



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 39/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 6 de noviembre de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE SOBRE LA PETICIÓN DE SUSPENSIÓN SOLICITADA POR LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2008.

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 10 de septiembre de 2008 sobre la modificación de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas Troncales de Telefónica de España, S.A.U. en lo que respecta a la ruta Península- Canarias (MTZ 2008/516), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. /08 del día de la fecha, la siguiente Resolución (AJ 2008/1765):

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 10 de septiembre de 2008, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha dictado una Resolución por la se resuelve modificar la oferta de referencia de líneas alquiladas troncales de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) en lo que respecta a la ruta Península-Canarias.

SEGUNDO.- Con fecha 21 de octubre de 2008 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de TESAU por el que interpone recurso de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

En dicho recurso se solicita a través de otrosí digo la suspensión de la citada Resolución, en virtud de lo dispuesto en el artículo 111.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), en lo que respecta a las obligaciones impuestas a TESAU en la Resolución recurrida consistentes en incluir los servicios de conexión y transporte establecidos en esta última en el SGO en el plazo de un mes y de proveer los circuitos STM-4 en el plazo de 45 días desde su petición.

Como fundamento de la solicitud de suspensión alega que las obligaciones impuestas son de imposible cumplimiento, no existe un interés público que demande la no suspensión del acto administrativo recurrido y que, *sensu contrario*, la ejecución del acto le causaría graves perjuicios por encontrarse obligada a destinar recursos económicos y técnicos para atender a peticiones que no podría cumplir, perjudicando con ello al resto de operadores y por ende, al interés general.

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 TESAU por el que se interpone recurso de reposición contra la Resolución de esta Comisión de fecha 10 de septiembre de 2008, 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 modificar la oferta de referencia de líneas alquiladas troncales de TESAU en lo que respecta a la ruta Península-Canarias, 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, TESAU ostenta también la condición de interesada en la presente pieza de suspensión.

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 TESAU contra la Resolución de 10 de septiembre de 2008 y, por tanto, la petición de suspensión en él contenida, 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Habida cuenta que el recurso de reposición presentado por TESAU, en el que se solicita la suspensión parcial del acuerdo impugnado, se interpone contra una Resolución de esta 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.- 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 que una disposición establezca lo contrario (supuesto que no concurre en este caso).

La posibilidad de suspender un acto administrativo constituye un verdadero límite a su ejecutividad, 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.

Sin embargo, la Administración debe vigilar por que se respete el derecho a la defensa efectiva, acordando la suspensión de los actos que puedan suponer la causación de un perjuicio irreparable en el caso de que quien tenga la razón tenga que verse asistido de un órgano jurisdiccional para obtenerla¹.

En este sentido, el apartado 2 del citado artículo prevé que el órgano al que compete 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:

- 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

¹ Esta doctrina ha sido recogida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia del caso *Factortame*, de 19 de junio de 1990.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

concorre 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 analizarse, en segundo lugar, si debe prevalecer el interés público o de terceros 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.- Concurrencia de los requisitos legales para la suspensión.

a) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC.

Entre las dos circunstancias alternativas que el artículo 111.2 de la LRJPAC establece como posibles para solicitar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo, TESAU únicamente invoca una de ellas, a saber, que su impugnación se fundamenta en una de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC, en concreto, que las obligaciones impugnadas y respecto de las que solicita la suspensión de la ejecución son de imposible cumplimiento, concurriendo en consecuencia una de las causas establecidas en el citado artículo, concretamente, la prevista en el apartado c).

En atención al análisis que se realizará a continuación es preciso recordar que el Tribunal Supremo² ha señalado que el requisito establecido en el artículo 111. 2. b) concurrirá *“siempre que se aprecie de una manera terminantemente clara y ostensible la posibilidad de concurrencia de alguna de tales causas de nulidad de pleno derecho”*³. Esto es, se trata de que el vicio determinante de nulidad surja de manera evidente sin necesidad de que deba realizarse nada más que la comprobación del hecho para constatar su existencia.

Sentado lo anterior procede analizar la concurrencia del requisito de continua referencia en las dos obligaciones respecto de las que se ha solicitado la suspensión de su ejecución.

En lo que respecta a la implementación en el SGO de los servicios de conexión y transporte establecidos en la Resolución de 10 de septiembre de 2008, la recurrente considera que el servicio regulado en la Oferta de referencia aprobada en la Resolución de 10 de septiembre de 2008 (en adelante, Orla-Canarias) es un servicio nuevo al que se le ha dotado de una estructura diferente de la existente, por lo que en el supuesto de que se contemplase la inclusión de este servicio en el SGO, el tiempo de desarrollo e implantación no puede ser inferior a los seis meses propuestos por aquélla.

² Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7840).

