



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 06/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 15 de febrero de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DENIEGA LA PETICIÓN DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE 21 DE DICIEMBRE DE 2006, SOBRE LA CONVENIENCIA DE ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES CON RESPECTO A LA DETERMINACIÓN TRANSITORIA DE LAS CONDICIONES DE LA OFERTA DE REFERENCIA DE SERVICIOS MAYORISTAS DE BANDA ANCHA DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso interpuesto por Telefónica de España, S,A.U. contra la Resolución de 21 de diciembre de 2006, sobre la conveniencia de adoptar medidas cautelares con respecto a la determinación transitoria de las condiciones de la oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha de Telefónica de España, S.A.U., el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión número 06/07 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 15 de febrero de 2007, recaída en el expediente AJ 2007/106.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de TESAU para la prestación de un nuevo servicio minorista

Con fecha 27 de marzo de 2006 se recibió en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de Telefónica de España S.A.U. (en adelante TESAU) comunicando su intención de comercializar un nuevo servicio minorista de acceso a Internet sobre ADSL, en una zona de cobertura limitada y cuyo lanzamiento se debía producir a partir del 15 de junio de 2006. TESAU no proponía modificación alguna de la Oferta del Bucle de Abonado (en adelante, OBA) al considerar que no era necesaria para que los operadores alternativos pudiesen competir en igualdad de condiciones, es decir, para que dichos operadores pudieran replicar la oferta minorista propuesta.

SEGUNDO.- Apertura del período de información previa

A la vista del contenido del escrito de TESAU de 27 de marzo, y de conformidad con lo establecido en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP Y PAC), mediante escrito del Secretario de esta Comisión con fecha de 3 de abril de 2006 se dispuso la apertura de un periodo de información previa (expediente DT 2006/412) a fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento de modificación de la OBA, en el caso de que los servicios mayoristas en ella incluidos no fueran suficientes para la replicabilidad de la oferta minorista propuesta.

TERCERO.- Aprobación de la Resolución sobre el mercado mayorista de acceso de banda ancha.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó, con fecha 1 de junio de 2006, la Resolución por la que se aprobaba la definición del mercado de acceso mayorista de banda ancha (mercado 12), el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea (AEM 2005/1454). En ella se designa a TESAU como operador con poder significativo en el mercado de referencia y se le imponen un conjunto de obligaciones, todo ello de acuerdo con la legislación vigente.

CUARTO.- Escritos de alegaciones de TESAU sobre el nuevo servicio mayorista de acceso de banda ancha

El 7 de junio de 2006 se recibió un segundo escrito de TESAU sobre el asunto de referencia, por medio del cual comunica su intención de comercializar una nueva oferta de servicio mayorista IP de acceso indirecto, a nivel regional y a nivel nacional,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

y solicita que se tuviera en cuenta esta circunstancia para la aprobación del nuevo servicio minorista de acceso a Internet solicitada en su escrito mencionado en el Antecedente de Hecho primero.

Con fecha 16 de junio de 2006, se recibió un tercer escrito de TESAU en el que realiza alegaciones adicionales a las presentadas en su escrito citado en el párrafo anterior. Además, TESAU adjunta un análisis de replicabilidad económica del servicio minorista propuesto en el Antecedente de Hecho primero mediante el servicio mayorista que se propone ofertar a los operadores.

QUINTO.- Procedimiento para la modificación de la oferta de acceso indirecto al bucle de abonado.

En cumplimiento de lo dispuesto por la Resolución de esta Comisión, de 1 de junio de 2006, el 28 de julio de 2006 Telefónica de España S.A.U., (en adelante, TESAU) remitió su propuesta de oferta de referencia de los servicios mayoristas de banda ancha.

A la vista del escrito remitido por TESAU, esta Comisión, con arreglo a las previsiones de la LRJAP y PAC procedió a la incoación del correspondiente procedimiento administrativo para la modificación de la Oferta de Acceso indirecto al bucle de abonado (MTZ 2006/19).

SEXTO.- Resolución de 14 de septiembre de 2006.

Con fecha 14 de septiembre de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una Resolución por la que se puso fin a un periodo de información previa, se procedió a la apertura de un procedimiento para la modificación de la OBA de TESAU como consecuencia de la propuesta del lanzamiento de un nuevo servicio minorista de acceso de banda ancha a Internet mediante la tecnología ADSL, y se acordó la adopción de una medida cautelar modificando la OBA en relación con la oferta mayorista del servicio de acceso a Internet de banda ancha destinada a permitir el lanzamiento de la modalidad técnica propuesta por TESAU. Dicho procedimiento fue tramitado, como ya se ha dicho más arriba, en el Expediente con número DT 2006/412, posteriormente acumulado al Expediente número MTZ 2006/1019.

SÉPTIMO. – Resoluciones de 23 de noviembre de 2006 y de 1 de febrero de 2007.

En fecha 1 de febrero de 2007, el Consejo de esta Comisión ha dictado una Resolución por la que se desestimaba los recursos interpuestos por la Asociación de empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones (ASTEL) y France Tecom España. S.A. contra la anterior Resolución de 14 de septiembre.

Previamente, el 23 de noviembre de 2006 se dictó una Resolución por la que se denegaba la suspensión de la ejecutividad de la resolución de 14 de septiembre.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

OCTAVO.- Resolución de 21 de diciembre de 2006.

Previamente a la desestimación de los recursos de ASTEL y France Telecom España, el Consejo de esta Comisión dictó la Resolución ahora recurrida, Resolución de 21 de diciembre, sobre la conveniencia de adoptar medidas provisionales respecto a la determinación transitoria de las condiciones de la oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha de TESAU.

Dichas medidas consisten en la imposición a Telefónica de España S.A.U, por un lado, de obligaciones de ofrecer dentro del servicio mayorista de acceso indirecto al bucle de abonado denominado GigADSL, ciertas modalidades con cuotas mensuales de conexión prefijadas, y por otro lado, de obligaciones de ofrecer dentro del servicio mayorista ADSL-IP de nivel nacional, ciertas modalidades con cuotas mensuales de conexión igualmente prefijadas.

NOVENO.- Recurso de reposición de TESAU.

Con fecha 26 de enero de 2007 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado por D. Pablo de Carvajal González, actuando en nombre y representación de TESAU, en virtud del cual interpone Recurso potestativo de Reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la Resolución impugnada de 21 de diciembre de 2006 sobre la base de los siguientes argumentos:

- La falta de concurrencia de los requisitos exigidos para la imposición de medidas provisionales.
- La falta de motivación y la indefensión que, a juicio de la recurrente, supone el cambio de criterio de la Resolución respecto del informe elaborado por los servicios de esta Comisión.
- La posible causación de perjuicios de difícil reparación para TESAU.
- La inexistencia de perjuicios para terceros.
- La improcedencia de introducir ciertos servicios (3Mb en GigADSL).
- La improcedencia de modificar la arquitectura del servicio ADSL –IP para que los PAIs-IP regionales propuestos por TESAU puedan operar como puntos de entrega del servicio mayorista a nivel nacional.
- La imposibilidad material de constituir los PAI-IP.

En dicho escrito se solicita la suspensión de la ejecutividad de la Resolución recurrida sobre la base de los siguientes motivos:

- La producción a la recurrente de perjuicios de difícil o imposible reparación.
- La fundamentación del recurso en causas de nulidad.
- Inexistencia de interés público que aconseje no suspender el acto administrativo.
- Riesgo de la ineffectividad de la Resolución que resuelva sobre el recurso.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 de España, S.A.U., por el que se interpone recurso de reposición contra la Resolución de esta Comisión de constante referencia, se solicita por medio de su otrosí primero la suspensión de la ejecutividad de la resolución impugnada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJAP y PAC.

Dicho artículo 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 Telefónica de España, S.A.U., en el que se solicita la suspensión del acto administrativo impugnado, se interpone contra una resolución de esta Comisión, que resulta susceptible del mismo 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 la referida petición 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 la solicitud de suspensión de la resolución recurrida por TESAU.

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).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 ejecutoriedad de un acto, como la de la recurrente, deba hacerse partiendo de su excepcionalidad.

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

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 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 del interesado en la suspensión del acto, previa la 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.

TESAU manifiesta que, aun cuando basta la concurrencia de uno sólo de ellos, ambos requisitos (la causación de perjuicios de imposible o difícil reparación y el basamento del recurso en motivos de nulidad radical) concurren en el presente caso, y por lo tanto, a continuación, se analizará por separado cada uno de ellos.

a) La existencia de causas de nulidad de pleno derecho.

En primer lugar, debe señalarse que no basta, para la suspensión de la ejecutoriedad, la mera remisión a alguna de las causas de nulidad radical señaladas en el art. 62 de la LRJAP y PAC.

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 lo que la pretensión del recurrente aparezca justificada en forma



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

manifiesta, sin necesidad de un análisis detenido de la legalidad, que está reservado necesariamente al proceso principal.”

Además, para una correcta apreciación de dichos motivos, sin que, por otra parte, sea necesario un análisis de la cuestión de fondo, se exige una apariencia de buen derecho en los motivos alegados. Este es el criterio de la jurisprudencia:

“La apariencia de buen derecho, que también invocan las partes que solicitan la suspensión, al margen de que sólo puede ser un factor importante para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión de algún supuesto concreto, pero siempre que concurriera la existencia de daños o perjuicios de las características mencionadas, exige, según la jurisprudencia, una prudente aplicación cuando, como aquí sucede, se esgrime como argumento de aquella procedencia de la suspensión de la ejecución, lo que significa que, en general, sólo quepa considerar tal alegación cuando el acto impugnado se haya dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula, o cuando se impugna un acto idéntico a otros que ya fue jurisdiccionalmente anulado – lo que no concurre en el supuesto de autos -, puesto que, en definitiva, cuando se postula la nulidad de un acto en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración o decisión en el proceso principal, lo que se pretende es que se prejuzgue la cuestión de fondo” (Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1998, RJ 1998\9735).

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.
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- c) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
- d) 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.
- e) 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.
- f) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición legal.

Pues bien, el análisis de escrito de su recurso pone de manifiesto que TESAU no cita expresamente ninguno de dichos motivos. No obstante, se encuentran referencias que pueden, haciendo un esfuerzo de exégesis, entenderse como mención implícita a alguno de dichos motivos tasados.

Así, TESAU alega que el cambio de criterio de la resolución respecto del informe emitido por los servicios de esta Comisión crea indefensión, y en definitiva, una



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

infracción al derecho a la tutela (judicial) efectiva reconocido en el Constitución. Pues bien, a dicho alegato debe oponerse que es doctrina conocida que dicho derecho no se extiende al procedimiento administrativo ni a las resoluciones administrativas no sancionadoras, ciñéndose exclusivamente al ámbito estrictamente judicial (STC 65/1994, de 28 de febrero; STC 178/1998, de 14 de febrero).

Por otra parte, se argumenta que dicho cambio de criterio es una vulneración del artículo 54.1 de la LRJAP y PAC. Dicho artículo dispone que serán motivados, entre otros, los que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos y los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos. A juicio de la recurrente, existe insuficiencia de motivación en la Resolución adoptada, y ello depararía en indefensión y por ello en nulidad de pleno derecho.

Esta Comisión debe discrepar de ese razonamiento. En primer lugar, porque entiende que la Resolución está suficientemente motivada, y recoge sobradamente las razones que sustentan la decisión que contiene. En segundo lugar, porque no se explica en qué sentido se limitan derechos subjetivos de la recurrente, requisito éste imprescindible para el éxito de su petición. En tercer lugar, porque el informe del instructor del expediente no es equiparable al dictamen de un órgano consultivo. Por último, porque la falta de motivación suficiente no es causa de nulidad, sino, en su caso, de anulabilidad, y sólo las causas de nulidad de pleno derecho sirven para sustentar la petición de suspensión de la ejecución de los actos administrativos, como hemos visto.

También podría interpretarse (pues tampoco lo dice expresamente la recurrente) que el citado cambio de criterio o la supuesta infracción del artículo 72 de la LRJAP y PAC denunciada (por cuanto la adopción de medidas cautelares combatida no tiene por objeto asegurar la eficacia de la Resolución final que se dicte) son equiparables a la omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, omisión que el artículo 62.1.e) de dicha norma castiga, como se ha indicado, con la nulidad de pleno derecho. No obstante, partiendo de la excepcionalidad de dicha causa, y del carácter restringido del término “omisión total y absoluta” del trámite omitido, debe optarse por reconocer que, en su caso (que aquí no se da), nos encontraríamos ante un defecto invalidante y subsanable, y no ante una omisión clara, manifiesta y ostensible.

Tampoco es ocioso señalar que la posible concurrencia en el presente caso de hipotéticos vicios de nulidad no resulta manifiesta o inequívoca, pues se requiere el análisis de fondo de dicha cuestión a los efectos de determinar si efectivamente tuvo lugar la vulneración del ordenamiento jurídico vigente en el procedimiento, y si ello conllevaría la nulidad de la Resolución posterior 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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”.

Así pues, el somero análisis arriba efectuado, descarta la concurrencia de motivos de nulidad de pleno derecho.

b) La causación de perjuicios de imposible o difícil reparación

Con carácter general, 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.

En relación con ello, ha de traerse a colación lo manifestado por 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 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.”

La misma sala del Alto Tribunal señala, 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”.

En el caso que nos ocupa, TESAU no aporta datos concluyentes de la existencia o cuantía de los mismos, ni determina motivada y razonablemente el perjuicio concreto de que la ejecución de la Resolución impugnada le irrogará, incumpliendo así el criterio jurisprudencial que reiteradamente exige la concreción de los daños y perjuicios susceptibles de causarse, y una prueba, al menos indiciaria, de la posibilidad de que efectivamente se produzcan (así, entre otros, Autos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de abril, 22 de mayo, 19 de septiembre y 13 de diciembre de 1995; 20 de julio y 7 de noviembre de 1996).

Además de la existencia de los perjuicios alegados por la recurrente, cabe destacar que es exigible también su gravedad, circunstancia que, nuevamente, debe acreditar, al menos de forma indiciaria la recurrente, y que de nuevo se echa de menos. La falta



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de datos impide ponderar si el perjuicio, de existir, tendría la suficiente magnitud como para ser considerado de “imposible o difícil reparación”, tal y como exige el artículo 111 de la LRJAP y PAC, máxime cuando hablamos de una empresa con un volumen de negocio tan importante como la recurrente

A juicio de TESAU, son varios los perjuicios de difícil o imposible reparación, en función del aspecto concreto de las medidas. Así, en cuanto a la inclusión del servicio 3 Mg en GigADSL, alega que ello supondría la obligación de invertir en una tecnología obsoleta en comparación con las nuevas funcionalidades y evolución de la tecnología sustitutiva IP, de producirse una elevada demanda.

También se alega la existencia de perjuicios de difícil o imposible reparación en la modificación de arquitectura del servicio ADSL IP, en relación con el servicio PAI-IP nacional, ya que la obligación propuesta por esta Comisión de que los PAIs-IP regionales propuestos por TESAU puedan operar como puntos de entrega del servicio mayorista a nivel nacional supondría una costosa modificación de la red.

Respecto del primero de lo anteriores motivos, se debe coincidir con TESAU en que la medida aprobada podría suponer una inversión imprevista en ampliaciones de la red ATM (en lugar de la preferida por TESAU basada en tecnología IP) en el caso de producirse una elevada demanda de dicho tipo de conexiones GigADSL que no pudiera ser atendida con la capacidad vacante disponible. Pero la improbable concurrencia de esta necesaria circunstancia (una demanda de volumen tal que obligara a una ampliación importante de la red) es, precisamente, el motivo que hace descartar a primera vista la producción de los irreparables perjuicios que TESAU alega. En efecto, la recurrente no acredita que no tenga planta vacante para soportar nuevas demandas, sino que, al contrario, la continua migración hacia servicios basados en IP hace que deba pensarse, más bien, en la suficiencia de la red GigADSL ya existente.

En cuanto a la modificación de la arquitectura, en la Resolución de 14 de septiembre de 2006, esta Comisión ya exponía los motivos por los cuales consideraba que la propuesta de TESAU de limitar la ubicación de los PAIs-IP a Madrid y Barcelona, y que son, principalmente, la discriminación que ello supondría para los operadores que quisieran prestar un servicio nacional pero que tuvieran sus infraestructuras de red situadas en ámbitos geográficos diferentes a dichas localidades debido al coste adicional del transporte desde estas localidades hasta sus dependencias. Por lo tanto, el hipotético perjuicio no proviene de la Resolución recurrida, sino que desde hace más de cinco meses TESAU tenía conocimiento del análisis de los servicios mayoristas propuestos realizados por esta Comisión y podía tenerlo en cuenta para preparar las adaptaciones que estime necesarias en el diseño de su red.

Además, con independencia de lo anterior, los hipotéticos perjuicios causados a TESAU serían meramente económicos, respecto de los cuales el criterio jurisprudencial es que *“Los actos cuya ejecución tienen un contenido puramente económico no producen, por regla general, perjuicios de difícil reparación, ya que su cuantificación está dotada de certeza, permitiendo la devolución a la entidad afectada si a ello hubiere lugar.”* (se extracta, por todos, el Auto de 16 de septiembre de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; RJ 1997\6419).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La razón de ser de esta afirmación, tiene su origen en el hecho de que - salvo excepciones muy específicas y suficientemente acreditadas, en que por lo exorbitado del contenido económico o por las especiales circunstancias que rodean al acto pueda resultar procedente acordar la suspensión -, las cuantías económicas, por su propia naturaleza, son compensables.

De lo anterior, se deduce que tampoco concurre en el presente caso la circunstancia establecida en el apartado a) del artículo 111.2 de la LRJAP Y PAC para que se pueda acceder a la petición de suspensión del acto realizada por UNI2, sin necesidad de proceder a realizar ponderación alguna de intereses.

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

La conclusión anteriormente alcanzada, esto es, que no concurre ninguna de las dos circunstancias exigidas por el artículo 111 de la LRJAP Y PAC (causa de nulidad de pleno derecho y existencia de perjuicios de imposible o difícil reparación) conlleva *per se* que esta Comisión deniegue la suspensión solicitada por TESAU, todo ello sin que sea proceda ponderar ningún tipo de perjuicio.

En todo caso, cabe manifestar a tal respecto que concurre el interés público en la ejecutividad de las Resoluciones de esta Comisión, debido, entre otras causas, a la seguridad jurídica que ello conlleva, seguridad que quedaría afectada en caso de suspensión de los efectos de la Resolución recurrida. Este interés público es, en principio, superior al particular que hipotéticamente tendría el recurrente en la suspensión, por cuanto no se han justificado debidamente los supuestos efectos perjudiciales que la ejecución inmediata de la Resolución pueda tener en relación con los intereses particulares de TESAU, los cuales, por otra parte, habrían de ponerse en relación con los posibles efectos perjudiciales que para los restantes operadores pudiera tener la suspensión del acto recurrido. A este respecto, el resto de operadores se pronunciaron, en sus respectivos recursos a la Resolución de 14 de septiembre de 2006, a favor de la adopción de diferentes medidas acordadas por la Resolución hoy recurrida por TESAU. Y ello es así pese a que TESAU obvia el interés general correspondiente al principio de ejecutividad de las resoluciones administrativas. Interés general que también ampara a la Resolución cuya suspensión es solicitada en los términos reseñados.

También es contradictorio el interés de la recurrente en la suspensión de la ejecutividad de la Resolución impugnado, basado, entre otras cosas, en el riesgo de ineficacia de la Resolución que un su día resuelva su recurso, con la presentación de su solicitud el último día del plazo previsto legalmente para la interposición del recurso. Éste es un motivo más para la desestimación de la petición de suspensión, pues difícilmente se conjuga un interés tan perentorio, como el alegado por TESAU para paralizar la eficacia de un acto administrativo, con el hecho de apurar hasta el último día la presentación de la solicitud de suspensión, máxime cuando puede hacerse ésta de forma separada del propio recurso.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar la solicitud de Telefónica de España S.A.U. de suspensión de la ejecutividad de la Resolución del Consejo de esta Comisión, de 21 de diciembre de 2006, sobre la conveniencia de adoptar medidas cautelares con respecto a la determinación transitorio de las condiciones de la oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha de Telefónica de España, S.A.U., que será plenamente exigible desde su notificación.

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 VICEPRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Marcel Coderch Collell
P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre
(B.O.E. de 11 de abril de 1997)