



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 28 de julio de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN, PRESENTADA POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., EN RELACIÓN CON LA RESOLUCIÓN DE ESTA COMISIÓN DE 26 DE MAYO DE 2005, RELATIVA AL CESE DE LA INCOMPATIBILIDAD TÉCNICA PARA OFRECER PRESELECCIÓN EN LÍNEAS FIJAS SOPORTADAS EN TELEFONÍA RURAL DE ACCESO CELULAR (TRAC).

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso potestativo de reposición interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión de 26 de mayo de 2005, recaída sobre el expediente DT 2005/285, concerniente a la solicitud planteada por la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones sobre el cese de la incompatibilidad técnica para ofrecer preselección en líneas fijas soportadas en telefonía rural de acceso celular (TRAC), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 28/05 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 28 de julio de 2005, recaída en el expediente AJ 2005/1004.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 26 de mayo de 2005, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha dictado una resolución por la que se ha resuelto la solicitud planteada por la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL) sobre el cese de la incompatibilidad técnica para ofrecer preselección en líneas fijas soportadas en telefonía rural de acceso celular (TRAC). El Resuelve de la Resolución aprobada establece que:

“Primero. TESAU, en el caso de solicitudes de preselección sobre líneas TRAC no migradas, deberá realizar la actualización tecnológica de la línea y, a continuación ejecutar la preselección.

Segundo. Eliminar de la facilidad de preselección la causa de denegación de código 17 que tiene como motivo ‘Línea TRAC’, establecida mediante resolución de 19 de septiembre de 2002 de esta Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero. TESAU deberá mantener una lista actualizada de centrales y de sus líneas dependientes soportadas en tecnología TRAC, y facilitar a los operadores solicitantes de la preselección el acceso a una aplicación que permita realizar consultas de líneas al objeto de comprobar si son 'líneas TRAC'. Esta aplicación deberá ser accesible por los operadores preseleccionables desde el servidor hipertextual "<http://www.telefonicaonline.es>" y estar operativa en el plazo de un mes desde la notificación de la presente resolución. "

SEGUNDO.- Con fecha 7 de julio de 2005 ha tenido entrada en el registro de esta Comisión escrito de la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) por el que se interpone recurso de reposición contra la Resolución de 26 de mayo de 2005 antes mencionada.

En el escrito de interposición presentado, TESAU efectúa, esencialmente, las siguientes alegaciones:

- Que la Resolución de 26 de mayo es nula de pleno derecho de conformidad con el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) que establece que serán nulos los actos "*dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido*" ya que no han sido observados todos los trámites recogidos en los artículo 68 a 89 de la LRJPAC, sobretodo en cuanto al trámite de audiencia, alegando, además, falta de motivación suficiente e indefensión.
- Que la Resolución de 26 de mayo vulnera el apartado 5º.4 de la Circular 1/2001, de 21 de junio, sobre la implantación de la preselección de operador por los operadores de acceso obligados a proveerla en el mercado de redes públicas de telecomunicaciones fijas de preselección de operador (en adelante, Circular 1/2001).
- Que la Resolución de 26 de mayo interfiere en el Plan de Migración del TRAC y en otras obligaciones relativas a la gestión del espectro.

Asimismo, mediante *otrosí*, TESAU solicita que se acuerde la suspensión de la resolución recurrida hasta la definitiva resolución del recurso en virtud de lo dispuesto en el artículo 111.2 de la LRJPAC ya que, en su opinión, dicha resolución está viciada de nulidad por los motivos que en él se exponen.

A los anteriores antecedentes de hecho les son aplicables los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. Fundamentos jurídicos procedimentales.

PRIMERO.- Admisión a trámite.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el escrito de interposición del recurso presentado por TESAU contra la Resolución de 26 de mayo de 2004 ya citada, se solicita la suspensión de la ejecución de dicha Resolución, a los efectos previstos en el artículo 111 de la LRJPAC. Dicho artículo establece las reglas de la suspensión de la ejecución de los actos administrativos, cuando éstos sean objeto de cualquier recurso administrativo.

El recurso de reposición interpuesto por TESAU, en el que se solicita la suspensión del acto impugnado, cumple con los requisitos establecidos en la LRJPAC en consecuencia, también se admite a trámite la solicitud de suspensión planteada junto con el recurso.

SEGUNDO.- Competencia para resolver.

En virtud de lo establecido en el artículo 116.2 de la LRJPAC, los actos que ponen fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado.

Asimismo, el artículo 111.2 de la LRJPAC atribuye la competencia para resolver sobre la suspensión del acto impugnado, de oficio o a solicitud del recurrente, al órgano a quien compete resolver el recurso. En consecuencia, corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la competencia para resolver la solicitud de TESAU sobre la suspensión de la Resolución recurrida, por ser el órgano que dictó el acto impugnado.

B. Fundamentos jurídicos sobre la petición de suspensión de la Resolución recurrida.

PRIMERO.- Sobre la petición de suspensión de la Resolución de 26 de mayo de 2005.

Conforme a lo expuesto en los antecedentes de hecho, mediante *otrosí*, TESAU, en el escrito de interposición del recurso, solicita la suspensión de la ejecución de la Resolución de 26 de mayo de 2005 acerca de la solicitud de ASTEL sobre el cese de la incompatibilidad técnica para ofrecer preselección en líneas fijas soportadas en telefonía rural de acceso celular (TRAC).

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.

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.- Sobre las alegadas causas de nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada.

Con relación a su solicitud de suspensión, TESAU indica que el recurso de reposición interpuesto se fundamenta en causas de nulidad previstas por la LRJPAC, sin hacer mención expresa a los perjuicios de imposible o difícil reparación que pudiera causar la ejecución de la resolución.

A este respecto, TESAU alega que la Resolución de 26 de mayo es nula de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.1.e) que establece que serán nulos los actos *“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”*.

TESAU considera que se han infringido *“todos los trámites recogidos en los artículos 68 a 89 de la LRJPAC pues en el trámite de audiencia concedido a TESAU se partía de propuestas y hechos distintos a los finalmente recogidos en la resolución del expediente”*. La recurrente alega que se ha vulnerado el principio de audiencia y defensa, causándole indefensión.

En este sentido se expresa la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de marzo de 2001 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.”

TESAU alega que se ha omitido el procedimiento legalmente establecido, sin embargo se constata en el expediente que se han realizado todos los trámites procedimentales oportunos: inicio, alegaciones, audiencia, resolución y notificación.

Analizado el contenido de este motivo de suspensión de un modo tal que no se realiza el enjuiciamiento del fondo del asunto planteado, no se aprecia que el vicio determinante de la pretendida nulidad surja patente y notoriamente y sin necesidad de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que deba realizarse nada más que la comprobación de hecho para constatar su existencia (doctrina jurisprudencial sobre la apariencia de buen derecho), por lo que no se puede estimar que concurra el requisito de nulidad alegado por la recurrente para solicitar la suspensión del acto impugnado.

TERCERO.- Sobre la ponderación entre el interés público y el perjuicio que se causaría al recurrente.

Es importante destacar, que si bien la suspensión se solicita en base a la nulidad de la Resolución impugnada, nada dice TESAU de los perjuicios que se le pudieran causar por la ejecución de la misma.

No obstante, cabe deducir de lo alegado por TESAU en el recurso, algunos de los perjuicios que podrían derivarse de la Resolución de 26 de mayo:

- Daño económico; TESAU aduce que de producirse una migración masiva, se generarían serias distorsiones en términos de costes como de planificación del propio plan de migración. TESAU considera que si bien el objetivo de cobertura ha sido conseguido con éxito a 31 de diciembre de 2004, la capacidad de red no está implementada para poder atender una eventual petición de migración en bloque de los clientes que solicitaran esta facilidad. Dado el volumen de inversiones necesario, tanto en red como en equipamiento en domicilio del cliente, el proceso prevé una implantación gradual paralela a las inversiones de TESAU para no dañar excesivamente sus resultados económicos.
- Incumplimiento de otras obligaciones; la aplicación de esta Resolución generaría a TESAU el grave riesgo de incumplimiento de los compromisos adquiridos ante la Administración y los propios compromisos inherentes a las obligaciones de Servicio Universal, con costes adicionales muy importantes como consecuencia de su impacto en el proceso de migración de clientes.

Sin embargo, los hipotéticos perjuicios que pudiera sufrir TESAU no se deberían a la ejecución inmediata de la Resolución, sino que se producirían por la propia Resolución en sí misma.

Es decir, para que se acuerde la suspensión, de acuerdo con el citado artículo 111.2 de la LRJPAC, esta Comisión habrá de tener en cuenta *“el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido”*. Nada impide que la Resolución se ejecute inmediatamente ya que, ninguna de las tres obligaciones que se imponen en el *Resuelve*, en el caso de su posterior modificación, perjudicarían de sobremanera a TESAU.

Por otro lado, es necesario evaluar *“el perjuicio que se causaría al interés público o a terceros la suspensión”* de acuerdo con el mismo artículo 111.2 de la LRJPAC.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es necesario poner de manifiesto que la Resolución recurrida está tratando el tema de la preselección en un ámbito determinado como es en el de las líneas TRAC, con las peculiaridades y especialidades que éstas tienen. La preselección en sí misma es una herramienta importante para conseguir una competencia plena, hecho que reporta beneficios tanto a los demás operadores afectados como a todos los usuarios que verían así, cómo aumenta su capacidad de elección, favoreciendo la aparición de nuevos operadores y de nuevas ofertas comerciales.

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, en todo caso habrían de ponerse en relación con los posibles efectos perjudiciales que para los restantes operadores pudiera tener la suspensión del acto recurrido.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, parece evidente que la suspensión de la Resolución de 26 de mayo causa un perjuicio mayor al interés público que el perjuicio que se le pudiera causar a TESAU por la eficacia inmediata de la misma.

Por todo ello, no procede acceder a la solicitud de suspensión planteada por TESAU en el recurso de reposición que trae causa.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Denegar la suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 26 de mayo de 2005 sobre el cese de la incompatibilidad técnica para ofrecer preselección en líneas fijas soportadas en telefonía rural de acceso celular (TRAC).

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Jaime Almenar Belenguer