³ El subrayado es nuestro.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Respecto a lo manifestado por TESAU es preciso recordar que ya en la Resolución recurrida se estableció que la oferta aprobada en dicha Resolución es prácticamente igual a la vigente para servicios de transporte de velocidades de hasta 155 Mbit/s (STM-1), constituyendo la única novedad la introducción de nuevas modalidades de servicios de conexión para circuitos STM- 4 y que adicionalmente, dichas nuevas modalidades se basan en las ya existentes en la Oferta de referencia de líneas alquiladas terminales de TESAU (en adelante, ORLA) para circuitos de 2, 34 o 155 Mbit/s, por lo que, los cambios a realizar en el SGO serían mínimos, estimándose que el plazo de un mes es más que suficiente para acometerlos.

Pero es que además es preciso tener en cuenta que fue hace casi dos años cuando se impuso a la recurrente la obligación de presentar una oferta de referencia para la prestación de los servicios mayoristas de líneas alquiladas troncales, concretamente el día 23 de noviembre de 2006⁴ en el marco de la definición y análisis de los mercados de segmentos de líneas de terminación y troncales arrendadas al por mayor y que en cumplimiento de dicha obligación fue la propia recurrente quién propuso⁵, tal y como consta en los apartados relativos al procedimiento de petición de solicitudes (apartado 7.3) y al mantenimiento de los circuitos (apartado 7.5) de la oferta presentada por TESAU (en adelante, ORLA-troncales), que las propuestas deberían tramitarse por el SGO, proposición que no fue modificada por esta Comisión.

De manera que, la recurrente no puede obviar que en su ORLA-troncales ya cuentan con un servicio de conexión y un servicio de transporte, servicios que según su propia oferta, ya se encuentran en el SGO, ni tampoco que el servicio de conexión de la ORLA ha sido regulado por esta Comisión y se encuentra también disponible en el SGO. Por lo que esta Comisión, en la ORLA-Canarias, únicamente ha adaptado los servicios de conexión a los de la ORLA, que ya se encontraban configurados en el SGO.

Por lo anterior y contrariamente a lo manifestado por la recurrente, los cambios que ha de efectuar en el SGO son mínimos, debiendo considerar que el plazo de un mes resulta apropiado para que la recurrente efectúe los cambios que sean pertinentes.

Por otra parte, sobre el plazo establecido por esta Comisión para la provisión de los servicios STM-4, la recurrente alega que es absolutamente insuficiente debido a las características técnicas del servicio ya que *“se trata de circuitos de mucha mayor capacidad que los STM- 1 y cuyas solicitudes es previsible que en muchos casos requieran ampliaciones. Actualmente el crecimiento de los cables*

⁴ Resolución por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor y segmentos troncales de líneas arrendadas al por mayor, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (AEM 2005/1456).

⁵ La citada oferta puede encontrarse en el siguiente link:

http://www.telefonicaonline.com/qx/manual/STI_022007.pdf



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

submarinos PENCAM 6 y PENCAM 7, se produce en la velocidad de 10Gb/s (STM- 64) y el plazo de suministro para acometer dichas ampliaciones está en torno a los 9 meses (se trata de los tiempos que ofertan los suministradores) a los que habría que añadir 3 meses para gestiones internas”.

Pues bien, esta Comisión ya justificó en la Resolución recurrida el por qué de la fijación del plazo de 45 días para proveer el citado servicio. En este sentido puso de manifiesto que si TESAU fijó plazos para los circuitos de 155 Mbit/s no hay razón para no hacerlo con los de STM- 4 ya que la casuística asociada a la provisión de estos circuitos de capacidades elevadas es la misma, por tanto, se consideraba razonable fijar el mismo plazo para los servicios STM-1 y STM-4.

Pero es que además, a los efectos que interesan en la presente Resolución, esto es, en el marco del análisis sobre la procedencia de la suspensión del plazo impugnado como consecuencia de la imposibilidad del cumplimiento del mismo, no procede olvidar que dado que se trata de un servicio nuevo, los operadores van a necesitar puntos de conexión en los extremos del servicio de transporte. Esto es, que antes de que empiecen a computar los plazos de provisión del servicio de transporte, será necesario proveer los puntos de conexión, plazos que, tal y como se establece en el apartado 3.3.1 de la ORLA-Canarias, deberán aplicarse los *“plazos, hitos y procedimientos asociados establecidos en la ORLA para la constitución de los Puntos y Servicios de Conexión”*.

De acuerdo con lo anterior y en aplicación de lo establecido en el apartado 5.2 de la ORLA, los plazos para la provisión de los citados puntos de conexión serán de 15 días más 70, plazo al que deberán sumársele otros 8 días naturales⁶ en aquellos casos en los que se pida el servicio de conexión y el servicio de transporte a la vez.

De manera que, el primer plazo que TESAU deberá cumplir para proveer los primeros servicios STM- 4, no es de 45 días, si no de 93. Por lo que, la evidente imposibilidad del cumplimiento de la obligación mencionada en modo alguno queda justificada al no haber podido la recurrente intentar cumplir con el mismo y de esta forma comprobar la factibilidad o no de su realización.

En virtud de lo expuesto, procede desestimar la alegación de la recurrente relativa al imposible incumplimiento de las obligaciones impugnadas, por cuanto, de conformidad con la jurisprudencia mencionada anteriormente del Tribunal Supremo, no se aprecia de forma palmaria la supuesta imposibilidad de la recurrente de cumplir con las obligaciones de continua referencia.

⁶ Plazo establecido en el apartado 3.3.2 de la ORLA-Canarias.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b) Ponderación entre el interés público y el perjuicio que se causaría a la recurrente.

En atención a los requisitos que el artículo 111 de la LRJPAC establece para declarar la suspensión del acto impugnado, procede realizar una ponderación entre los perjuicios que se causarían a la recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata de la resolución recurrida y los que se ocasionarían al interés público o de terceros si se procediera a su suspensión.

TESAU manifiesta que no existe un interés público que demande la no suspensión de la Resolución de 10 de septiembre de 2008 y que sin embargo la ejecución del acto le ocasionaría graves perjuicios ya que se vería obligada a destinar recursos económicos y técnicos para atender las peticiones que se realicen, peticiones que no va a poder cumplir, pudiendo perjudicar con ello al resto de operadores y en consecuencia al interés general.

En primer lugar, en lo que respecta a la implementación del SGO cabe señalar que de sobra son conocidas por el sector las ventajas que conlleva la utilización del SGO para la formulación de las distintas solicitudes, ventajas que han determinado la utilización de dicho sistema para las distintas ofertas que TESAU se encuentra obligada a presentar. De manera que, el hecho de que aquel se encuentre a disposición de los operadores alternativos en el menor plazo de tiempo posible, permitirá que aquellos que estén interesados puedan acceder lo antes posible al mercado de líneas arrendadas troncales al por mayor en lo que respecta a la ruta Península-Canarias, ampliando en consecuencia la oferta mayorista de los citados servicios, lo que redundará en consecuencia en beneficio de los consumidores y con ello, en beneficio del interés general.

Por otra parte, en lo que respecta al análisis de los perjuicios que podrían generarse a TESAU por la implementación del citado servicio en el plazo de un mes es preciso señalar que, si bien TESAU en el recurso interpuesto solicita que se elimine la obligación de implementar el SGO para los servicios de conexión y transporte regulados en la ORLA-Canarias, por considerar que existe un número muy reducido de dichas solicitudes, pudiendo ofrecer dichos servicios mediante el envío de correo electrónico o fax, se trata de una obligación que, de acuerdo con la ORLA-troncales de TESAU ya debería encontrarse prácticamente implementada, debiendo realizar unas modificaciones mínimas para acometer la obligación establecida en la Resolución recurrida, por lo que, en el caso que finalmente se estimase su solicitud de eliminación de dicha obligación, los perjuicios que en todo caso se le podrían causar serían los relativos a la implementación de esta última obligación y por tanto, mínimos.

En segundo lugar, en lo que respecta a la ponderación a realizar sobre el plazo de 45 días establecido para la provisión del servicio STM- 4 *a priori* procede señalar que la recurrente no ha impugnado la obligación de proveer el citado servicio, aludiendo únicamente a que la imposición de dicha obligación debería estar



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

condicionada a la existencia de disponibilidad de capacidad vacante en las infraestructuras de TESAU.

Pero es que, en lo que respecta al concreto análisis que procede realizar sobre los respectivos beneficios y perjuicios que se producirían por la no suspensión de la citada obligación procede recordar que el plazo para la provisión de los citados servicios no empezará a computar hasta que no haya transcurrido el plazo de 93 días referenciado anteriormente. Por lo que, teniendo en cuenta que el plazo para la Resolución de los recursos potestativos de reposición, tal y como establece el artículo 117.2 de la LRJPAC, es de un mes, y que el plazo para proveer la conexión es de 93 días, sin que hasta la fecha le conste a esta Comisión que se haya realizado ninguna solicitud del citado servicio, la recurrente no va a verse en absoluto afectada por la inmediata ejecución de dicha obligación.

En virtud de lo expuesto procede concluir que la Resolución de 10 de septiembre de 2008 es completamente ejecutiva en todos sus términos, debiendo TESAU, en consecuencia, cumplir con los plazos y obligaciones establecidas en la misma, no debiendo intentar ampararse en solicitudes de suspensión para dilatar o incluso incumplir las obligaciones que les sean impuestas por esta Comisión.

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Desestimar la solicitud de suspensión de la eficacia inmediata de las obligaciones establecidas en la Resolución de esta Comisión de 10 de septiembre de 2008 sobre la modificación de la oferta de referencia de líneas alquiladas troncales de Telefónica de España, S.A.U. en lo que respecta a la ruta Península-Canarias (MTZ 2008/516) relativas a la inclusión de los servicios de conexión y transporte en el SGO en el plazo de un mes y a la provisión de circuitos STM- 4 en el plazo de 45 días, siendo plenamente eficaces 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, 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 por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera