



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 número 43/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 20 de diciembre de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN RELATIVA A LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DE LA RESOLUCIÓN DE 25 DE OCTUBRE DE 2007, SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA ESPECIFICACIÓN TÉCNICA DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS PARA LA CONSERVACIÓN DE LA NUMERACIÓN FIJA EN CASO DE CAMBIO DE OPERADOR.

En relación con las solicitudes de suspensión incorporadas a los recursos interpuestos por Telefónica de España, S.A.U. y Jazz Telecom S.A.U. contra la Resolución de fecha 25 de octubre de 2007, recaída en el expediente DT 2007/727, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de la numeración fija en caso de cambio de operador, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión número 43/07 del día de la fecha, la siguiente Resolución (AJ 2007/1381):

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de fecha 25 de octubre de 2007.

Con fecha 25 de octubre de 2007, el Consejo de esta Comisión acordó la Resolución sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de la numeración fija en caso de cambio de operador (expediente DT 2007/727).

En la parte dispositiva de la citada Resolución, se acordaba:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Primero. *Modificar el apartado 5.1.3.b de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de la numeración geográfica y de red inteligente en caso de cambio de operador en las redes telefónicas públicas de la siguiente manera:*

“El operador al que se le solicita la desagregación podrá denegar la solicitud de desagregación del bucle, además de por las causas reconocidas en la Oferta de Referencia de acceso al bucle (OBA), por las causas y plazos establecidos en las especificaciones técnicas de la portabilidad para números geográficos, excepto por la causa “discrepancia entre numeración y abonado identificado por DNI/NIF/CIF”, en cuyo caso deberá abrirse por defecto un proceso de resolución de la incidencia que habrá de completarse antes del vencimiento del plazo establecido para validar la solicitud de prolongación del par.”

Segundo. *Abrir expediente de modificación de las especificaciones de la portabilidad de la numeración geográfica y de red inteligente al objeto de analizar la necesidad de revisión de las causas de denegación y de otros aspectos que pudieran necesitar de actualización y mejora.*

Tercero. *Telefónica deberá realizar, en el plazo máximo de un mes desde la notificación de la presente Resolución, las modificaciones necesarias en sus sistemas al objeto de que estén operativos para cumplir con lo establecido en el punto primero.*

SEGUNDO.- Recurso de reposición de Telefónica.

Con fecha 26 de noviembre de 2007 ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante la Comisión) un escrito firmado por D. Francisco Carralero Alfaro, en nombre y representación de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante Telefónica), por el que se interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución arriba mencionada.

Telefónica muestra su disconformidad con la Resolución impugnada sobre la base de los siguientes argumentos:

- a) La falta de proporcionalidad de la medida adoptada en el Resuelve Primero, y que se refiere a la apertura y plazo de resolución de un proceso manual de resolución de incidencias consistente en la discrepancia entre numeración y abonado identificado por DNI/NIF/CIF.
- b) La imposibilidad del cumplimiento de la resolución recurrida, por la brevedad del plazo concedido a la recurrente para efectuar las modificaciones en sus sistemas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- c) La falta de motivación e indefensión causada en la determinación del plazo para efectuar los desarrollos necesarios para la operatividad del sistema.

TERCERO.- Recurso de Reposición de Jazztel.

Por su parte, Jazz Teleocm, S.A.U. (en adelante Jazztel) ha presentado un recuro contra la Resolución de fecha 25 de octubre de 2007, de constante referencia, que ha tenido entrada en el registro de esta Comisión en fecha 13 de diciembre de 2007.

El recurso de Jazztel se basa en los siguientes motivos:

- a) La dificultad técnica y el elevado coste económico de abrir incidencias en el caso de denegaciones de desagregación por la causa “discrepancia entre numeración y abonado identificado por DNI/NIF/CIF”.
- b) La existencia de propuestas por parte de Telefónica al resto de interesados que supondrían una mejor solución al problema resuelto en la resolución recurrida, pues no alargaría los procesos de provisión cinco días adicionales cuando una solicitud es rechazada.
- c) La imposibilidad material de adoptar la medida en el mes previsto en la resolución recurrida.

CUARTO.- Solicitudes de suspensión de la ejecución.

1). Por parte de Telefónica.

En el “Otrosí Primero” de su escrito, Telefónica solicita la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida en virtud de lo establecido en el artículo 111.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administracion Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP y PAC).

La recurrente basa su solicitud en la concurrencia de vicios que determinarían la nulidad absoluta de la resolución recurrida, así como de la inexistencia de perjuicios hacia terceros. A su juicio, la posible estimación del recurso perdería su eficacia en el caso de que la recurrente se viera obligada a su cumplimiento, concurriendo así los presupuestos legales que habilitan al órgano administrativo a acordar la suspensión de la ejecutividad de un acto recurrido.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2) Por parte de Jazztel.

En el Cuarto de los “Motivos” del escrito de Jazztel, la recurrente expone que es necesario acordar la suspensión cautelar de la resolución recurrida hasta la resolución de su recurso.

A su juicio, no existe un interés público que aconseje la inmediata ejecutividad de la medida, y, por el contrario, muchos operadores alternativos estarían interesados en su aplazamiento. Además, pone de manifiesto que la estimación de su recurso le supondría un perjuicio, pues hubiera destinado recursos para su cumplimiento, ya que sus sistemas, como el del resto de operadores, tendrían que estar preparados para tratar las causas de rechazo.

Asimismo, solicita la adopción de una medida cautelar consistente en que, cuando la solicitud vaya asociada el proceso de desagregación de bucle, la discrepancia entre el número de abonado y el DNI/CIF/NIF siga siendo causa de rechazo, pero que, en lugar de disponer de cinco días para la aceptación o rechazo, cuando la solicitud deba ser rechazada, se haga en un día.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Admisión a trámite.

En el escrito presentado por Telefónica por el que se interpone recurso de reposición contra la Resolución de esta Comisión de constante referencia, se solicita por medio de su otosí primero la suspensión de la ejecutividad de la resolución impugnada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJAP y PAC. También Jazztel en su recurso se refiere a la necesidad de acordar la suspensión cautelar de la resolución.

Dicho artículo 111 de la LRJAP Y PAC regula la suspensión de la ejecución de los actos administrativos cuando éstos han sido objeto de cualquier recurso administrativo.

Habida cuenta de que los recursos de reposición presentados por Telefónica y Jazztel, en los que se solicita la suspensión del acto administrativo impugnado,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

se interponen contra una resolución de esta Comisión, que resulta susceptible de recurso según lo dispuesto por los artículos 107 y 116 de la LRJAP Y PAC, y dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, procede admitir a trámite las referidas peticiones de suspensión para su resolución final.

SEGUNDO.- Competencia para resolver.

En virtud de lo establecido en el artículo 116.1 de la LRJAP y PAC, los actos que ponen fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, en este caso, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Asimismo, el artículo 111.2 de la LRJAP Y PAC 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 las solicitudes de suspensión de la resolución recurrida por Telefónica y Jazztel.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

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

Con carácter general, el artículo 111.2 de la LRJAP y PAC 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).

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 las de las recurrentes, 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.

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

Así, 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 LRJAP Y PAC.

En aplicación del artículo citado, para determinar si procede o no acceder a la suspensión solicitada por las recurrentes, habrá que analizar, en primer lugar, si concurre 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) 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 producción a los recurrentes de 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 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. Así lo recoge la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Auto de 26 de marzo de 1998 (RJ 1998\3216):

“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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.”

En el caso que nos ocupa, cabe pensar que Telefónica y Jazztel (y también el resto de operadores) se verán obligados a la realización de cambios en sus sistemas y procesos operativos, y que ello les supondrá un coste por la necesidad de destinar ciertos recursos. Se entiende justificado por parte de las recurrentes que el esfuerzo que el cumplimiento de la resolución les exige excede el del normal desarrollo de sus propios servicios. Evidentemente, ese esfuerzo devendrá baldío de estimarse finalmente su recurso.

Podría alegarse que ese perjuicio no sería de imposible reparación, pues sería susceptible de valoración económica. Sin embargo, el tradicional obstáculo de la posibilidad de reparación económica no ha de entenderse como definitivo, sino que ha de relacionarse con la dificultad de su cuantificación, con la proporcionalidad de la medida y, sobre todo, con la comparación de la intensidad respectiva de los intereses públicos y privados en juego, de forma que habrá de optarse por el menor de los perjuicios.

Además, la consecuencia inevitable del incumplimiento de la resolución recurrida, en caso de no suspenderse su ejecutividad, sería el inicio del correspondiente expediente sancionador, aun cuando el cumplimiento resultara muy dificultoso.

b) La fundamentación del recurso en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62 de la LRJAP y PAC.

Con carácter general, la mera alusión a alguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 62 de la LRJAP y PAC por parte del recurrente no es suficiente para completar la apariencia de buen derecho que deben cumplir sus argumentos, cuyo análisis, sucinto en todo caso, no ha de prejuzgar el fondo del asunto ni anticipar el resultado. Por esta misma razón, el Tribunal Supremo ha venido entendiendo que sólo en los casos en que la nulidad apareciese de forma evidente u ostensible podría resultar justificada una suspensión basada en la alegación de una causa de nulidad de pleno derecho.

Los motivos de nulidad absoluta recogidos en el citado artículo 62 de la LRJAP y PAC son los siguientes:

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- c) Los que tengan un contenido imposible
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.
- g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición legal.

Telefónica denuncia en su recurso varios de los anteriores motivos que, a su juicio, determinarían la nulidad de la resolución recurrida. Por un lado, porque la implementación de las medidas en el plazo previsto sería técnica y materialmente muy dificultosa o prácticamente imposible. La otra causa de nulidad alegada es la indefensión que podría suponer la insuficiente motivación del plazo de un mes impuesto a Telefónica para realizar las modificaciones necesarias en sus sistemas para el cumplimiento del procedimiento previsto en la Resolución recurrida.

En cuanto al primero de los anteriores motivos, se aprecia que el plazo de un mes establecido podría ser insuficiente, o al menos de muy difícil cumplimiento por parte de la recurrente pese a destinar los recursos necesarios, pues es muy inferior al que necesita para la implantación de sus propios servicios, en los que, es de suponer, vuelca los mayores de sus esfuerzos.

Parecidas razones se deducen del recurso de Jazztel, que, sin alegar causa de nulidad específica, expone las grandes dificultades que le supondría el cumplimiento en plazo de la resolución.

La coincidente denuncia de ambos operadores pone de manifiesto la existencia de apariencia de buen derecho de su solicitud de suspensión del plazo previsto para el cumplimiento de la resolución, y por lo tanto, aconsejarían su aplazamiento cautelar, por ser un extremo de la resolución recurrida cuyo cumplimiento devendría ineficaz de prosperar los recursos contra la misma.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- Ponderación entre el interés público y el perjuicio que se causaría a la recurrente.

La brevedad del plazo, y la propia medida acordada, tienen como objetivo último facilitar al abonado la elección entre operadores de servicios de comunicaciones electrónicas. También se busca proteger el interés del resto de operadores, en la medida en que puedan ser beneficiarios de mayores facilidades en el cambio de operador.

Sin embargo, la incidencia sobre las recurrentes y el resto de operadores es superior y más directa, puesto que les exigirá un esfuerzo para adecuar sus sistemas y procedimientos. En este sentido, Telefónica ha puesto de manifiesto la gran exigencia técnica que las novedades le suponen. Pero, sobre todo, en la ponderación de los intereses en juego, se ha de tener en cuenta también el hecho de que algunos operadores alternativos, al igual que Jazztel, pueden preferir disponer de más tiempo para que los procedimientos modificados sean operativos con mayores garantías, lo que debe redundar en su mejor cumplimiento.

Todo ello podría determinar que en la Resolución que resuelva el recurso de reposición interpuesto se acuerde la modificación del plazo impugnado.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Acordar la suspensión del Resuelve Tercero de la Resolución de fecha 25 de octubre de 2007, recaída en el expediente DT 2007/727, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de la numeración fija en caso de cambio de operador.

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.



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