



MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO, Director de Asesoría Jurídica y Secretario en funciones del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 7.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Resolución del Consejo de 20 de diciembre de 2007, BOE nº 27 de 31 de enero de 2008,

### CERTIFICA:

Que en la Sesión número 22/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 8 de julio de 2010, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la

**Resolución la que se resuelve la petición de suspensión solicitada por la entidad Telefónica de España, SAU en su recurso de reposición interpuesto contra la Resolución, de fecha 20 de mayo de 2010, sobre modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA), en relación al precio del servicio de ampliación de disyuntores en el marco del suministro de energía eléctrica para equipos coubicados (AJ 2010/1155).**

## I ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.- Resolución de 20 de mayo de 2010.

Con fecha 20 de mayo de 2010, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, esta Comisión) dictó una Resolución sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA), en relación al precio del servicio de ampliación de disyuntores en el marco del suministro de energía eléctrica para equipos coubicados (Expediente nº. DT 2010/318).

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

**PRIMERO.-** *Incorporar en la lista de precios de la OBA las condiciones económicas para el servicio de ampliación de disyuntores recogidas en el punto 1 del Anexo 1 a la presente resolución. Los precios surtirán efecto desde el 11 de marzo de 2010, fecha de aprobación de la resolución del recurso AJ 2010/105 contra el conflicto DT 2009/1419 interpuesto por Grupalia, a excepción del incremento por IPC estipulado en el apartado 4.4, cuya aplicación se efectuará a partir de la fecha de aprobación de la presente resolución.*

**SEGUNDO.-** *Actualizar los precios no recurrentes asociados al suministro eléctrico en razón del IPC correspondiente al periodo comprendido entre septiembre de 2006 y marzo de 2010, según lo*



*establecido en el apartado 4.4. Los precios entrarán en vigor a partir de la fecha de aprobación de la presente resolución.*

**TERCERO.-** *En el plazo de tres días hábiles desde la notificación de la presente resolución, Telefónica modificará la lista de precios de la OBA, atendiendo a lo dispuesto en el Anexo 1 a la presente resolución, y publicará el nuevo texto consolidado en su sitio web <http://www.telefonicaonline.es>.*

*El incumplimiento de la presente resolución puede ser considerado como infracción muy grave de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 letra r) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.*

## **Segundo.- Recurso potestativo de reposición.**

El día 21 de junio de 2010 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de TESAU por el que se interponía un recurso potestativo de reposición contra la Resolución, de fecha 20 de mayo de 2010, citada en el antecedente de hecho primero.

En el mencionado recurso, TESAU aportó información de carácter sensible susceptible de afectar tanto a su secreto comercial e industrial como al de otros operadores y, en consecuencia, solicita que se declare la confidencialidad de aquella información.

## **Cuarto.- Notificación de inicio y declaración de confidencialidad.**

Por medio de escrito del Secretario de la Comisión, de fecha 25 de junio de 2010, los interesados en el procedimiento fueron notificados del inicio del procedimiento y de la declaración de confidencialidad sobre los datos contenidos en el documento Anexo al recurso interpuesto por TESAU. Todo lo anterior, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) y a los efectos de lo establecido en el artículo 112 de la misma Ley.

## **Quinto.- Solicitud de suspensión.**

TESAU solicita, en el "Otro sí digo" de su escrito de interposición del recurso, que se proceda a suspender la ejecución de la Resolución recurrida en lo referente al carácter retroactivo declarado en el resuelve primero, al amparo de lo establecido en el artículo 111.2, letras a) y b) de la LRJPAC.

TESAU funda su solicitud de suspensión en que la resolución impugnada adolece de nulidad de pleno derecho por las causas establecidas en las letras a y b del artículo 62.1 de la LRJPAC y en el grave perjuicio que se le generaría al aplicar los nuevos precios a los operadores por los servicios relacionados con la ampliación de disyuntores en el marco del suministro de energía eléctrica para equipos coubicados si, con posterioridad, esta Comisión estimase el recurso presentado modificando nuevamente los precios de los mencionados servicios. Continúa alegando que en el supuesto de estimación del recurso, TESAU tendría que realizar refacturaciones con los operadores con el consiguiente detrimento en sus relaciones, en la seguridad jurídica y en la previsibilidad del marco existente de la OBA. Además, añade que existe una tenue necesidad de ejecutar el acto recurrido y que de acordarse la suspensión, no se generarían perjuicios al interés público ni a terceros.



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

## II FUNDAMENTOS DE DERECHO

### II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

#### **Primero.- Legitimación de la entidad recurrente.**

En el "Otrosí digo" del escrito presentado por TESAU interponiendo recurso de reposición contra la Resolución de esta Comisión, de fecha 20 de mayo de 2010, se solicita la suspensión de su ejecutividad en lo referente al carácter retroactivo declarado en su resuelve primero.

En atención a lo anterior, TESAU ostenta la condición de interesada en la presente Resolución.

#### **Segundo.- Admisión a trámite.**

En el escrito presentado por TESAU interponiendo recurso potestativo de reposición se solicita expresamente la suspensión de la ejecución de la citada Resolución impugnada.

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 en el que se solicita la suspensión del acuerdo impugnado se interpone contra una Resolución de esta Comisión que resulta susceptible de recurso, 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; y que fundamenta su solicitud de suspensión al amparo de lo previsto por las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 111 de la LRJPCA, procede admitir a trámite la referida petición de suspensión para su resolución final.

#### **Tercero.- Competencia para resolver.**

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 que quien compete resolver el recurso.

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

### II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

#### **Primero.- Sobre la ejecutividad de la Resolución impugnada**

Conforme a lo establecido por los artículos 57 y 94 de la LRJPAC, los actos administrativos son inmediatamente ejecutivos. En este mismo sentido, el artículo 111.1 de la misma Ley establece que serán ejecutivos los actos administrativos aun cuando sobre los mismos se haya solicitado suspensión.



No obstante lo anterior, el artículo 111.2 de la misma LRJPAC dispone que el órgano a quien compete resolver el recurso podrá 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.
- 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 en las letras a) y b) del artículo 111.2 de la LRJPAC. 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.

Todo el anterior análisis deberá realizarse 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.

### **Segundo.- Sobre las causas alegadas para solicitar la suspensión de la Resolución impugnada.**

Como primera causa por la que solicita la suspensión de la Resolución recurrida, TESAU invoca la nulidad de pleno derecho de la misma en virtud de las causas establecidas en el artículo 62.1, letras a) y b), de la LRJPAC. Añade que “(...) las causas de nulidad de pleno derecho (...) que se han hecho valer en el presente recurso (...) de por sí, implicarían la suspensión del acto impugnado (...)”

Para analizar si existen los pretendidos vicios que afectan a la resolución impugnada de nulidad resultan patentes y notorios, tal y como exige la consolidada doctrina jurisprudencial sobre la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) de la nulidad de pleno derecho 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 las causas de nulidad alegadas por la recurrente debe tenerse en cuenta el criterio de interpretación restrictiva para la apreciación de dichas causas establecido por la jurisprudencia y expuesto, entre otras muchas, en Sentencia del Tribunal



Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2004/402), en cuyo Fundamento de Derecho Octavo señala lo siguiente:

*“(...) 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» (el subrayado es nuestro).”*

La argumentación de TESAU en apoyo de su solicitud de suspensión, presenta una íntima conexión con el fondo del asunto sin que pueda considerarse, de manera manifiesta o notoria, la concurrencia de los vicios de nulidad invocados requiriendo de un análisis de fondo de dicha cuestión a los efectos de determinar si efectivamente concurren aquellas.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y haciendo abstracción del análisis detenido de la legalidad del acto impugnado reservado al procedimiento principal que se hará en la resolución definitiva del presente recurso, al analizar el contenido de los motivos de nulidad señalados resulta que los mismos no se deducen a primera vista ni de manera evidente o manifiesta. TESAU se limita a manifestar la vulneración de las letras indicadas del artículo 62.1 de la LRJPAC sin que de ninguna manera una coherentemente su argumentación con la mencionada vulneración. Menos aún, respecto de la falta de competencia de esta Comisión que también alega.

Por otra parte, en respaldo de su solicitud de suspensión, TESAU invoca perjuicios de imposible o difícil reparación que le supondría la ejecución retroactiva de los precios fijados en la resolución impugnada. En concreto, señala por tales perjuicios aquellos que se le generarían en el hipotético caso de que esta Comisión estimase el recurso presentado en cuanto a que la recurrente se vería obligada a realizar refacturaciones con los operadores con el consiguiente detrimento en sus relaciones con aquéllos, también señala como otros perjuicios, la afectación a la seguridad jurídica y previsibilidad del marco de la OBA existente. Pues bien, tales perjuicios alegados, en la medida en que resultan hipotéticos, no pueden ser probados ni tan siquiera indiciariamente además de que tampoco pueden ser calificados como de difícil o imposible reparación.

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 3 de junio de 1997 (RJ 1997/5049):

*“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”.*

De igual modo, en su Auto de 26 de marzo de 1998 (RJ 1998\3216), señalaba ese Tribunal 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 sobrevenida 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.*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

*Por otra parte, resulta absolutamente necesario que tales circunstancias sean patentes en el momento de la solicitud de suspensión."*

Por todo lo anterior, tampoco concurre en el presente caso la circunstancia establecida en el apartado b) del artículo 111.2 de la LRJPAC para que se pueda acceder a la petición de suspensión.

Al no concurrir en el presente caso ninguna de las causas legalmente previstas para declarar la suspensión de la Resolución recurrida, no hay lugar a que esta Comisión efectúe la ponderación entre los posibles perjuicios que conllevaría la decisión de suspender, o no, la ejecución de la resolución impugnada en lo relativo a sus efectos retroactivos.

En virtud de todo lo anterior, la Resolución del Consejo de esta Comisión, de fecha 20 de mayo de 2010, objeto del presente recurso, debe de mantener la eficacia retroactiva de los precios ahí fijados hasta que se resuelva el presente recurso de reposición.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE:

**Único.-** Denegar la solicitud de Telefónica de España, SAU, de suspender la ejecución de la Resolución, de 20 de mayo de 2010 recaída en el expediente DT 2010/318, en lo referente al carácter retroactivo declarado en su resuelve primero.

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 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a 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 48.17 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, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro recurso que estimen procedente en defensa de sus derechos en virtud de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

***El presente documento está firmado electrónicamente por el Director de Asesoría Jurídica, Miguel Sánchez Blanco (P.S. art. 7.2 Texto Consolidado RRI de la CMT, Resol. Consejo de 20.12.2007, BOE de 31 de enero de 2008), con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.***