



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 num. 07/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 21 de febrero de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE LA PETICIÓN DE SUSPENSIÓN SOLICITADA POR LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE FECHA 20 DE DICIEMBRE DE 2007, RELATIVA A LA APROBACIÓN DE LA OFERTA DE REFERENCIA DE LÍNEAS ALQUILADAS TERMINALES DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (AJ 2008/103-MTZ 2007/219).

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso de reposición interpuesto por TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) contra la Resolución de esta Comisión, de fecha 11 mayo de 2006, relativa a la aprobación de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas terminales (en adelante, ORLA) de TESAU (MTZ 2007/219), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 07/2008 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 21 de febrero de 2008, recaída en el expediente AJ 2008/103.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 20 de diciembre de 2007, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución relativa a la aprobación de la ORLA de TESAU (MTZ 2007/219).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A través del Resuelve de la citada Resolución, esta Comisión decidió lo siguiente:

“Primero.- Aprobar como texto para la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas Terminales del operador declarado con PSM en el mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor el texto presentado como Anexo. La Oferta entrará en vigor desde el día siguiente a la publicación de la Resolución en el Boletín Oficial del Estado.

Segundo.- En el plazo de tres días hábiles desde la entrada en vigor de la presente Resolución, Telefónica deberá publicar la nueva ORLA en su servidor hipertextual "<http://www.telefonicaonline.es>".

Tercero.- Telefónica aportará a esta Comisión el Cuerpo Principal y Anexos del Acuerdo General de Líneas Alquiladas Terminales (AGLA) y los Addenda de cada uno de los servicios contenidos en la ORLA en los términos de la presente Resolución. Los textos aportados quedarán depositados en esta Comisión y serán publicados en las páginas web tanto de esta Comisión como de Telefónica, sin perjuicio de las competencias de esta Comisión para el examen y, en su caso, modificación de los textos presentados por Telefónica.

Las cláusulas y condiciones que formen parte de los textos que presente Telefónica conforme a lo dispuesto en la presente Resolución que resulten contrarias a los términos de la ORLA se tendrán por no puestas hasta tanto esta Comisión no se pronuncie sobre la adecuación de cada uno de los textos aportados.

La aceptación por parte de un Operador entrante del contenido de cualquiera de los términos de la ORLA o de los textos presentados por Telefónica en cumplimiento de la presente Resolución, supondrá la aplicación automática e incondicional del objeto de la aceptación desde la fecha en que Telefónica tuviera conocimiento de ésta. En los cinco días laborables siguientes a la fecha en la que Telefónica tenga conocimiento de la aceptación, Telefónica y el Operador interesado formalizarán por escrito el texto que corresponda con el objeto de la aceptación.

Cuarto. Declarar que la ORLA es un contrato de adhesión que se perfecciona por la simple aceptación de sus términos por parte de los Operadores interesados. La aceptación de cualquiera de los términos de la ORLA por el Operador interesado supone la aceptación del Contrato-tipo de la misma y, en su caso, la adaptación del Addenda del servicio de interconexión de circuitos en vigor entre Telefónica y el Operador interesado a los términos del citado Contrato-tipo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Quinto.- *Telefónica no podrá vincular, en ningún caso, la eficacia de la aceptación de los términos del Addenda que desarrolle un determinado servicio a la aceptación por parte del Operador entrante de las condiciones de prestación de otro u otros servicios, estén o no contenidos en la ORLA.*

Sexto.- *En el plazo de tres meses a contar desde la entrada en vigor de esta Resolución, Telefónica deberá atender las peticiones de constitución de PdIC Ethernet (de cualquier modalidad).*

Séptimo.- *En el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de la presente Resolución, Telefónica deberá atender las solicitudes del servicio de enlace a cliente con interfaces Ethernet e incorporar en el SGO los servicios de líneas alquiladas mayoristas Ethernet.*

Octavo.- *Telefónica remitirá periódicamente a esta Comisión mediante correo electrónico a la dirección "orla@cmt.es", la información especificada en el apartado II.21 de esta Resolución, en formato de hoja de cálculo procesable, tanto para las líneas alquiladas terminales con interfaces tradicionales como Ethernet. Los envíos de la información se realizarán antes de doce días a partir del vencimiento del período objeto del envío. La información relativa a las líneas alquiladas terminales con interfaces tradicionales se enviará de forma trimestral y la relativa a las líneas Ethernet de forma mensual.*

Si del análisis de dicha información o ante la denuncia de los operadores se verifica la existencia de problemas relevantes en la provisión de los servicios de la ORLA, la CMT podrá acordar la constitución de una Unidad de Seguimiento y Asesoramiento similar a la existente para el acceso desagregado al bucle.

