



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 05/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 18 de febrero de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución la que se resuelve la petición de suspensión solicitada por la entidad Telefónica de España, SAU en su recurso de reposición interpuesto contra la Resolución, de fecha 21 de diciembre de 2009, relativa al conflicto de acceso interpuesto por Grupalia Internet, S.A., contra la solicitante en relación al precio del servicio de ampliación de disyuntores en el marco del suministro de energía eléctrica del servicio de coubicación de la OBA (AJ 2010/105).

I ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Resolución de 21 de diciembre de 2009.

Con fecha 21 de diciembre de 2009, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, esta Comisión) dictó una Resolución mediante la cual se ponía fin al conflicto de acceso planteado por Grupalia Internet, S.A. (en adelante, Grupalia) contra Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) en relación con el precio del servicio de ampliación de disyuntores en el marco del suministro de energía eléctrica del servicio de coubicación establecido en la Oferta de referencia del Bucle de Abonado (en adelante, OBA) (Expediente nº. DT 2009/1419).

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

“ÚNICO.- Declarar que el precio aplicable a las ampliaciones de disyuntores de Grupalia objeto del conflicto es de 193,30€ por cada disyuntor principal solicitado. Asimismo, Telefónica tendrá derecho a percibir 132,81€ por solicitud en concepto de desplazamiento a central y tareas asociadas a la instalación.”



Tercero.- Recurso potestativo de reposición.

El día 21 de enero de 2010 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de TESAU por el que se interponía un recurso potestativo de reposición contra la Resolución, de fecha 21 de diciembre de 2009, citada en el Antecedente de hecho primero.

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

Cuarto.- Notificación de inicio y declaración de confidencialidad.

Por medio de escrito del Secretario de la Comisión, de fecha 27 de enero de 2010, los interesados en el procedimiento fueron notificados del inicio del procedimiento y de la declaración de confidencialidad sobre los datos contenidos en el recurso interpuesto por TESAU. Todo lo anterior, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 58 de la LRJPAC y a los efectos de lo establecido en el artículo 112 de la misma Ley.

Quinto.- Solicitud de suspensión.

TESAU solicita, en el segundo "Otrosí" de su escrito de interposición del recurso, que se proceda a suspender la ejecución de la Resolución recurrida al amparo de lo establecido en el artículo 111.2, letras a) y b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

La recurrente alega que el precio fijado en la Resolución le genera unos perjuicios de difícil o imposible reparación sin determinar los mismos, no obstante, del cuerpo de su escrito se desprende que se refiere a los perjuicios que resultan de haberse fijado en la Resolución recurrida unos precios insuficientes para cubrir los costes que le suponen prestar el servicio de ampliación de disyuntores en el marco del suministro de energía eléctrica del servicio de cubricación previsto en la OBA. Añade que esta Comisión no ha observado los principios y procedimientos establecidos en la legislación sectorial para la fijación de aquellos precios y que la Resolución impugnada carece de la motivación, proporcionalidad y no discriminación debida. Por todo lo anterior considera que lo resuelto en aquélla le ha situado en una posición de indefensión.

Por otra parte, solicita que, en el supuesto de que esta Comisión no acordase la suspensión de la Resolución impugnada sobre la base de las anteriores alegaciones, acuerde suspender su ejecución hasta que se dicte la Resolución que ha de poner fin al expediente con número de referencia DT 2009/943, relativo a la revisión del precio del suministro de energía eléctrica. Fundamenta esta petición subsidiaria de suspensión en que, de no acordarse ésta, se le podrían irrogar perjuicios de difícil o imposible reparación en la medida en que se vería obligada a tratar solicitudes de otros operadores que pretendieran la aplicación de la Resolución impugnada que aplica exclusivamente a las 22 solicitudes de Grupalia y que dieron origen al conflicto resuelto.

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



II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero.- Legitimación de la entidad recurrente.

En el segundo "Otros" del escrito presentado por TESAU interponiendo recurso de reposición contra la Resolución de esta Comisión, de fecha 21 de diciembre de 2009, por la que se resolvió un conflicto de interconexión y acceso entre operadores en el que la recurrente era parte interesada, solicita la suspensión de la ejecutividad de aquella Resolución.

En atención a lo anterior y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC, TESAU ostenta la condición de interesada en la presente Resolución de suspensión.

Segundo.- Admisión a trámite.

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

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

Habida cuenta de que el recurso de reposición en el que se solicita la suspensión del acuerdo impugnado se interpone contra una Resolución de esta Comisión que resulta susceptible de recurso, según lo dispuesto por los artículos 107 y 116 de la LRJPAC, y dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley; y que fundamenta su solicitud de suspensión al amparo de lo previsto por las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 111 de la LRJPCA, procede admitir a trámite la referida petición de suspensión para su resolución final.

Tercero.- Competencia para resolver.

El artículo 111.2 de la LRJPAC atribuye la competencia para suspender la ejecución del acto impugnado, bien de oficio o a solicitud del recurrente, al órgano a que quien compete resolver el recurso.

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

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

Primero.- Sobre la suspensión de la ejecución.

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



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

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

Por consiguiente, en aplicación del artículo citado, para determinar si procede o no acceder a la suspensión solicitada por la recurrente esta Comisión ha de analizar, en primer lugar, si concurre alguna de las circunstancias señaladas en las letras a) y b) del artículo 111.2 de la LRJPAC. En el caso de que se compruebe la concurrencia de alguna de ellas, deberá analizarse, en segundo lugar, si debe prevalecer el interés público o de terceros, o el del interesado en la suspensión del acto, previa ponderación razonada de los perjuicios que a unos y otros causaría la suspensión o la ejecución inmediata del acto recurrido.

Todo el anterior análisis deberá realizarse desde la perspectiva del interés general, puesto que según la jurisprudencia dictada al efecto, esta valoración constituye un presupuesto más para la adopción de una medida como la ahora solicitada por formar parte este interés general del núcleo esencial en la aplicación del derecho administrativo en su conjunto.

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

Como primera causa por la que solicita la suspensión de la Resolución recurrida, TESAU invoca la nulidad de pleno derecho de la misma en virtud de las causas establecidas en el artículo 62.1, letras a) y e). Añade que *“Estas causas de vulneración de derechos fundamentales amparadas en la Constitución y en el artículo 62.1 de la ley procedimental por sí mismas serían suficientes para que el Órgano Administrativo (...) acuerde la suspensión solicitada al amparo del artículo 111 de la citada Ley (...)”*

Frente a dichas alegaciones cabe recordar que para apreciar si los pretendidos vicios determinantes de la nulidad resultan patentes y notorios, tal y como exige la consolidada doctrina jurisprudencial sobre la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) de la nulidad de pleno derecho alegada, será preciso el análisis del contenido del motivo de impugnación con abstracción del fondo del asunto.

En este sentido se expresa la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001/3004) al indicar que:

“No resulta suficiente por último, en contra de lo que se alega, la simple invocación de la existencia de un vicio de nulidad de pleno Derecho de los acuerdos impugnados para que proceda acordar su suspensión cautelar. Esta Sala tiene declarado que la apariencia de buen Derecho sólo puede admitirse en casos en los que la pretensión del recurrente aparezca justificada en forma manifiesta, sin necesidad de un análisis detenido de la legalidad, que está reservado necesariamente al proceso principal.”



Además, en el momento de analizar las causas de nulidad alegadas por la recurrente debe tenerse en cuenta el criterio de interpretación restrictiva para la apreciación de dichas causas establecido por la jurisprudencia y expuesto, entre otras muchas, en Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2004/402), en cuyo Fundamento de Derecho Octavo señala lo siguiente:

“(…) la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución (RCL 1978\2836), cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito» (el subrayado es nuestro).”

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

Por otra parte, en respaldo de su solicitud de suspensión, TESAU invoca, de manera abstracta, perjuicios de imposible o difícil reparación que le supondría la ejecución inmediata de la Resolución sin que los haya probado tan siquiera indiciariamente, ni puedan deducirse directamente de la Resolución recurrida.

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.”

En cuanto a la solicitud de suspender la ejecución hasta que se dicte resolución por la que se resuelva el procedimiento DT 2009/943, ha de indicarse, por una parte, que el artículo 111.2 de la LRJPAC no establece como circunstancia para proceder a la suspensión de un acto administrativo el hecho de que exista abierto otro expediente administrativo que tenga idéntico o similar objeto que el acto recurrido, tal y como pretende TESAU y, por otra parte, que como bien indica la solicitante, los precios establecidos en la Resolución recurrida son de aplicación, en exclusiva, para las solicitudes de Grupalia objeto del conflicto resuelto por lo que esta Comisión no puede



considerar que se pudiera irrogar perjuicio alguno a TESAU por no acordarse la suspensión en los términos solicitados.

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

Al no concurrir en el presente caso ninguna de las causas legalmente previstas para declarar la suspensión de la Resolución recurrida, no hay lugar a que esta Comisión efectúe la ponderación entre los posibles perjuicios que conllevaría la decisión de suspender o no el plazo pretendido.

En virtud de todo lo anterior, la Resolución del Consejo de esta Comisión, de fecha 21 de diciembre de 2009, objeto del presente recurso, debe de mantener su eficacia plena desde su producción hasta que se resuelva el presente recurso de reposición.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE:

Único.- Denegar la solicitud de Telefónica de España, S.A.U. para la suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución del Consejo de esta Comisión de 21 de diciembre de 2009 por la que se puso fin al conflicto de acceso planteado por Grupalia Internet, S.A. contra solicitante en relación con el precio del servicio de ampliación de disyuntores en el marco del suministro de energía eléctrica del servicio de coubicación de la OBA.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

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

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.