



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, 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 número 03/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 24 de enero de 2013, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución sobre la solicitud de suspensión cautelar planteada en el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución 5 de diciembre de 2012, recaída en el procedimiento DT 2012/824, sobre la revisión de los plazos y los indicadores de calidad de la OBA (AJ 2013/34 y acumulados).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de 5 de diciembre de 2012.

Con fecha 5 de diciembre de 2012 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución, en el marco de la tramitación del expediente número DT 2012/824, sobre la revisión de los plazos y los indicadores de calidad de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado de Telefónica (en adelante, OBA).

La mencionada Resolución acuerda en su parte dispositiva lo siguiente:

<< **Primero.-** Establecer los siguientes plazos máximos para la provisión de determinados servicios de acceso incluidos en la OBA, siguiendo las estipulaciones contenidas en el Fundamento Tercero, en días laborables:

<i>Prolongación de par¹, con o sin portabilidad</i>	6
<i>Cambio de modalidad de acceso compartido a acceso compartido sin servicio telefónico, con o sin portabilidad</i>	4
<i>Alta de conexión o cambio de modalidad en acceso indirecto, con o sin servicio telefónico, sin trabajos en central y/o cliente</i>	4
<i>Alta de conexión o cambio de modalidad en acceso indirecto, con o sin servicio telefónico, con trabajos en central y/o cliente</i>	6

¹Se consideran incluidas aquí las modalidades de bucle completamente desagregado y compartido con o sin ST, bien sean sobre vacante o bucle activo. Asimismo se considera incluido el traspaso entre operadores.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- Se establecen los siguientes plazos máximos para la ejecución de determinados servicios incluidos en la OBA, en días laborables:

Basculación del par	6
Basculación masiva (nuevo servicio)	6
Reubicación del par	6
Migraciones masivas	6
Caracterización del par	5
Baja de prolongación de par	2 días laborables a efectos de facturación, 10 días laborables baja física

Tercero.- Se incluirá en la oferta de referencia OBA el nuevo servicio de basculación masiva de pares. Se bascularán lotes de entre 15 y 50 pares por central y día, para lo que se establece un plazo máximo de ejecución de seis días laborables.

El precio del servicio, en euros, se regirá por la fórmula siguiente:

$$\text{precio (€)} = 93,67 + 4,30 \times n$$

donde n es el número de pares a bascular.

Cuarto.- Revisar los ANS para la provisión de conexiones NEBA cobre, conforme a lo siguiente:

	ANS para provisión de conexiones de Cobre	Tiempo (días laborables)
ALTA	Alta sobre Vacante (NEBA sin ST)	6
	Alta sobre Ocupado de NEBA con ST (sobre acceso sin xDSL)	6
	Alta sobre Ocupado de NEBA sin ST Alta sobre Ocupado de NEBA con ST (sobre acceso con xDSL)	6 (si requiere trabajos en central o domicilio de cliente) 4 (si no los requiere)
POSVENTA	Cambio de parámetros de NEBA COBRE	6
	Migraciones masivas	6
BAJA	Baja de conexión individual	2 días laborables para facturación 5 días laborables baja física

Quinto.- La documentación de especificación y desarrollo (guías de uso de WS, cronogramas, esquemas XML, etc.) dirigida a los operadores alternativos y a esta Comisión, necesaria para el desarrollo del acceso a los servicios de NEON, o cualquiera otra documentación de especificación necesaria para otros sistemas de provisión mayorista distintos de NEON, en su caso, se distribuirá por parte de Telefónica con una antelación de al menos cinco meses con respecto al piloto productivo correspondiente (fase precomercial), salvo que por resolución se disponga otro plazo para un servicio o facilidad en concreto.

Sexto.- En los ANS de incidencias por averías de la OBA se igualarán los objetivos de plazos medios de resolución para todas las variantes de servicios OBA, ADSL-IP y GigADSL, aplicando las condiciones actualmente vigentes en la OBA para el bucle completamente desagregado.

De igual modo, el número máximo de averías por bucle accedido se igualará, para todas las modalidades, al valor y condiciones establecidos actualmente en la OBA para el bucle completamente desagregado.

Séptimo.- Telefónica ofrecerá a los operadores una prueba simple de sincronismo del bucle de par de cobre desde central al punto de terminación de red y acceso del cliente, mediante la conexión del equipamiento adecuado en el mismo, en la provisión sobre par vacante de todos aquellos servicios que no admitan prueba de presencia de tono telefónico (en general, modalidades sin servicio telefónico u otras afectadas por esta circunstancia, bien de acceso



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

directo o indirecto). Esta prueba simple de sincronismo se llevará a cabo en cada caso según lo dispuesto en el Fundamento Tercero, punto 9.

Octavo.- Telefónica deberá enviar a la mayor brevedad materialmente posible, un aviso general a los operadores alternativos siempre que se produzca una avería o incidencia sobrevenida que pueda conducir a una afectación colectiva de cualquier servicio OBA.

Dicho aviso tomará la forma de un mensaje de correo electrónico dirigido a todos los operadores usuarios de la OBA, sin exclusión alguna, con indicación del código MIGA donde reside el equipo o instalación afectada y una fecha y hora estimadas de solución.

Noveno.- Se elimina la obligación de preaviso con cinco días de antelación para los traspasos con destino a Telefónica, notificando en su lugar al operador donante en el preciso momento en que Telefónica dispone de la conformidad del cliente para dicho cambio.

Décimo.- Respecto de los indicadores de calidad de la OBA y el sistema SICOBA, se tendrá en cuenta lo siguiente, respetando las estipulaciones contenidas en el Fundamento Cuarto:

- Se desdoblaron los indicadores de calidad OBA de tipo 'minorista STB' para los casos en que se realizan actuaciones con portabilidad y sin portabilidad.
- Se modificará el texto del apartado A.1 del Anexo 1 de la OBA para que señale con claridad el comienzo de la parte en la que se define el parámetro "tiempo medio de provisión" de SICOBA.
- Telefónica debe incorporar a la información de SICOBA enviada los tiempos medios del 'servicio compartido sin STB' y del servicio 'ADSL-IP sin STB' de forma desagregada.
- Se modifica el punto correspondiente al servicio ADSL-IP del anexo II de la resolución MTZ 2005/1054, de fecha 14 de septiembre de 2006, que queda redactado como sigue: "ADSL-IP o servicio mayorista ADSL a nivel nacional **tanto con STB como sin STB (distinguiendo con y sin portabilidad)**: se considerarán separadamente las líneas acogidas al servicio de mantenimiento mayorista de 6 horas aplicado a la reparación de averías para este servicio."
- El servicio minorista 'STB' debe ser la actividad equivalente comparable con el 'servicio compartido sin STB'. Asimismo Telefónica deberá poner a disposición de los operadores los desgloses 1, 2 y 3 que indican el estado previo del par para el indicador minorista 'STB' del anexo II de la resolución MTZ 2005/1054.

Undécimo.- Las fechas en las que las modificaciones en las ofertas de referencia arriba mencionadas serán efectivas se recogen en la siguiente tabla:

Nuevos plazos máximos de provisión y bajas OBA (prolongación de par, ADSL-IP y GigADSL) (resuelve 1º y 2º)	1 de julio de 2013
Nuevos plazos máximos de provisión y bajas NEBA sobre par de cobre (resuelve 4º)	1 de julio de 2013
Nuevo servicio de basculación masiva (resuelve 3º)	1 de julio de 2013
Nuevos plazos de distribución de guías WS (resuelve 5º)	aplicación inmediata tras la resolución
Eliminación preavisos de recuperación de cliente (resuelve 9º)	aplicación inmediata tras la resolución
Resto de modificaciones (resuelve 6º, 7º, 8º y 10º)	1 de abril de 2013

Duodécimo.- En el plazo de un mes desde la notificación de la presente resolución, Telefónica publicará en su sitio web los textos modificados de las ofertas OBA y NEBA de acuerdo a lo aquí dispuesto, y según los textos indicados en el Anexo II de la presente resolución.>>



SEGUNDO.- Recurso de reposición de TESAU.

Con fecha 8 de enero de 2013 tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito de la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior, sobre la base de, sucintamente, las siguientes alegaciones:

- Algunos plazos contenidos en los Resuelve Primero, Segundo y Cuarto de la Resolución recurrida serían de imposible incumplimiento, y/o desproporcionados, incongruentes e incoherentes, existiendo además falta de motivación suficiente para la imposición de los mismos.
- La imposición en el Resuelve Tercero del nuevo servicio de basculación masiva de pares sería nulo de pleno derecho por resultar desproporcionado y de imposible cumplimiento.
- La imposición en el Resuelve Quinto de la obligación de entrega de guías sería desproporcionada y de imposible cumplimiento.
- La imposición en el Resuelve Séptimo de la prueba simple de sincronismo en acceso directo e indirecto sería desproporcionada.
- La imposición en el Resuelve Séptimo de la obligación de establecer el Punto de Terminación de Red (PTR) en el PAU para las pruebas de sincronismo sería nula de pleno derecho por ser contraria a la normativa vigente.
- La imposición en el Resuelve Noveno de la obligación de notificar el traspaso en el mismo momento en el que TESAU disponga de la conformidad del cliente para dicho cambio sería nula de pleno derecho por ser de imposible cumplimiento.
- Los indicadores de calidad reflejados en el Resuelve Décimo de la Resolución recurrida serían desproporcionados e incongruentes.

Asimismo, en el Primer Otrosí Digo y Otrosí Solicito de su recurso TESAU solicita la suspensión de la ejecutividad de la Resolución recurrida objeto de impugnación, al amparo del artículo 111.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), alegando la nulidad del acto recurrido por la imposibilidad de cumplimiento de los plazos e indicadores de calidad impugnados, así como la ausencia de interés público para mantener su ejecutividad mientras se tramita el recurso, y la existencia de daños y perjuicios para la recurrente derivados de la ejecución del acto.

TERCERO.- Recurso de reposición de France Telecom España, S.A.U.

Con fecha 9 de enero de 2013 se ha recibido en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la entidad France Telecom España, S.A.U. (en adelante, ORANGE) mediante el cual interpone recurso potestativo de reposición contra la misma Resolución del Consejo de esta Comisión de 5 de diciembre de 2012 a la que se refiere el Antecedente de Hecho Primero, alegando fundamentalmente lo siguiente:

- La Resolución recurrida carece de un procedimiento específico de recuperación de clientes.
- El Acuerdo de Nivel de Servicio (ANS) "Averías por bucle accedido" debería ser mensual y con unos valores máximos más reducidos.



- No se ha incluido un nuevo ANS “Entregas incorrectas” para tramitar las averías imputables a TESAU en el mes siguiente a la entrega de servicio.
- Se opone a que se impute un coste a la prueba simple de sincronismo.

ORANGE solicita que se modifique la Resolución de 5 de diciembre de 2012 en el sentido apuntado en sus alegaciones.

CUARTO.- Notificación a los interesados del inicio de la tramitación de los recursos y de su acumulación.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se informó a las entidades recurrentes y a los demás interesados del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación de los recursos de reposición antes citados, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la de la LRJPAC.

En el mismo escrito se les informaba de la acumulación de la tramitación de los recursos en virtud de lo establecido en el artículo 73 de la LRJPAC, habida cuenta de la íntima conexión e identidad sustancial del objeto de los mismos.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la misma LRJPAC, se dio traslado a los interesados de una copia no confidencial de los escritos de interposición de los recursos de reposición, informándoles de que disponían de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento si así lo estimaban conveniente a sus intereses.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Admisión a trámite.

En el recurso de reposición presentado por TESAU contra la Resolución del Consejo de 5 de diciembre de 2012 se solicita expresamente por medio de su segundo Otrosí la suspensión cautelar de la ejecutividad de varios apartados de la resolución impugnada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111.2, letra b), de la LRJPAC.

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 de que el recurso de reposición presentado por TESAU, en el que se solicita la suspensión del acto administrativo impugnado, se interpone contra un acto dictado por un órgano de esta Comisión, que resulta susceptible de recurso según lo dispuesto por los artículos 107 y 116 de la LRJPAC, dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y que la solicitud de suspensión se fundamenta en la posible existencia de las circunstancias previstas en el artículo 111.2 de la LRJPAC, procede admitir a trámite la referida petición de suspensión.



SEGUNDO.- Competencia y plazo para resolver.

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el mencionado recurso de reposición, al ser el acto impugnado una resolución dictada por ese mismo órgano, según prevé el artículo 116 de la LRJPAC.

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 TESAU.

La citada solicitud de suspensión deberá ser resuelta, y su Resolución notificada, en el plazo máximo de 30 días contados desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, según lo establecido en el artículo 111.3 de la misma Ley. La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurrido dicho plazo no se ha dictado resolución expresa al respecto

II.2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- La suspensión de la ejecución de los actos administrativos.

Con carácter general, el artículo 111.1 de la LRJPAC dispone que la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, excepto en aquellos casos en los que una disposición establezca lo contrario.

Esta posibilidad constituye un verdadero límite a la ejecutividad de los actos administrativos, en consonancia con el principio constitucional de eficacia que debe informarlos y al privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública. Es por ello que, en principio, el análisis de toda solicitud de suspensión de la ejecutividad de un acto, como la de la recurrente, deba hacerse partiendo de su excepcionalidad con respecto a los principios de ejecutividad, presunción de validez y eficacia inmediata de los actos administrativos previstos en los artículos 56 y 57 de la LRJPAC, y así lo han reconocido expresamente los Tribunales de Justicia respecto a los actos y resoluciones de esta Comisión, entre otras en las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2006 (RJ 2006/2358), de 18 de julio de 2006 (RJ 2006/5840) y de 13 de marzo de 2007 (RJ 2007/2572).

No obstante lo anterior, el artículo 111.2 de la misma Ley 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 tasadas:

- Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación (letra a).
- Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 LRJPAC (letra b).



En aplicación de lo anterior, para determinar si procede o no acceder a la suspensión cautelar solicitada por la recurrente habrá que analizar, en primer lugar, si concurre alguna de las circunstancias antes citadas y, en caso de que así ocurra, deberá analizarse, en segundo lugar, si debe prevalecer el interés público o de terceros en la ejecutividad inmediata del acto recurrido, o el de los interesados 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.

SEGUNDO.- Análisis de la concurrencia de los requisitos para la suspensión cautelar de la resolución recurrida.

2.1. La causación de perjuicios de imposible o difícil reparación

La primera de las circunstancias que puede concurrir para la suspensión de la ejecución de los actos administrativos es la posibilidad de que se causen a la entidad recurrente perjuicios de imposible o difícil reparación que pudieran producirse tras la estimación del recurso. De esta manera se pretende garantizar la integridad del objeto litigioso, pues de no ser así, se desvirtuaría el propio derecho al recurso.

En principio, no basta la mera alegación genérica de hipotéticos perjuicios para proceder a la suspensión de la ejecutividad de los actos, sino que, por el contrario, el solicitante debe justificar someramente su existencia. En efecto, el concepto de daño de difícil o imposible reparación ha sido analizado en distintas Sentencias del Tribunal Supremo con relación a la suspensión de ejecutividad de actos y resoluciones administrativos. Entre otras, cabe señalar las Sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2008 (RJ 2008/931) y de 20 de diciembre de 2007 (RJ 2008/515). En concreto en el Fundamento Quinto de la Sentencia de 20 de diciembre de 2007 se recuerda el deber que incumbe al solicitante de la suspensión de acreditar debidamente la concurrencia del perjuicio de "difícil o imposible reparación"¹. Y no solamente en Sentencias sino también en Autos del mismo Tribunal Supremo se ha llegado a la misma conclusión. A este respecto cabe señalar lo manifestado por la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus Autos de 3 de junio de 1997 (RJ 1997/5049)² y de 26 de marzo de 1998 (RJ 1998/3216). En este último Auto el Tribunal es especialmente claro al declarar que:

"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."

Pues bien, ha de señalarse que TESAU ha solicitado la suspensión de la ejecución de la Resolución impugnada, al amparo del artículo 111.2 de la LRJPAC:

¹ El Fundamento Quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2007 establece que: "El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que sea suficiente una mera invocación genérica (...)".

² El Auto del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1997 dispone que: "la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado (o la vigencia de la disposición impugnada) le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación".



- En concreto se refiere a la nulidad del acto recurrido (artículo 111.2, letra b), de la LRJPAC) por la imposibilidad material de cumplir algunos plazos y obligaciones de calidad impuestas en la Resolución recurrida, o a su desproporción e incongruencia, con una motivación insuficiente, y en algún caso por ser contrarios a la normativa vigente, todo lo cual le ocasionaría costes adicionales de manera desproporcionada.
- También alega la existencia de “graves perjuicios” derivados de la ejecución del acto (artículo 111.2, letra a), de la LRJPAC), pero sin concretar ni cuantificar cuáles serían esos hipotéticos daños a sus intereses, y sin acreditar su existencia de manera suficiente ni probar, ni siquiera de manera indiciaria, de que los mismos pudieran ser de imposible o difícil reparación.
- Asimismo ha alegado que no existiría un interés general que demande la no suspensión del acto recurrido, igualmente de manera genérica y sin concretarlo ni acreditar su existencia de ninguna manera.

2.2. La fundamentación del recurso en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62 de la LRJPAC.

TESAU alega en su recurso la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida con fundamento en la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 62.1, letras c) y e), de la LRJPAC (actos con un contenido imposible y con una motivación insuficiente), por lo que solicita la suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2.b) de la misma LRJPAC.

Con respecto a la apariencia de buen derecho, y en caso de la alegación de una causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 LRJPAC, la jurisprudencia, y entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2009 (RC 680/2008), exige que dicha nulidad sea “*evidente*” o “*manifiesta*” para que pueda adoptarse la medida cautelar solicitada. Esto es, que pueda apreciarse, al menos con carácter indiciario, que existe una clara causa de nulidad.

En este mismo 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 jurisprudencial restrictivo en la apreciación de las causas de nulidad de los actos administrativos con relación a la adopción de medidas cautelares establecido, entre otras muchas, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2004/402), en cuyo Fundamento de Derecho Octavo señala lo siguiente:

“La jurisprudencia, al considerar el aspecto positivo o habilitante del fumus boni iuris, advierte frente a los riesgos de perjuicio (Dogma vom Vorwegnahmeverbot en la doctrina alemana), declarando que «la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de



prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución (RCL 1978\2836), cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito» (autos de 22 de noviembre de 1993 [RJ 1993\8943] y 7 de noviembre de 1995 [RJ 1995\8137] y sentencia de 14 de enero de 1997 [RJ 1997\131], entre otras muchas resoluciones).”

En el supuesto de las causas alegadas por la entidad recurrente del artículo 62.1, letras c) y e), de la LRJPAC no se aprecia de forma notoria o manifiesta, ni tampoco indiciariamente, la concurrencia de los vicios invocados por la impugnante, puesto que la recurrente se limita a efectuar una serie de alegaciones de parte sobre la presunta imposibilidad manifiesta del cumplimiento de determinados plazos y obligaciones de calidad establecidas en la Resolución de 5 de diciembre de 2012 objeto de recurso y sobre la falta de motivación suficiente de la decisión impugnada.

Pero frente a dichas afirmaciones de TESAU hay que destacar que todas ellas vienen apoyadas en valoraciones subjetivas de parte y no se acompaña de la aportación de prueba objetiva alguna al respecto, y en algunos casos se limita a reiterar argumentos genéricos y a reproducir alegaciones-tipo ya expuestas en la tramitación del procedimiento que dio lugar al acto impugnado y en otros recursos de reposición previos interpuestos por la misma entidad.

Al no resultar en el presente caso ni manifiestos ni inequívocos los vicios alegados por la recurrente, sino que claramente requieren del análisis de fondo de la cuestión, consecuentemente las alegaciones de TESAU al respecto deberán ser objeto de la resolución principal del procedimiento y previos los trámites legalmente establecidos, incluido el trámite de audiencia a los demás interesados, y no de la resolución de naturaleza cautelar sobre su solicitud de suspensión.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de mayo de 2004 (RJ 2004/4409) señalando:

“...que es también doctrina reiterada del Tribunal Supremo, la que precisa que la pieza de suspensión o el incidente de medidas cautelares no es el cauce o momento procesal oportuno para resolver la cuestión de fondo, ni por tanto para hacer valoraciones que sean propias del fondo del asunto, pues ello sería tanto como desvirtuar su propia naturaleza y contenido, y el resolver la cuestión de fondo sin trámite de demanda, de prueba y de conclusiones, esto es, sin las garantías y trámites que al efecto ha establecido el Legislador”.

2.3.- La ponderación de los intereses concurrentes.

Habiendo analizado los requisitos establecidos en el artículo 111.2 de la LRJPAC, se ha observado que en este caso no concurre ninguno de ellos, por lo que, en principio, esta Comisión no estaría obligada a efectuar la ponderación de intereses prevista en el citado precepto. Sin embargo, de realizarse dicha ponderación, y tal y como se razonará seguidamente, el interés público y el interés de los operadores alternativos en el mantenimiento de la ejecutividad de la resolución recurrida prevalecerían claramente sobre



el interés de la recurrente a la suspensión de la misma, al no haberse acreditado por parte de dicho operador dominante la posible causación de ningún perjuicio de imposible o de difícil reparación. En efecto, los Tribunales exigen de los recurrentes una “mínima actividad probatoria” relativa al daño que les causaría la ejecutividad del acto o resolución administrativos recurridos. A modo de ejemplo, en el Fundamento Segundo de la como en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2006 (RJ 2006\1081) se dice que:

“La necesidad de ponderación de los intereses en juego requiere que la petición de suspensión haya ido acompañada de una mínima actividad probatoria sobre el perjuicio derivado de la ejecución (...)”

En este sentido, la recurrente no solamente no ha presentado indicios de que los perjuicios sean de “imposible o difícil reparación”, tal y como se ha expuesto en el Fundamento anterior, sino que tampoco ha aportado en su escrito indicio alguno de la propia existencia de los citados “perjuicios”, limitándose a una alegación genérica que no puede admitirse como válida a estos efectos.

Por otro lado, concurre un interés público general en el cumplimiento de las funciones ordenadoras del mercado encomendadas a esta Comisión, como se recuerda en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2010 (RC 2880/2007, JUR\2010\66659):

“...el interés público más relevante es la protección de las funciones ordenadoras del mercado de las telecomunicaciones atribuidas al órgano regulador, que requieren una pronta atención y respeto por parte de los operadores a las resoluciones del citado órgano, especialmente teniendo en cuenta la acusada movilidad y rápida evolución del sector de las telecomunicaciones. Además, en la ponderación de intereses a la que se refiere el propio artículo 130 de la Ley jurisdiccional, habría de sumarse a este interés público, decisivo en asuntos como el presente, el interés particular de otras entidades particulares, contrapuesto al de la recurrente –operadora dominante en el mercado-, en que se cumplan las resoluciones dictadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (...)”

Considerados los anteriores razonamientos y dadas las circunstancias descritas, esta Comisión entiende que debe prevalecer en este caso el interés público y el interés de los operadores alternativos al mantenimiento de la ejecutividad de la resolución recurrida sobre el interés del operador dominante de que se resuelva cautelarmente la suspensión de la misma.

Por todo cuanto antecede, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

ÚNICO.- Denegar la suspensión cautelar solicitada por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en el Primer Otrosí Digo y Otrosí Solicito de su recurso de reposición de 8 de enero de 2013 interpuesto contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 5 de diciembre de 2012 sobre la revisión de los plazos y los indicadores de calidad de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado de Telefónica, recaída en el procedimiento administrativo número DT 2012/824.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del



Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 22.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, 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 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, el artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, 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 presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.