Noveno.- *Telefónica deberá hacer públicos para los operadores usuarios del servicio y para la CMT los precios de su oferta minorista Ethernet (MetroLAN) incluyendo todos los descuentos estándar existentes. Asimismo, deberá comunicar a los operadores usuarios del servicio y a la CMT con un mínimo de un mes de antelación a su aplicación/comercialización efectiva cualquier modificación de precios (incluyendo los descuentos) de su oferta minorista MetroLAN y los nuevos precios mayoristas consecuencia de los mismos. Pasado dicho plazo sin oposición de la CMT, se entenderá aceptada la propuesta de precios mayorista, sin perjuicio de las potestades de intervención posterior de la CMT.*

Décimo.- *Telefónica deberá enviar de forma mensual a los operadores usuarios del servicio y a la CMT, el listado de cobertura de la oferta mayorista Ethernet, que deberá ser un fiel reflejo de la situación a nivel minorista. Cualquier cambio deberá ser informado por Telefónica con un mes de antelación a su aplicación/comercialización efectiva."*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Con fecha 29 de enero de 2008, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por el representante de TESAU, en virtud del cual interpone recurso de reposición contra la citada Resolución de fecha 20 de diciembre de 2007.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la Resolución impugnada solicitando la nulidad de pleno derecho conforme se determinan en los apartados 1 y 2 del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), o en su defecto, se declare la anulabilidad y se proceda a su subsanación modificando la ORLA actualmente en vigor, en virtud de lo establecido en el artículo 63 de la LRJPAC.

Los motivos por los que solicita la nulidad de pleno derecho de la ORLA se fundamentan básicamente en la falta de proporcionalidad y motivación en las siguientes decisiones de esta Comisión establecidas en la Resolución ahora recurrida y por la que se aprobó la ORLA:

- Los parámetros de calidad específicos exigidos en la ORLA para las líneas Ethernet.
- Los plazos establecidos en la ORLA para la provisión de servicio de enlace a cliente y el precio establecido para este servicio.
- De no haber previsto un límite para las cuantías de las penalizaciones por retraso en el plazo de provisión del servicio de enlace a cliente.
- Que el sistema de penalizaciones establecido en la ORLA resulta contrario al Ordenamiento jurídico.
- Que la previsión de reutilizar infraestructuras de entrega de señal de un operador coubicado para la constitución de un Punto de Interconexión (Pdl) óptico o eléctrico en dependencias de TESAU es una exlimitación de lo establecido en la definición del alcance del servicio de ubicación en las centrales de TESAU recogida en la Resolución por la que se aprobó la definición y análisis del mercado 11 (AEM 2005/1451).
- Del plazo establecido para la constitución de un Pdl de circuitos de interfaces tradicionales resulta insuficiente y solicita su ampliación igualándolo al previsto para la constitución de PdIC de circuitos Ethernet.
- La implantación del procedimiento de diagnóstico de averías y resolución de incidencias, modifica al procedimiento establecido para resolver las incidencias en el marco de la OIR.

Asimismo, TESAU solicita a través del otrosí digo, la suspensión del apartado de la Resolución recurrida relativo a la obligación de atender las peticiones Pdl de circuitos (en adelante, PdIC) ópticos en circuitos tradicionales en el plazo establecido para su cumplimiento (desde la entrada en vigor de la ORLA), al resultar de imposible cumplimiento en dicho plazo determinándose que el mismo resulte ser igual que el establecido para los circuitos Ethernet (3



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

meses). La solicitud de suspensión se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2 apartados a) y b) de la LRJPAC, esto es, que la ejecución de la Resolución impugnada puede causar perjuicios de imposible o difícil reparación, y por fundamentarse la impugnación en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 y 62.2 de la LRJPAC.

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 interponiendo recurso de reposición contra la Resolución de fecha 20 de diciembre de 2006, viene a solicitar en el otrosí digo la suspensión de la ejecución del plazo previsto para cumplir con la obligación de atender las peticiones PdIC ópticos en circuitos tradicionales en la citada Resolución impugnada.

En aquella Resolución se acordó aprobar la ORLA que TESAU había presentado en cumplimiento de su obligación de proporcionar servicios mayoristas de líneas alquiladas terminales a todos los operadores a precios regulados y de la obligación de transparencia tal y como establece esta Comisión en su Resolución de 23 de noviembre de 2006, (AEM 2005/1456, publicada en el BOE número 298 de 14 de diciembre de 2006) por la que se aprobó 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 TESAU como el operador con poder significativo en el mercado (en adelante, PSM), y la imposición de obligaciones a la recurrente en dicho mercado. En atención a lo anterior, TESAU ostenta la condición de interesada en la presente pieza de suspensión.

SEGUNDO.- Admisión a trámite.

El artículo 111 de la LRJPAC regula la suspensión de la ejecución de los actos administrativos, cuando éstos han sido objeto de cualquier recurso administrativo.

Habida cuenta que el recurso de reposición presentado por la entidad TESAU, en el que se solicita la suspensión del plazo previsto para atender las peticiones PdIC ópticos en circuitos tradicionales, 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, procede admitir a trámite la referida petición de suspensión para su resolución final.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- Competencia para resolver.

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

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Único.- Sobre la petición de suspensión del plazo para atender peticiones de Pdl de circuitos en circuitos tradicionales.

Conforme a lo expuesto en los antecedentes de hecho, la entidad TESAU solicita expresamente la suspensión de la ejecución del plazo establecido para atender la obligación de atender peticiones de PdIC en circuitos tradicionales. En particular, interesa a TESAU la suspensión de la ejecución del plazo previsto para el cumplimiento de dicha obligación que se desprende del resuelve Primero el cual establece lo siguiente:

“(...) La Oferta entrará en vigor desde el día siguiente a la publicación de la Resolución en el Boletín Oficial del Estado.”

Y del resuelve Sexto que establece lo siguiente:

“En el plazo de tres meses a contar desde la entrada en vigor de esta Resolución, Telefónica deberá atender las peticiones de constitución de PdIC Ethernet (de cualquier modalidad).”

Por lo tanto, se entiende que el plazo establecido al que está sujeta TESAU para atender las peticiones de constitución de PdIC en circuitos tradicionales (no circuitos Ethernet), es desde el día siguiente a la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Resolución recurrida.

Según lo establecido en el artículo 111.1 de la LRJPAC, la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

No obstante, el órgano a quien compete resolver el recurso podrá, en virtud del artículo 111.2 de la LRJPAC, suspender la ejecución del acto impugnado, previa ponderación entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido. Para ello, se señalan en el citado artículo dos circunstancias alternativas que deben concurrir para que sea posible la suspensión:

- Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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.

Asimismo, cabe recordar que la eficacia del acto administrativo sometido a debate se tendrá que valorar desde la perspectiva del interés general, puesto que según la jurisprudencia dictada al efecto esta valoración constituye un presupuesto más para la adopción de una medida como la ahora solicitada, por formar parte este interés general del núcleo esencial en la aplicación del derecho administrativo en su conjunto.

Pues bien, ha de señalarse que TESAU ha invocado, por un lado, en su motivo SEXTO de su recurso, la nulidad de pleno de derecho de la Resolución impugnada en virtud de lo dispuesto por el artículo 62.1 c) de la LRJPAC del plazo establecido en la Resolución para el cumplimiento de la obligación de atender las peticiones de PdIC en circuitos tradicionales y sobre el que solicita su suspensión.

Por otro lado, TESAU ha invocado, por medio de un OTRO SÍ DIGO, otros motivos por los que viene a fundamentar su pretensión suspensiva. Estos motivos son: *i)* que la ejecución de la obligación sobre la que se pretende su suspensión, puede causar perjuicios a la recurrente de imposible o difícil reparación y, *ii)* que no existen motivos de interés general por los que sea recomendable efectuar la suspensión pretendida. Ambos motivos los expresa la recurrente en el escrito de recurso de la siguiente manera:

“Esta parte va a fundamentar su pretensión suspensiva en la inexistencia de un interés público que demande la no suspensión del acto administrativo recurrido unido a la existencia de graves perjuicios para mi representada derivados de la ejecución del acto.”

Por las razones que seguidamente se exponen, esta Comisión considera que, en el presente caso, no concurren las circunstancias necesarias que determinarían la suspensión solicitada de la pieza de la Resolución recurrida al amparo de lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJPAC.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a).- Sobre la causa de nulidad alegada del apartado de la Resolución relativo a la atención de peticiones de PdIC ópticos para circuitos tradicionales.

Con carácter previo, la recurrente solicita la suspensión del plazo previsto en la Resolución recurrida para atender las peticiones de constitución de PdIC en circuitos tradicionales teniendo en cuenta las causas de nulidad en las que se basa la impugnación de esta obligación desarrollada en su escrito. En concreto, y con fundamento en el artículo 62.1.c) de la LRJPAC, se denuncia la nulidad de pleno derecho del plazo establecido para cumplir con la referida obligación ya que TESAU considera que el plazo previsto en la Resolución recurrida resulta de imposible cumplimiento.

Cabe recordar, en primer lugar, que, para apreciar si el pretendido vicio determinante de la nulidad resulta patente y notorio, tal y como exige la consolidada doctrina jurisprudencial sobre la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) de la nulidad 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 la causa de nulidad alegada por la recurrente debe tenerse en cuenta el criterio de interpretación restrictiva para la apreciación de dicha causa establecido por la jurisprudencia 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 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*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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).

Pues bien, por lo que se refiere al motivo alegado por TESAU para fundamentar la nulidad de pleno derecho de la obligación establecida en la Resolución impugnada, y para proceder a su suspensión cautelarmente en tanto en cuanto se resuelva el recurso, a saber, que la obligación impuesta por esta Comisión resulta de imposible cumplimiento en el plazo establecido, es preciso señalar que la concurrencia en el presente caso del vicio invocado no resulta manifiesto o inequívoco, pues se requiere el análisis de fondo de dicha cuestión a los efectos de determinar si efectivamente resulta de imposible cumplimiento el plazo en que deberá atender TESAU las peticiones de PdIC ópticos en circuitos tradicionales, y si ello conllevaría la nulidad del respectivo apartado de la Resolución dictada por la Comisión.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en 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”.

Los PdIC ópticos en circuitos tradicionales no son una variable significativa de los PdIC ópticos previstos en la OIR de septiembre de 2006, en su apartado 7.4.2.5. No obstante, para atender las solicitudes de PdIC ópticos en su modalidad de servicio de Gigabit Ethernet, esta Comisión entiende que es un servicio distinto y novedoso no previsto en la OIR y, que requiere que TESAU realice un desarrollo técnico específico para estar en condiciones de atender la provisión de las solicitudes del mismo. En este sentido, esta Comisión ya se manifestó, tal y como consta en el apartado II.15.1.1 de la Resolución por la que se aprobó la ORLA, de la siguiente manera:

“La provisión de los servicios mayoristas de líneas terminales es de aplicación tanto para las líneas alquiladas con interfaces tradicionales como para las líneas con interfaces Ethernet. Por tanto, todas las facilidades y servicios de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

OIR disponibles para las primeras son también de aplicación para las segundas excepto imposibilidad técnica o solución inexistente en la red de Telefónica. En consecuencia, las facilidades de constitución de puntos de interconexión para circuitos y sus variantes disponibles para líneas con interfaces tradicionales estarán igualmente disponibles para las líneas terminales Ethernet.

No obstante, no todas las facilidades utilizadas para las líneas tradicionales pueden estar disponibles para las líneas Ethernet. En lo que a constitución de PdIC se refiere, la facilidad principal de las actualmente disponibles en la OIR es la utilización de capacidad sobrante de un Pdl previamente establecido para la interconexión de servicios vocales o circuitos tradicionales. En este caso no se considera razonable exigir a Telefónica que en el ámbito de los servicios de interconexión deba disponer obligatoriamente de los elementos y equipos necesarios para mapear señales Ethernet en SDH/PDH que es la tecnología definida en la OIR para constituir los enlaces de interconexión.”

En este sentido, el plazo que estableció esta Comisión en el que TESAU deberá atender las solicitudes de PdIC ópticos Ethernet (de cualquier modalidad), no es trasladable para el caso de los PdIC ópticos en circuitos tradicionales dado que no se necesita un desarrollo específico complejo que deba ejecutar TESAU para su cumplimiento.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la ORLA estaba vigente desde el día 4 de enero tal y como consta en el Resuelve PRIMERO de la Resolución recurrida, y que la fecha del recurso presentado por TESAU es de fecha 24 de enero de 2008, ello significa que después 20 días de tener la ORLA operativa, TESAU no ha aportado ningún dato a esta Comisión sobre las solicitudes de provisión de PdIC en circuitos tradicionales por parte de los operadores desde la entrada en vigor de la ORLA y su consecuente imposibilidad de atenderlos, por lo que no se considera probado, ni siquiera indiciariamente, lo manifestado por la recurrente en cuanto a la imposibilidad de cumplir con la obligación de la que se pretende su suspensión desde la entrada en vigor de la ORLA.

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 del presente recurso, al analizar el contenido del motivo de nulidad señalado, resulta que la presunta imposibilidad de cumplimiento de la obligación no se deduce a primera vista ni de manera evidente o manifiesta tal y como hemos manifestado anteriormente a raíz de los datos aportados por TESAU en su escrito de recurso donde alegaba el motivo de nulidad de pleno derecho recogido en el artículo 62.1 c) de la LRJPAC.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b).- Sobre los alegados perjuicios que se ocasionarían con la ejecución de la obligación en el plazo establecido en la Resolución recurrida y que se pretende su suspensión.

TESAU manifiesta que la ejecución del acto del que se pretende su suspensión, puede conllevar graves perjuicios para la recurrente. Dichos perjuicios son concretados por la recurrente de la siguiente forma:

“(...) en el caso de ejecutarse la resolución para cumplir el acto de contenido imposible, Telefónica de España se verá obligada a destinar recursos económicos y técnicos para atender estas peticiones que no va a poder cumplir, pudiendo perjudicar al resto de operadores y, en consecuencia al interés general.”

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

No se manifiestan con claridad en el escrito de recurso, tal y como expusimos en el anterior Fundamento Jurídico-material en el que nos referimos a la inexistencia de datos de solicitudes de provisión de estos servicios, por lo que los hipotéticos perjuicios que se le pudieran causar a TESAU con la ejecución de la Resolución impugnada, ni se han probado tan siquiera indiciariamente, ni pueden deducirse directamente de la Resolución recurrida. Por lo tanto, tampoco concurre en el presente caso la circunstancia establecida en el apartado a) del artículo 111.2 de la LRJPAC para que se pueda acceder a la petición de suspensión.

Así, bien y como establece el artículo 111.2 de la LRJPAC, esta Comisión es quien estará encargada de resolver sobre la suspensión pretendida,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ponderando de manera razonada, entre el perjuicio que se causaría al interés público en caso de determinarse la suspensión y el perjuicio hipotético ocasionado a la recurrente en caso de determinarse la eficacia inmediata de la Resolución. Así pues, en atención a dicho artículo, la ponderación de los posibles perjuicios, es función de esta Comisión y no de la recurrente quien tan solo debe limitarse a alegar y probar la concurrencia de alguna de las causas de suspensión que recoge el citado artículo para que, sólo en caso de darse alguna de las causas, esta Comisión proceda a la ponderación referida.

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 el plazo pretendido.

Sin perjuicio de lo anterior, no podemos dejar de significar que la recurrente en su escrito ya adelanta un incumplimiento de la Resolución recurrida. Para defender su incumplimiento, manifiesta que, en caso de ejecutarse el acto recurrido en sus propios términos, los esfuerzos que destinará para el cumplimiento de la Resolución no serán suficientes para cumplir con el plazo previsto en la Resolución recurrida y sobre el que pretende su suspensión.

En caso de que, tal y como adelanta la recurrente, TESAU incumpla con la Resolución, el interés general sí se verá afectado debido al incumplimiento de TESAU además de incurrir en la responsabilidad administrativa que corresponda. Así, la recurrente en vez de hacer todo lo posible por cumplir con la obligación que se la ha impuesto, está adelantando que no invertirá los esfuerzos suficientes para su cumplimiento excusándose en una causa de nulidad que como más arriba hemos expuesto, es inexistente dado que es perfectamente viable por parte de TESAU atender a dicha obligación sin necesidad de destinar recursos económicos y técnicos significativos al constituirse, la obligación, en una modalidad similar a las previstas en la OIR.

Por el contrario sería, precisamente, en el caso de estimarse la suspensión solicitada por TESAU, cuando se causaría un perjuicio al interés general, interés público que fue el que, por otro lado, motivó la Resolución recurrida ya que se afectaría a la actividad de los operadores que al no ver atendidas sus solicitudes de PdIC ópticos para circuitos tradicionales en el plazo establecido por la Resolución.

Por todo ello, debemos concluir que, en el presente supuesto, no concurren ninguna de las circunstancias previstas en las letras a) y b) del artículo 111.2 de la LRJPAC no estimándose ningún perjuicio en la recurrente que de lugar a la ponderación entre los perjuicios ocasionados al interés público por la suspensión de la ejecución de la Resolución impugnada y los perjuicios originados a la propia recurrente por la ejecución inmediata de la Resolución recurrida.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En virtud de lo anterior procede desestimar la solicitud de suspensión planteada por TESAU en el recurso de reposición del que trae causa, por lo que la Resolución dictada por esta Comisión en fecha 20 de diciembre de 2007 (MTZ 2007/219), objeto del presente recurso, es plenamente eficaz desde su notificación a los interesados.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar la solicitud de suspensión del plazo previsto desde el cual deberá atender TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. las solicitudes de puntos de interconexión de circuitos ópticos en circuitos tradicionales ratificando el plazo previsto al efecto en la Resolución de esta Comisión, de 20 de diciembre de 2007, relativa a la aprobación de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas terminales de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. (MTZ 2007/219), siendo plenamente eficaz desde que fue notificada a los interesados .

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera