónica, lo que, a su juicio, conlleva una vulneración de los artículos 9, 24, 38 (libertad de empresa) y 106 (legalidad de la actuación administrativa) de la Constitución Española.

Por último, en relación con la causa de nulidad de la letra a) del artículo 62.1 de la LRJPAC, Telefónica mantiene que la misma concurre en relación con el Sistema de Información SICOBA, por entender que la demanda no planificada de Telefónica debe ser tratada como una más dentro del espacio disponible, aplicándose al igual que a los demás operadores las reglas de asignación de recursos escasos. Además, dentro del SICOBA, y en relación con las actividades equivalente al



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicio de coubicación en autoprestación, Telefónica solicita que no se tengan en cuenta las necesidades de espacio para los recursos de uso común y para los recursos para dar servicios regulados de acceso al bucle, a la hora de computar las necesidades de aquélla como actividades equivalentes de Telefónica en autoprestación. De igual modo, considera la operadora que los plazos de exención de pago de penalizaciones por incumplimiento de la planificación o en caso de demanda no planificada no son nada incentivadoras de su cumplimiento, señalando que para los servicios de coubicación no deberían admitirse peticiones que no hubiesen sido planificadas. En último lugar, muestra Telefónica su disconformidad con el esquema temporal en los servicios de coubicación, TCI y EdS en sus modalidades de CP y CRMO y con el tratamiento de la demanda no planificada para el caso de TCI's.

De otra parte, la causa de nulidad contemplada en la letra b) del artículo 62.1 de la LRJPAC (actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio) es invocada por Telefónica en relación con la excesiva intervención de la Comisión que se produce a su entender en la gestión interna y en la organización de Telefónica, concretamente, en relación con el procedimiento para la gestión de incidencias y la justificación documental de averías localizadas en la planta responsabilidad del operador, en sus equipos o en los de sus clientes directos, y no en planta de Telefónica.

También invoca Telefónica la causa de nulidad contemplada en la letra c) del artículo 62.1 de la LRJPAC (contenido imposible de los actos), que, según ella, concurre en relación con los plazos establecidos para la entrega de servicios y demás actuaciones a llevar a cabo por la entidad, así como con las obligaciones de imposible cumplimiento que según Telefónica se imponen en la Resolución y con el Sistema de Información SICOBA.

Finalmente, la recurrente alega vulneración de la causa de nulidad prevista en la letra f) (actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición) del artículo 62.1 de la LRJPAC, en relación con el acceso compartido tras baja del servicio telefónico en acceso completamente desagregado, al considerar que no resulta razonable ni justificado que se permita la portabilidad del número asociado al acceso compartido, que debería, en todo caso, realizarse con el consentimiento expreso del cliente.

Frente a tales motivos de impugnación, y 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido se expresa la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 14 de junio de 2005 (RJ 2005/9712), señalando que:

“...en la pieza de suspensión, conforme a reiterada doctrina de esta Sala, sentencias de 16 de septiembre de 2003 (RJ 2004\2576) y 18 de abril de 2005, no es posible resolver, ni pronunciarse sobre las cuestiones de fondo.”

En su Sentencia de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001\3004) indicaba de igual modo 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, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2005 (RJ 2005\3462):

“La apariencia de buen derecho pues, 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 en algún supuesto concreto, pero siempre que concurriera la existencia de daños o perjuicios de las características apuntadas, debidamente acreditada por quien solicita la suspensión, requiere, según reiterada jurisprudencia, una prudente aplicación, lo que significa que, en general, sólo quepa considerar su alegación como argumento de la procedencia de la suspensión cuando el acto o disposición impugnada haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general previamente declarada nula o cuando se impugna acto o disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados, puesto que, en definitiva, cuando se postula la nulidad 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, con infracción del art. 24 de la Constitución que reconoce el derecho al proceso con todas las garantías de contradicción y prueba, al no ser la pieza separada de medidas cautelares cauce procesal idóneo para decidir la cuestión objeto del litigio, argumento extensible al supuesto en que se invoque la nulidad de pleno derecho del acto o disposición que, además, ha de ser ostensible, manifiesta y evidente».

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

estudio en profundidad de aquellos motivos con el fin de determinar la procedencia de la declaración de nulidad solicitada por la recurrente.

Debe tenerse en cuenta que el procedimiento de modificación de la OBA de Telefónica es un procedimiento complejo en el que se analizan las diferentes cuestiones planteadas por los operadores en relación, entre otros, con aspectos tales como los contratos tipo, los servicios, los procedimientos administrativos para la provisión de éstos, las condiciones técnicas y los precios que permiten a los operadores el acceso en sus distintas modalidades. De acuerdo con ello, la revisión de los aspectos objeto de impugnación expuestos por Telefónica a los que se ha hecho referencia anteriormente requiere de un pormenorizado y detenido examen de todas las circunstancias concurrentes.

En el presente caso, los motivos de nulidad invocados por Telefónica no manifiestan *a priori* la apariencia de buen derecho de los mismos, siendo necesario analizar si existe una vulneración real de los principios y normativa sectorial invocados por la recurrente que deba dar lugar a la anulación en términos absolutos de la Resolución impugnada.

Todo lo contrario, puede decirse respecto de la invocada por la recurrente vulneración del artículo 24 de la Constitución Española que el mismo no resulta de aplicación en el procedimiento de modificación de la OBA que dio lugar a la Resolución objeto de impugnación.

Como se señala, entre otras, en Sentencia de fecha 30 de noviembre de 2000 (RTC 2000/291) del Tribunal Constitucional:

“...es doctrina constitucional que las garantías consagradas en el art. 24 CE sólo resultan de aplicación a los procesos judiciales y a los procedimientos administrativos sancionadores (SSTC 18/1981, de 8 de junio [RTC 1981\18], F. 2; 42/1989, de 16 de febrero [RTC 1989\42], F. 2; 181/1990, 15 de noviembre [RTC 1990\181], F. 5; 297/1993, de 18 de octubre [RTC 1993\297], F. 3; 97/1995, de 20 de junio [RTC 1995\97], F. 2; 127/1996, de 9 de julio [RTC 1996\127], F. 2; 128/1996, de 9 de julio [RTC 1996\128], F. 2; 45/1997, de 11 de marzo [RTC 1997\45], F. 3; 7/1998, de 13 de enero [RTC 1998\7], F. 5; 56/1998, de 16 de marzo [RTC 1998\56], F. 4; 3/1999, de 25 de enero [RTC 1999\3], F. 1, y 14/1999, de 22 de febrero [RTC 1999\14], F. 3 a, entre otras muchas)”.

Asimismo, en Sentencia de fecha 19 de mayo de 2004 (RTC 2004/91), el citado Tribunal señala lo siguiente:

“...las garantías procedimentales ínsitas en el art. 24 CE, en sus dos apartados, son predicables, no sólo del proceso penal, sino también, mutatis mutandis, de las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración, ello «con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional» (STC 18/1981, de 8 de junio [RTC 1981\18])”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 las citadas Sentencias de 14 de junio de 2005 y 23 de marzo de 2001.

En cualquier caso, como ya se ha expuesto, según la Jurisprudencia, concurre apariencia de buen derecho cuando el acto o disposición impugnada haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general previamente declarada nula o cuando se impugna acto o disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados.

A este respecto, debe precisarse que la Resolución de 14 de septiembre de 2006 no ha sido aprobada en aplicación de una norma declarada nula, ni su contenido es idéntico a otra Resolución de la Comisión relativa a la modificación de la OBA que hubiera sido declarada nula por los tribunales, todo lo contrario, Telefónica no acredita que aquella Resolución aplique normas que hayan sido declaradas nulas por los tribunales ni tampoco que se haya obtenido pronunciamiento alguno a su favor sobre una Resolución de modificación de la OBA idéntica a la aprobada en la Resolución de 14 de septiembre de 2006. Realmente, dicha identidad no ha existido en términos estrictos por cuanto en cada una de las Resoluciones aprobadas por la Comisión se han ido incorporando modificaciones distintas, no resultando ninguna de ellas idéntica a la anterior. No concurren, pues, en ningún caso, los requisitos que según la Jurisprudencia deben darse para apreciar la existencia de *fumus boni iuris*.

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 posibles perjuicios que se ocasionarían a Telefónica con la ejecución de la Resolución recurrida.

Descartada la concurrencia de la circunstancia contemplada en el artículo 111.2 b) de la LRJPAC invocada por Telefónica, procede examinar si de la ejecución de la Resolución de 14 de septiembre de 2006 podrían derivarse perjuicios de difícil o imposible reparación para la operadora, circunstancia contemplada en el artículo 111.2 a) de la LRJPAC.

En tal sentido, procede señalar que Telefónica no hace referencia ni determinación alguna en su escrito de recurso de los daños o perjuicios concretos que la ejecución de la Resolución impugnada le podría irrogar. Tan solo se limita a sostener genéricamente que *“la Resolución dictada adolece de múltiples defectos que la vician de nulidad de pleno derecho al haberse vulnerado derechos fundamentales de mi representada y al conculcar los principios esenciales de la normativa de telecomunicaciones, como se ha manifestado a lo largo del escrito.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Estas causas de vulneración de derechos fundamentales amparadas en la Constitución y en el artículo 62.1 de la Ley procedimental por sí mismas serían suficientes para que el Órgano Administrativo, al que me dirijo en nombre de Telefónica de España, acuerde la suspensión solicitada al amparo del artículo 111 de la citada Ley al estar fundado el presente Recurso en causa de nulidad del artículo 62 de la Ley 30/1992”, sin ni tan siquiera hacer referencia alguna a la circunstancia contemplada en el artículo 111.2 a) de la LRJPAC.

Resulta necesario precisar en este sentido, que la Jurisprudencia exige para apreciar la concurrencia de tal circunstancia la justificación razonada por la recurrente de los perjuicios concretos y manifiestos que se le ocasionarían con la aplicación inmediata de la Resolución impugnada, 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 Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de diciembre de 1999 (RJ 2000/639)

*“No basta, en efecto, con las genéricas afirmaciones de la recurrente en relación con la posibilidad de adoptar medidas cautelares provisionálsimas (cuando es claro el carácter definitivo de la decisión cautelar adoptada contra la que se interpone el recurso, la cual agota la tramitación de la pieza de suspensión y deja sin sentido cualquier medida provisionálsima) o con tratar de demostrar la ilegalidad de la Resolución recurrida (cosa que constituye el tema de fondo que debe resolverse en el recurso principal) **si no se realiza**, como esta Sala ha podido comprobar con una consulta de los autos con el fin de integrar la resultancia probatoria apreciada por la Sala de instancia, **la más mínima referencia a la justificación, alegación o prueba de unos perjuicios concretos que se le produzcan a la recurrente por su abandono del territorio español en relación con el arraigo de la misma en dicho territorio**”.*

Igualmente, mediante Auto de 26 de marzo de 1998 (RJ 1998\3216), el Tribunal Supremo señalaba:

*“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 sobrevenencia 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, en el presente caso, no sólo no se aportan datos concluyentes ni se incluyen en el recurso presentado por Telefónica razonamientos patentes y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

probados de un perjuicio concreto que se ocasionaría con la ejecución de la Resolución impugnada, aún a nivel indiciario, sino que ni siquiera se alude a la hora de solicitar la suspensión a la mera concurrencia de la circunstancia de la letra a) del artículo 111.2 de la LRJPAC.

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 último, respecto al peligro de incurrir en falta de efectividad de la resolución del presente recurso de estimarse las alegaciones de Telefónica si se tuviera que realizar todo aquello que le impone el acto impugnado (el denominado "*periculum in mora*"), deben valorarse los distintos intereses en juego.

Frente a la falta de justificación de los daños que se ocasionarían a Telefónica con la ejecución de la Resolución impugnada, y en cuanto a la ponderación que este Organismo habría de realizar entre los perjuicios que se causarían a la recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata de la resolución recurrida y los perjuicios que se ocasionarían al interés público o de terceros si se procediera a la suspensión, si bien en el presente caso, descartada la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 111.2 de la LRJPAC, no resulta necesario llevar a cabo tal valoración, interesa poner brevemente de manifiesto que la suspensión de la efectividad de aquella conllevaría considerables perjuicios para el interés público.

Y es que la Resolución recurrida afecta no sólo a cuestiones de orden público regulatorio, que por imperio de la Ley obliga a la 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.

Como se ha expuesto, existe un claro interés público en la eficacia inmediata de la Resolución de 14 de septiembre de 2006 impugnada, por la que se modifica la Oferta de Telefónica para el acceso al bucle de abonado, en la medida en que dicha intervención regulatoria, amparada en lo dispuesto, tanto en el 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, como por lo señalado en la LGTel y el Reglamento de Mercados de Comunicaciones Electrónicas, Acceso a las Redes y Numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 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, de acuerdo con las nuevas modificaciones introducidas en aquella Resolución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Entre tales modificaciones, procede destacar, entre otras, la introducción de la modalidad de acceso compartido tras baja en servicio telefónico, que permite mantener la configuración física del acceso compartido, pero facturando como acceso completamente desagregado, lo que evitará cortes en el servicio ADSL (en beneficio de una mejor calidad en el servicio que se ofrecerá a los usuarios) y la posibilidad de que los operadores ahorren en costes de red (que les permitirá trasladar el ahorro hacia mejores ofertas para el usuario final). Esta modalidad resultará de aplicación tanto a los casos de baja del servicio telefónico solicitada por el abonado como a los procesos de portabilidad hacia operador autorizado prestador de servicios de datos sobre el bucle, que solicitará la baja en nombre del abonado.

Además, por lo que se refiere a los precios, frente a la alegación de Telefónica contraria a la Resolución de 14 de septiembre de 2006 por considerar que aquéllos son insuficientes para cubrir los costes soportados por la entidad.

Los perjuicios derivados, en su caso, del nivel de precios fijado y de la eventual revisión de los mismos que realizase la Resolución relativa al propio recurso de reposición, son de naturaleza estrictamente económica y por tanto perfectamente reversibles, no constituyendo, en consecuencia, eventuales perjuicios que permitieran apoyar la suspensión de la decisión adoptada.

En cuanto a la modificación consistente en la eliminación de la restricción de la oferta de Telefónica de coubicación a los edificios convencionales, supone un aumento de las posibilidades de coubicación de los operadores, y consiguientemente, la introducción de un mayor grado de competencia en el mercado.

Por todo 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.

En definitiva, lo que se pretende con la Resolución impugnada es que los operadores alternativos de Telefónica puedan replicar las ofertas del dominante a nivel minorista, siendo en cualquier caso, éste el interés público que debe prevalecer frente al interés de Telefónica en la suspensión de la ejecución de la Resolución impugnada.

Así pues, en el presente caso, además 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), 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 ocasionaría al interés particular de la empresa recurrente de no acordarse la suspensión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En atención a todo lo anterior, procede denegar 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 2005/1054), objeto del presente recurso, es plenamente eficaz desde su notificación a los interesados.

En atención a todo lo anterior, y 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 14 de septiembre de 2006, por la que modifica la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de Telefónica de España, S.A.U. (MTZ 2005/1054), 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.

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 Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera