



MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO, Director de Asesoría Jurídica de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (artículo 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), en uso de las competencias que le otorga el artículo 25 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el artículo 6.1 del citado Reglamento de Régimen Interior,

CERTIFICA

Que en la Sesión número 31/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 5 de septiembre de 2013, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución sobre la solicitud de suspensión planteada en el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, SAU, contra la Resolución 18 de julio de 2013, recaída en el procedimiento DT 2012/1555, por la que se han revisado los precios del servicio de acceso desagregado al bucle de Telefónica y se ha acordado su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE). (AJ 2013/1596).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de 18 de julio de 2013.

Con fecha 18 de julio de 2013 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución, en el marco de la tramitación del expediente número DT 2012/1555, por la que se han revisado los precios del servicio de acceso desagregado al bucle de Telefónica y se ha acordado su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE).

La mencionada Resolución ha acordado en su parte dispositiva lo siguiente:

<< PRIMERO.- Aprobar los precios del servicio de acceso desagregado al bucle de Telefónica que se incluyen en el Anexo II.



SEGUNDO.- Los nuevos importes, salvo indicación expresa en otro sentido, serán de aplicación a partir de la fecha de aprobación de la presente Resolución.

TERCERO.- Conforme a la práctica habitual seguida por esta Comisión en la adopción de medidas de tenor similar a la presente en ocasiones anteriores, los precios fijados operan como un umbral máximo, sin que dicho máximo obste a la posibilidad de que el prestador del servicio mayorista pueda libremente fijar o pactar precios mayoristas inferiores.

CUARTO.- En el plazo máximo de 10 días tras la notificación de la presente Resolución Telefónica deberá modificar el anexo 3 "Lista de precios" de la oferta de referencia de acceso al bucle de abonado (OBA) de acuerdo con el texto recogido en el Anexo II.

QUINTO.- Comunicar a la Comisión Europea la presente Resolución.

SEXTO.- Acordar la publicación del presente acto en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.>>

SEGUNDO.- Recursos de reposición de JAZZTEL y TESAU.

Con fecha 12 de agosto de 2013 tuvieron entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito de Jazz Telecom, SAU, y otro de Telefónica de España, SAU, (en adelante, TESAU) en virtud del cual interpusieron sendos recursos potestativos de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

En el Segundo Otrosí Digo del recurso TESAU, dicha entidad solicita la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida en lo referente a la incorporación de nuevas modalidades de mantenimiento Premium (modalidad de 8 horas y de 12 horas), hasta el momento en que sea resuelto el recurso, al amparo del artículo 111.2 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) alegando la nulidad del acto recurrido por generarle perjuicios de imposible o difícil reparación y lesionar derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

TERCERO.- Notificación a los interesados del inicio de la tramitación de los recursos de forma acumulada y de la declaración de confidencialidad de determinados datos contenidos en ambos recursos.

Por medio de un escrito del Director de la Asesoría Jurídica en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión, fechado el día 21 de agosto de 2013, se notificó a los interesados el inicio del procedimiento y la tramitación acumulada de ambos recursos para su resolución, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4, 73 y 112.2 de la LRJPAC.

Por medio de sendos escritos del Director de la Asesoría Jurídica en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión, fechados el día 21 de agosto de 2013, se notificó a los interesados los actos por los que se declaraba la confidencialidad de determinados datos e información incluida en los mencionados escritos de recurso tras considerar que su conocimiento por parte de terceros era susceptible de afectar al secreto empresarial, comercial e industrial de las entidades recurrentes.



Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la misma LRJPAC, se dio traslado a los interesados de copias no confidenciales de los escritos de interposición de los recursos de reposición, informándoles de que disponían de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento si así lo estimaban conveniente a sus intereses.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Admisión a trámite.

En el recurso de reposición presentado por TESAU contra la Resolución del Consejo de 18 de julio de 2013 se solicita expresamente por medio de su segundo Otrosí la suspensión cautelar de la ejecutividad del Resuelve Primero, únicamente en relación con las modalidades de mantenimiento *Premium* de la OBA (de 8 horas y de 12 horas), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111.2, letra b), de la LRJPAC.

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 presentado por TESAU, en el que se solicita la suspensión del citado resuelve en relación con las modalidades de mantenimiento *Premium* de 8 y 12 horas, se interpone contra un acto dictado por un órgano de esta Comisión, que resulta susceptible de recurso según lo dispuesto por los artículos 107 y 116 de la LRJPAC, dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y que la solicitud de suspensión se fundamenta en la posible existencia de las circunstancias previstas en el artículo 111.2 de la LRJPAC, procede admitir a trámite la referida petición de suspensión.

SEGUNDO.- Competencia y plazo para resolver.

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el mencionado recurso de reposición, al ser el acto impugnado una resolución dictada por ese mismo órgano, según prevé el artículo 116 de la LRJPAC.

Asimismo, 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 quien compete resolver el recurso. En consecuencia, el Consejo de esta Comisión resulta competente para resolver la solicitud de suspensión de TESAU.

La citada solicitud de suspensión deberá ser resuelta, y su Resolución notificada, en el plazo máximo de 30 días contados desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, según lo establecido en el artículo 111.3 de la misma Ley. La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurrido dicho plazo no se ha dictado resolución expresa al respecto



II.2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

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

Con carácter general, el artículo 111.1 de la LRJPAC dispone que la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, excepto en aquellos casos en los que una disposición establezca lo contrario.

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 la de la recurrente, deba hacerse partiendo de su excepcionalidad con respecto a los principios de ejecutividad, presunción de validez y eficacia inmediata de los actos administrativos previstos en los artículos 56 y 57 de la LRJPAC, y así lo han reconocido expresamente los Tribunales de Justicia respecto a los actos y resoluciones de esta Comisión, entre otras en las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2006 (RJ 2006/2358), de 18 de julio de 2006 (RJ 2006/5840) y de 13 de marzo de 2007 (RJ 2007/2572).

No obstante lo anterior, el artículo 111.2 de la misma Ley prevé que el órgano al que compete resolver 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:

- 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 LRJPAC.

En aplicación de lo anterior, para determinar si procede o no acceder a la suspensión cautelar solicitada por la recurrente habrá que analizar, en primer lugar, si concurre alguna de las circunstancias antes citadas y, en caso de que así ocurra, deberá analizarse, en segundo lugar, si debe prevalecer el interés público o de terceros en la ejecutividad inmediata del acto recurrido, 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.- Análisis de la concurrencia de los requisitos para la suspensión cautelar de la resolución recurrida.

2.1. 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 posibilidad de que se causen a la entidad recurrente perjuicios de imposible o difícil reparación por la ejecución del acto impugnado 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 genérica 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 efecto, el concepto de daño de difícil o imposible reparación ha sido analizado en distintas Sentencias del Tribunal Supremo con relación a la suspensión de ejecutividad de actos y resoluciones administrativos. Entre otras, cabe señalar las Sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2008 (RJ 2008/931) y de 20 de diciembre de 2007 (RJ 2008/515). En concreto en el Fundamento Quinto de la Sentencia de 20 de diciembre de 2007 se recuerda el deber que incumbe al solicitante de la suspensión de acreditar debidamente la concurrencia del perjuicio de "difícil o imposible reparación"¹. Y no solamente en Sentencias sino también en Autos del mismo Tribunal Supremo se ha llegado a la misma conclusión. A este respecto cabe señalar lo manifestado por la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus Autos de 3 de junio de 1997 (RJ 1997/5049)² y de 26 de marzo de 1998 (RJ 1998/3216). En este último Auto el Tribunal es especialmente claro al declarar 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."

TESAU señala como perjuicios de imposible o difícil reparación que le genera la ejecución del acto, las consecuencias que le generarían el incumplimiento de la Resolución alegando que dicho incumplimiento tendría su motivo en la imposibilidad de llevar a cabo los desarrollos técnicos necesarios para ofrecer, de manera efectiva, el servicio de mantenimiento *Premium* en las modalidades de 8 horas y de 12 horas.

Sin perjuicio del análisis de fondo que se realizará sobre el motivo de alegación Quinto del recurso de TESAU en la Resolución que resuelva ambos recursos, debe indicarse que los perjuicios aducidos por TESAU no resultan patentes ni pueden deducirse de la Resolución recurrida puesto que la obligación de ofrecer el servicio de mantenimiento *Premium* en las modalidades de 8 horas y 12 horas es coherente con el principio de no discriminación. Ya desde la OBA de 2006³, sobre la base del citado principio, se ha señalado que la prestación del servicio de mantenimiento *Premium* por parte de TESAU debe estar en relación con el servicio de mantenimiento similar que ésta presta nivel minorista para que los operadores alternativos puedan emular los servicios de mantenimiento que TESAU ofrece a sus propios clientes, con el fin de evitar ventajas competitivas por parte de TESAU. En definitiva, la obligación de ofrecer las mencionadas modalidades de servicio de mantenimiento *Premium* no es una nueva obligación impuesta en la Resolución recurrida sino consecuencia necesaria del principio de no discriminación impuesto a la solicitante de la suspensión.

¹ El Fundamento Quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2007 establece que: "El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que sea suficiente una mera invocación genérica (...)".

² El Auto del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1997 dispone que: "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".

³ Resolución de 14 de septiembre de 2006 relativa a la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) de TESAU. (MTZ 2005/1054). (Pg. 157 y ss).



2.2. La fundamentación del recurso en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62 de la LRJPAC.

TESAU alega en su recurso la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida con fundamento en la causa establecida en el artículo 62.1, letra a), de la LRJPAC al apartarse de los principios de proporcionalidad y razonabilidad sin motivarlo suficientemente.

Con respecto a la apariencia de buen derecho, y en caso de la alegación de una causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 LRJPAC, la jurisprudencia, y entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2009 (RC 680/2008), exige que dicha nulidad sea “evidente” o “manifiesta” para que pueda adoptarse la medida cautelar solicitada. Esto es, que pueda apreciarse, al menos con carácter indiciario, que existe una clara causa de nulidad.

En este mismo 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 jurisprudencial restrictivo en la apreciación de las causas de nulidad de los actos administrativos con relación a la adopción de medidas cautelares establecido, entre otras muchas, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo 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 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).”

En el supuesto de hecho la causa alegada por la entidad recurrente, letra a) del artículo 62.1 de la LRJPAC, no se aprecia de forma notoria o manifiesta, ni tampoco indiciariamente que



concurrir los vicios invocados por la impugnante. TESAU se limita a alegar que la Resolución recurrida resulta desproporcionada e insuficientemente motivada.

Al no resultar en el presente caso ni manifiestos ni inequívocos los vicios de nulidad alegados por la recurrente, requiriéndose un análisis de fondo sobre la cuestión, las alegaciones de TESAU al respecto deberán ser objeto de la resolución principal del procedimiento y previos los trámites legalmente establecidos, y no de la resolución de naturaleza cautelar sobre su solicitud de suspensión.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su 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”.

2.3.- La ponderación de los intereses concurrentes.

Habiendo analizado los requisitos establecidos en el artículo 111.2 de la LRJPAC, se ha observado que en este caso no concurre ninguno de ellos, por lo que, en principio, esta Comisión no estaría obligada a efectuar la ponderación de intereses prevista en el citado precepto. Sin embargo, de realizarse dicha ponderación, y tal y como se razonará seguidamente, el interés público y el interés de los operadores alternativos en el mantenimiento de la ejecutividad de la resolución recurrida prevalecerían claramente sobre el interés de la recurrente a la suspensión de la misma al no haberse acreditado, por parte de dicho operador dominante, la posible causación de algún perjuicio de imposible o de difícil reparación. En efecto, los Tribunales exigen de los recurrentes una “mínima actividad probatoria” relativa al daño que les causaría la ejecutividad del acto o resolución administrativos recurridos. A modo de ejemplo, en el Fundamento Segundo de la como en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2006 (RJ 2006\1081) se dice que:

“La necesidad de ponderación de los intereses en juego requiere que la petición de suspensión haya ido acompañada de una mínima actividad probatoria sobre el perjuicio derivado de la ejecución (...)”

En este sentido, la recurrente no ha presentado indicios de que los perjuicios sean de “imposible o difícil reparación” limitándose a una alegación genérica que no puede admitirse como válida a estos efectos.

Por otro lado, concurre un interés público general en el cumplimiento de las funciones ordenadoras del mercado encomendadas a esta Comisión, como se recuerda en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2010 (RC 2880/2007, JUR\2010\66659):

“...el interés público más relevante es la protección de las funciones ordenadoras del mercado de las telecomunicaciones atribuidas al órgano regulador, que requieren una pronta atención y respeto por parte de los operadores a las resoluciones del citado órgano, especialmente teniendo en cuenta la acusada movilidad y rápida evolución del sector de las



telecomunicaciones. Además, en la ponderación de intereses a la que se refiere el propio artículo 130 de la Ley jurisdiccional, habría de sumarse a este interés público, decisivo en asuntos como el presente, el interés particular de otras entidades particulares, contrapuesto al de la recurrente –operadora dominante en el mercado-, en que se cumplan las resoluciones dictadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (...).”

Considerados los anteriores razonamientos y dadas las circunstancias descritas, esta Comisión entiende que debe prevalecer en este caso el interés público y el interés de los operadores alternativos al mantenimiento de la ejecutividad íntegra de la resolución recurrida sobre el interés del operador dominante de que se resuelva cautelarmente la suspensión del resuelve Primero.

Por todo cuanto antecede, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

ÚNICO.- Denegar la suspensión cautelar solicitada por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU, en el Segundo Orosí Digo de su recurso de reposición, de fecha 12 de agosto de 2013, interpuesto contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 18 de julio de 2013 por la que se han revisado los precios del servicio de acceso desagregado al bucle de Telefónica y se ha acordado su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE), recaída en el procedimiento administrativo número DT 2012/1555.

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 22.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012, 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, 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 116 y 117 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 presente documento está firmado electrónicamente por Miguel Sánchez Blanco, Director de la Asesoría Jurídica en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la CMT, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30.03.2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.