



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DÑA. ALEJANDRA DE ITURRIAGA GANDINI, por ausencia del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 7.2 de la O.M. de 9 de abril de 1997, B.O.E. de 11 de abril de 1997), 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 2 de septiembre de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DENIEGA LA PETICIÓN DE SUSPENSIÓN SOLICITADA POR LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 14 DE JULIO DE 2005 SOBRE EL CONFLICTO DE ACCESO ENTRE JAZZ TELECOM, S.A.U. Y LA RECURRENTE EN RELACIÓN CON LA MODALIDAD DE CAPACIDAD PORTADORA DEL SERVICIO DE ENTREGA DE SEÑAL DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO (DT 2005/628).

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la citada Resolución de esta Comisión, de fecha 14 de julio de 2005, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 29/05 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 2 de septiembre de 2005, recaída en el expediente AJ 2005/1147.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de julio de 2005, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha dictado una Resolución sobre el conflicto de acceso entre JAZZ TELECOM, S.A.U. (en adelante JAZZTEL) y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TESAU) en relación con la modalidad de capacidad portadora del servicio de entrega de señal de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (DT 2005/628) resolviendo lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Primero.- Instar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., a suministrar en el plazo de diez días laborables desde la notificación de la presente resolución los circuitos correspondientes a solicitudes de entrega de señal en modalidad capacidad portadora que en la fecha de notificación de la presente resolución se encuentran pendientes de entrega y fuera de plazo.

Se excluyen de lo anterior los circuitos pendientes de entrega por gestión de permisos, coubicación con plazo no vencido o causas imputables a JAZZ TELECOM, S.A.U.

Segundo.- Si transcurridos diez días laborables desde la notificación de la presente resolución TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., no hubiese cumplido con lo dispuesto en el apartado primero de esta resolución, se impondrá a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., una multa coercitiva de 100 euros diarios por circuito de 34 Mb/s y de 300 euros diarios por circuito de 155 Mb/s para asegurar el cumplimiento de la obligación impuesta en dicho apartado.

Tercero.- Requerir a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., a remitir, en el plazo de quince días laborables desde la notificación de la presente resolución, relación de los circuitos afectados por el punto primero, indicando al menos la central, la capacidad del circuito expresada en Mb/s, la fecha de solicitud y la fecha de entrega o la fecha estimada de entrega junto con la situación en la que se encuentra el circuito solicitado y sus circunstancias particulares.

Cuarto.- Instar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., a abonar en el plazo de quince días laborables desde la notificación de la presente resolución las penalizaciones debidas a JAZZ TELECOM, S.A.U., conforme a lo dispuesto en la OBA por los incumplimientos de plazo de entrega de solicitudes de entrega de señal en modalidad capacidad portadora.

Quinto.- Trasladar las actuaciones practicadas durante la tramitación de este expediente para su consideración en el marco del procedimiento sancionador RO 2004/1811, iniciado por la Resolución, de fecha 9 de junio de 2005, por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., por el presunto incumplimiento del apartado primero de la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado publicada por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., en fecha 20 de enero de 2001; así como por incumplimiento del apartado primero de la resolución de 31 de marzo de 2004 sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.”

La citada Resolución fue notificada a TESAU con fecha 26 de julio de 2005.

SEGUNDO.- Mediante escrito de fecha 27 de julio de 2005, con entrada en el Registro de esta Comisión del día siguiente, la representación legal de TESAU interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución anteriormente mencionada.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La entidad solicitante muestra su disconformidad con la Resolución impugnada alegando los siguientes aspectos:

- Infracción del artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) por falta de motivación de la Resolución recurrida, generando indefensión para la recurrente. Por ello, al incumplirse el artículo 24 de la Constitución, se produce una nulidad de pleno derecho del acto recurrido, conforme determina el artículo 62.1.a). De igual forma, nulidad de pleno derecho del acto recurrido, de acuerdo con el artículo 62.1.e).
- Imposibilidad de TESAU para cumplir con los plazos de provisión, por lo que existe una nulidad de pleno derecho del Resuelve Primero de conformidad con el artículo 62.1.c) de la LRJPAC, al tratarse de un acto de contenido imposible.
- Improcedencia en la imposición de penalizaciones ante la falta de provisión de circuitos (Resuelve Cuarto).
- Necesidad de resolución expresa sobre la solicitud de suspensión lo que, en caso de no procederse, provocaría indefensión a la recurrente de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución.

En este sentido, en dicho recurso se solicita la suspensión de la ejecución de la citada Resolución impugnada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 111.2 de la LRJPAC, pues de acuerdo con las consideraciones de la recurrente, dicha Resolución está viciada de nulidad por los motivos que en el mismo recurso se exponen.

En relación con lo anterior, TESAU considera que, tras la lectura del artículo 111 de la LRJPAC, además de las causas de nulidad radical expuestas en su escrito, para decidir si procede o no acceder a la suspensión cautelar solicitada ha de efectuarse una previa ponderación, de un lado, de los intereses concurrentes públicos o de terceros y, de otro, del interés privado del recurrente en la suspensión. A su juicio, cuando las exigencias del interés público en la ejecución son tenues, pueden bastar perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión, mientras que cuando aquella exigencia es de gran intensidad, solo perjuicios al interés privado de considerable entidad pueden determinar la suspensión del acto.

Por ello, la solicitante fundamenta su pretensión suspensiva en la inexistencia de un interés público detectable que demande o aconseje la no suspensión del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Acuerdo recurrido, frente a la existencia de los graves perjuicios que a ella le supondría, como consecuencia de la ejecución del acto.

Asimismo, fundamenta su petición en el peligro de que la resolución del presente recurso devenga ineficaz para el caso de estimar el mismo (*periculum in mora*), pues la recurrente está obligada a realizar una serie de actuaciones necesarias para cumplir con lo dispuesto en la Resolución impugnada.

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 TESAU por el que se interpone recurso de reposición contra la Resolución de esta Comisión de fecha 14 de julio de 2005, se viene a solicitar, de igual forma, 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 que el recurso de reposición presentado por TESAU, en el que se solicita la suspensión del acuerdo 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 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.

SEGUNDO.- Competencia para resolver.

En virtud de lo establecido en el artículo 116.1 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, en este caso, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

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 la Resolución recurrida por TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero.- Sobre la petición de suspensión de la Resolución recurrida.

Conforme a lo expuesto en los Antecedentes de Hecho, TESAU solicita expresamente la suspensión de la ejecución de la Resolución por ella impugnada.

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 causaría 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 con las letras a) y b) del artículo 111 de la LRJPAC. Y, 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.

Pues bien, en relación con el supuesto de hecho que nos ocupa, cabe señalar que TESAU ha invocado, por un lado, la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida por concurrir las causas señaladas anteriormente en los Antecedentes de Hecho y, posteriormente, ha realizado una ponderación entre el escaso perjuicio que supondría para el interés público o de terceros la suspensión del acto recurrido, frente a los graves perjuicios que le causaría a ella la eficacia inmediata del acto.

En consecuencia, esta Comisión pasa a realizar un análisis de estos aspectos en atención a las alegaciones efectuadas por la recurrente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- Sobre las causas de nulidad radical alegadas para impugnar la Resolución.

Con carácter previo a la resolución del recurso interpuesto, la recurrente solicita la suspensión de la Resolución recurrida teniendo en cuenta las causas de nulidad en las que basa su impugnación, desarrolladas a lo largo de su escrito.

En concreto, y con base en el artículo 62.1.a), c) y e) de la LRJPAC, se pone de manifiesto la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada por haber vulnerado diversos preceptos de la Constitución, al igual que de la normativa de civil y administrativa, tal y como se ha reflejado en los Antecedentes de Hecho.

Como ya tiene establecido esta Comisión en anteriores Resoluciones, cabe recordar 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 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 las causas de nulidad alegadas por la recurrente, debe tenerse en cuenta el criterio de interpretación restrictiva establecido por la jurisprudencia para la apreciación de dichas causas. A este respecto cabe citar, entre otras muchas, el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1998 (RJ 1998\9735):

“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 la procedencia de la suspensión de la ejecución,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 otro 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”

Pues bien, 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 de los motivos de nulidad señalados, no se aprecia que el vicio determinante de la pretendida nulidad surja patente y notoriamente y sin necesidad de que deba realizarse nada más que la comprobación de hecho para constatar su existencia. En definitiva, a la vista de las alegaciones del recurso, y sin que suponga prejuzgar el fondo del asunto, existen elementos suficientes de duda razonable como para no aplicar la apariencia de buen derecho de la nulidad requerida. En el presente caso, sería necesario entrar en un análisis detallado de la legalidad del acto impugnado que, como ya hemos dicho, está “*reservado necesariamente al procedimiento principal*”, tal y como afirma el Tribunal Supremo en la citada Sentencia de 23 de marzo de 2001.

En virtud de las anteriores consideraciones, debe concluirse que no concurre en el presente caso la circunstancia prevista en el artículo 111.2 letra b) de la LRJPAC.

Por consiguiente, al no concurrir la causa de suspensión alegada por el recurrente, esto es, que la impugnación del recurso se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC, la solicitud de suspensión carece de su requisito básico, esto es, que concurra alguna de las circunstancias que se establecen en el artículo 111.2 de la LRJPAC. No obstante, se pasa a analizar la ponderación entre intereses a la que hace referencia TESAU en su solicitud.

Tercero.- Sobre la ponderación entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión de la Resolución recurrida y el que se causaría al recurrente con la ejecución de la misma. El peligro de la falta de efectividad de la resolución del presente recurso.

TESAU pone de manifiesto que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJPAC, para acordar la suspensión cautelar solicitada ha de efectuarse una previa ponderación de los intereses concurrentes públicos o de terceros con el interés privado del recurrente en la suspensión. Al respecto, la recurrente diferencia claramente dos aspectos, que son:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Por un lado, la inexistencia de un interés público detectable que demande no suspender la Resolución recurrida y, por tanto, la inexistencia de que se produzca un perjuicio al interés público, en comparación con el que le produciría a TESAU su ejecución.
- Y, por otra parte, en relación con los perjuicios de TESAU, la recurrente fundamenta también la suspensión en el denominado "*periculum in mora*" de la Resolución del presente recurso. Esto es, pone de manifiesto, si tuviera que ejecutar todo aquello que le impone el acto impugnado, la falta de efectividad en que pudiera incurrir la resolución del presente recurso de estimarse sus alegaciones.

Respecto al primer punto, sobre la inexistencia de perjuicio al interés público o a terceros por la suspensión de la ejecución de la Resolución recurrida frente al perjuicio que le ocasiona al recurrente la ejecución de la Resolución, se ha de rechazar esta alegación por las siguientes razones:

Resulta del todo improcedente la afirmación que hace la recurrente sobre que la Resolución por la que se resuelve un conflicto en la aplicación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TESAU carece de un destacable interés público y que la suspensión de su ejecución no perjudica gravemente al interés público.

En efecto, en el sector de las comunicaciones electrónicas es fundamental la relevancia que tiene el acceso, esto es, la puesta a disposición de otro operador, en condiciones definidas, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Concretamente, la Resolución recurrida resuelve un conflicto de acceso de JAZZTEL en relación con la modalidad de capacidad portadora del servicio de entrega de señal de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TESAU. Es decir, en la Resolución recurrida se analiza el fiel cumplimiento de las condiciones mínimas establecidas para el operador dominante en el acceso al bucle de abonado, que permiten el acceso no discriminatorio de los operadores alternativos a la red de TESAU.

En este sentido, es necesario que la OBA se venga aplicando de forma rigurosa por el operador dominante en sus relaciones con el resto del mercado, para así salvaguardar la pluralidad de la oferta en el acceso de banda ancha. Esto es, el cumplimiento de las obligaciones de acceso al bucle es un elemento decisivo para el fomento de la competencia en el mercado de referencia. En efecto, el derecho de acceso al bucle de abonado es una herramienta importante para conseguir una competencia efectiva, 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, al ser la correcta aplicación de la OBA de TESAU uno de los aspectos claves para el adecuado funcionamiento de la banda ancha, es indudable la existencia de un interés público que puede verse gravemente perjudicado por los incumplimientos que pueda cometer el operador dominante en esta materia de acceso al bucle de abonado.

Así, se ha de tener en cuenta que en un conflicto de acceso no sólo están en juego factores de orden público regulatorio, en los que por imperio de la Ley se obliga a esta Comisión a intervenir para la supervisión del mercado y la salvaguarda de la competencia efectiva, modificando la oferta de TESAU si fuera necesario, sino también de orden privado correspondientes a los operadores alternativos, como JAZZTEL en este supuesto, interesados en el acceso al bucle de abonado de TESAU, necesario para el desarrollo de los servicios que pretenden prestar.

Por tanto, cabe manifestar a tal respecto que concurre el interés público en la ejecutividad de esta Resolución de la Comisión, debido, entre otras causas, a la seguridad jurídica que ello conlleva. En caso de suspensión de los efectos de la Resolución recurrida, la seguridad jurídica quedaría afectada, provocando graves perjuicios al interés público.

Por otro lado, el recurrente en la ponderación que lleva a cabo, debe poner de manifiesto cuál es el perjuicio que se le causa como consecuencia de la eficacia inmediata de la Resolución recurrida. Sin embargo, a este respecto la recurrente en su escrito no hace determinación alguna del perjuicio concreto que la ejecución le provocaría. Tan solo se limita a sostener genéricamente que, con la Resolución recurrida, se vería obligada a *“destinar recursos económicos y técnicos a JAZZTEL pudiendo perjudicar a otros operadores y, en consecuencia al interés general”*, sin ni tan siquiera especificar los supuestos trastornos que ello le pudiera ocasionar.

Pues bien, a estos efectos resulta necesario recordar a TESAU que el hipotético perjuicio alegado deberá ser manifiesto y concreto, con el fin de su valoración por el órgano competente para resolver el correspondiente recurso, en orden a ponderar el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión pretendida y el perjuicio que causaría a la recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido, según dispone el citado artículo 111 de la LRJPAC.

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 26 de marzo de 1998 (RJ 1998\3216):



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

"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 sobreviniencia 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 lo relativo a la presentación de un principio de prueba de la sobreviniencia de los perjuicios provocados al recurrente por la ejecución del acto recurrido, TESAU alega que JAZZTEL puede prestar el servicio sobradamente sin ella mientras que a ella le perjudica de forma clara. Con vistas a justificar esta afirmación TESAU se remite al *"acta de inspección realizada los días 19 y 20 de julio e incluidas en el expediente 2005/259, cuyos archivos designamos a efectos probatorios, acreditativas de la infrautilización de las infraestructuras existentes por los operadores en general y por la propia Jazztel, en particular."*

Una vez analizada por esta Comisión el acta referida, cabe hacer la siguiente puntualización: la inspección que tuvo lugar con fecha 19 y 20 de julio de este año y que obra en el expediente 2005/259 inspecciona un servicio diferente al de la Resolución recurrida. En efecto, la inspección presentada como prueba se refiere al servicio de tendido de cable interno mientras que el servicio objeto de conflicto resuelto a través del acto recurrido se refiere a la entrega de señal. Por consiguiente, el acta de inspección aportada carece con toda rotundidad de efecto probatorio alguno.

Por todo ello, se puede afirmar que no se aportan datos concluyentes ni se incluyen en el recurso razonamientos patentes y probados, aún a nivel indiciario, del perjuicio concreto que alega TESAU, cuya existencia no queda, por tanto, debidamente justificada.

Por último, la recurrente afirma que junto con los perjuicios que la ejecución de la Resolución le provoca y la inexistencia de interés público que aconseje no suspender el acto, JAZZTEL tiene entrega de señal suficiente para absorber su potencial demanda y que, por tanto, la suspensión de la ejecución del acto no le supondría ningún perjuicio.

Al respecto, esta Comisión recibió de JAZZTEL, a lo largo de la tramitación del procedimiento cuya Resolución se recurre, un listado con las centrales donde tiene su despliegue bloqueado por los problemas que puso de manifiesto a lo largo de la tramitación del referido procedimiento. Por tanto, esta Comisión considera, sin entrar en el fondo de las alegaciones presentadas en el recurso de reposición, que existe un perjuicio para este operador, a diferencia de lo que considera TESAU. De igual forma, se ha de dejar constancia que la recurrente no ha presentado ninguna prueba ni realizado ningún razonamiento que pueda



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

llevar a esta Comisión al cambio de criterio respecto al perjuicio provocado a JAZZTEL.

En definitiva, no resultan suficientes, en modo alguno, las alegaciones genéricas que se esgrimen en el recurso sobre el presunto perjuicio que le produciría a la recurrente la ejecución de la Resolución impugnada, así como sobre la inexistencia de perjuicios para JAZZTEL y para el interés público, puesto que se tratan de meras manifestaciones de parte carentes de eficacia jurídica a los efectos de prevalecer frente a la eficacia de los actos administrativos en orden a la adopción de una medida cautelar.

Por otra parte y respecto al peligro aducido por TESAU de, si se ejecutara el acto impugnado, incurrir en falta de efectividad en la resolución del presente recurso de estimarse sus alegaciones (el denominado "*periculum in mora*") cabe manifestar lo siguiente:

El artículo 111.1, en conexión con el artículo 57 de la LRJPAC, establece que la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado por ser éste eficaz desde el momento que se dicta. Por ello para dictarse una medida cautelar en este sentido se deberá previamente ponderar los intereses en juego.

En el presente caso, y a pesar de que no concurren las circunstancias exigidas por el artículo 111 de la LRJPAC, esta Comisión ya ha entrado a valorar con anterioridad la prevalencia del interés en evitar el perjuicio que se ocasionaría al interés general y a terceros de acordarse la suspensión de la Resolución, frente al supuesto perjuicio que se ocasionaría al interés particular de la empresa recurrente de no acordarse la suspensión.

En definitiva, y precisamente por el interés público que supone para el mercado la correcta aplicación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado, así como la necesidad de promover la competencia efectiva, queda patente la inexistencia de ese presupuesto alegado de contrario de un "*periculum in mora*" de la resolución del recurso, pues debe prevalecer este alto interés público en llevarse a cabo lo acordado frente al interés privado de suspender tal mandato para evitar tan solo el trastorno que supuestamente pudiera ocasionarle el realizar las actividades a las que se ve obligado, para el caso de que se estimasen sus alegaciones en el recurso presentado.

En atención a todo lo anterior, no procede acceder a la solicitud de suspensión planteada por TESAU en el recurso de reposición que trae causa, por lo que la Resolución sobre el conflicto de acceso entre JAZZTEL y TESAU en relación con la modalidad de capacidad portadora del servicio de entrega de señal de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (DT 2005/628), objeto del presente recurso, es plenamente eficaz.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

RESUELVE

ÚNICO.- Denegar la solicitud de suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución de esta Comisión, de fecha 14 de julio de 2005, sobre el conflicto de acceso entre JAZZTEL y TESAU en relación con la modalidad de capacidad portadora del servicio de entrega de señal de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (DT 2005/628), incorporada al recurso potestativo de reposición interpuesto por TESAU contra la misma.

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.

LA DIRECTORA DE LA
ASESORÍA JURÍDICA

Vº Bº EL PRESIDENTE

Alejandra de Iturriaga Gandini
P.A. art. 7.2 O.M. de 9 de abril de 1997
(B.O.E. de 11 de abril de 1997)

Reinaldo Rodríguez Illera