



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JAIME VELÁZQUEZ VIOQUE, 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 11 de septiembre de 2003, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DENIEGA LA SUSPENSIÓN SOLICITADA POR UNI2 TELECOMUNICACIONES, S.A.U., EN RELACIÓN CON EL ACUERDO DEL CONSEJO DE FECHA 10 DE JULIO DE 2003 POR EL QUE SE MODIFICA LA OFERTA DE INTERCONEXIÓN DE REFERENCIA DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso potestativo de reposición interpuesto por UNI2 TELECOMUNICACIONES, S.A.U., contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 10 de julio de 2003, por el que se modifica la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España S.A.U., el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 32/03 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 11 de septiembre de 2003, recaída en el expediente AJ 2003/1245

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 10 de julio de 2003, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución sobre la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España S.A.U.. (en adelante, Telefónica de España).

La citada Resolución fue notificada a UNI2 TELECOMUNICACIONES (en adelante UNI2) el día 18 de julio de 2003.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Mediante escrito de fecha 12 de agosto de 2003, con entrada en el Registro de esta Comisión el mismo día, la representante legal de UNI2 interpuso recurso potestativo de reposición contra la resolución antes referida.

Asimismo, a través de dicho escrito, UNI2 vino a solicitar a esta Comisión, *“teniendo por solicitada la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión de la Resolución dictada el 10 de julio en lo que se refiere a la modificación de los precios de interconexión por capacidad de la modalidad voz+internet, así como a las condiciones económicas de las llamadas desbordadas por el haz de tiempo del mismo PDI en la modalidad con encaminamiento alternativo, y previos los trámites oportunos, dicte resolución acordando la misma.”*

La solicitud de suspensión se ha basado en los siguientes motivos:

Primero.- La ejecución de la Resolución parcialmente impugnada irrogará a UNI2 perjuicios de imposible reparación.

UNI2 señala que, tal y como exige el artículo 111.2.a) de la Ley 30/92, de no suspenderse en lo pretendido, la Resolución parcialmente impugnada irrogará a UNI2 perjuicios de imposible reparación tanto en relación con los productos minoristas de UNI2 como en relación con su oferta mayorista.

A. Perjuicios irreparables en los productos minoristas de UNI2:

UNI2 considera que el aumento significativo del precio de interconexión por capacidad de la modalidad contratada por UNI2, así como la fuerte penalización impuesta al tráfico de desbordamiento, llevan a UNI2 a la necesidad de revisar la rentabilidad de sus tarifas planas, no excluyéndose que algunas de ellas puedan desaparecer, o que en general deban cambiar las condiciones económicas en que se ofertan. Esto supondrá, a su juicio, una pérdida inmediata y automática de competitividad de UNI2 frente a los productos concretos de Telefónica, puesto que estos mantienen inalterada su base de costes (si no la mejoran debido al mayor ingreso que Telefónica percibe de los operadores por la interconexión por capacidad).

Al hilo de anterior, UNI2 recuerda que la jurisprudencia ha declarado que el daño comercial o el prestigio profesional, son intereses susceptibles de sufrir daños de imposible reparación, de manera que cuando la actividad de la Administración incide en el ámbito de tales intereses, lesionándolos, la suspensión de tal actividad es procedente. Y en este sentido UNI2 cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1999 y el Auto del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1988



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

B. Efectos anticompetitivos y discriminatorios en la oferta mayorista de UNI2:

UNI2 entiende que las nuevas condiciones económicas deterioran las posibilidades de reventa, así como los beneficios derivados de la escalabilidad del modelo. Igualmente afirma que la Resolución impugnada tiene, una repercusión negativa colateral en los operadores que revenden interconexión por capacidad así como en los que hasta ahora contrataban esa reventa.

Segundo.- Concurrencia en la pretensión deducida del segundo de los requisitos exigidos para ello por el artículo 111.2 de la LRJPAC.

A juicio de UNI 2 la Resolución parcialmente impugnada incurre en la causa de nulidad recogida en el artículo 62.1.e) de la LRJPAC.

Tercero.- La suspensión de la Resolución parcialmente impugnada no irroga perjuicio alguno al interés general.

UNI2 considera que la suspensión de la Resolución parcialmente impugnada, hasta que por esta Comisión se resuelva el recurso que se interpone, no deparará perjuicio alguno al interés general, máxime cuando esa Comisión debe resolver el citado recurso en el plazo de un mes. Igualmente afirma que es el propio interés general el primer interesado en que se estime la pretensión de suspensión, pues de estimarse la misma, se continuaría aplicando la OIR anterior en lo que se refiere a los precios de interconexión por capacidad de la modalidad voz+internet, y a las condiciones económicas de las llamadas desbordadas por el haz de tiempo del mismo PDI en la modalidad con encaminamiento alternativo, lo que permitirá que el usuario del servicio no haya de abonar por la prestación del mismo una cantidad superior a la hasta ahora abonada, al igual que por su parte los operadores deberán abonar a Telefónica precios superiores a los que por los mismos conceptos abonaban.

Cuarto.- La suspensión de la Resolución parcialmente impugnada no irroga perjuicio irreparable alguno a interés de tercero.

UNI2 pone de manifiesto que la suspensión pretendida no deparará perjuicio irreparable alguno a tercero, en concreto a Telefónica, pues la única consecuencia anudada a tal suspensión es que Telefónica recibirá las mismas cantidades que hasta ahora venía percibiendo, teniendo derecho - supuesto que el recurso interpuesto fuera desestimado - a percibir la diferencia entre lo recibido y lo que, conforme a la Resolución impugnada, hubiera debido recibir, procediendo recordar, pues, que el único daño que acaso pueda irrogarse a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica como consecuencia de la suspensión es de índole económica, y, por esencia y como confirma reiterada jurisprudencia, reparable.

TERCERO.- A través de escritos de 28 de agosto de 2003, esta Comisión comunicó el inicio del procedimiento correspondiente a los interesados, conforme a lo previsto en los artículos 42.4 y 112.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante, LRJPAC).

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Admisión a trámite.

En el escrito presentado por UN12 por el que se interpone recurso de reposición contra la Resolución de esta Comisión de fecha 10 de julio de 2003 ya referida, se viene a solicitar la suspensión parcial de la ejecución de la resolución recurrida, a los efectos previstos en el artículo 111 de la LRJPAC. Dicho artículo establece las reglas para la suspensión de la ejecución de los actos administrativos, cuando éstos sean objeto de cualquier recurso administrativo.

Habida cuenta que el recurso de reposición presentado por UN12, en el que se solicita la suspensión del acto impugnado, se interpone contra la Resolución expresada 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 admitirlo a trámite. En consecuencia, también se admite a trámite la solicitud de suspensión planteada junto con el recurso.

SEGUNDO.- Competencia para resolver la solicitud de suspensión.

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 UN12.

TERCERO.- Sobre la petición de suspensión de la resolución recurrida.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Conforme a lo expuesto en los antecedentes de hecho, mediante otrosí, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2 de la LRJPAC, UNI2 solicita expresamente la suspensión parcial de la resolución 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 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:

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

Al respecto ha de señalarse que UNI2 ha invocado, en general, tanto perjuicios de imposible o difícil reparación, caso de producirse la ejecución parcial de la resolución recurrida, como causas de nulidad de pleno derecho de la misma. Por ello, podrían concurrir en el presente caso las circunstancias que determinan la necesidad de que el órgano administrativo competente pondere, a solicitud de la recurrente, de forma previa y suficientemente razonada, el perjuicio que se causaría a UNI2 como consecuencia de la eficacia del acto recurrido y el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión instada.

Por consiguiente, en aplicación del artículo citado, para determinar si procede o no acceder a la suspensión solicitada por la recurrente, habrá de analizar, en primer lugar, si concurre alguna de las circunstancias señaladas con las letras a) y b). 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.

No obstante, y por las razones que seguidamente se exponen, en el presente caso no concurren las circunstancias necesarias que determinarían la suspensión de la resolución recurrida al amparo de lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJPAC.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

La entidad UNI2 solicita la suspensión parcial de la Resolución recurrida por entender que la misma incurre en causa de nulidad al haberse prescindido 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 (artículo 62.1e) de la LRJPAC). En concreto, UNI2 se remite a los motivos de impugnación contenidos en su escrito de interposición donde UNI2 alega la invalidez de la Resolución impugnada por haberse omitido el trámite de audiencia (artículo 84 LRJPAC) en el procedimiento del que trajo causa la Resolución impugnada.

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 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.

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 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 establecido por la jurisprudencia en el siguiente sentido:

“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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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).

En cualquier caso, y a mayor abundamiento, cabe analizar el motivo concreto de nulidad de pleno derecho (falta de trámite de audiencia) invocado por UNI2 en su escrito de interposición de recurso, sin prejuzgar la cuestión de fondo.

Con carácter general, respecto a la alegada falta de audiencia en el procedimiento que dio lugar a la citada Resolución, cumple señalar que tal falta, en todo caso, no equivaldría *per se* a la omisión total y absoluta del procedimiento que pretende la recurrente, tal y como se recoge en abundante jurisprudencia. Esto es, la falta de existencia del trámite de audiencia no tiene la trascendencia invalidante de una nulidad «*in radice*», pues no hay una absoluta ausencia de procedimiento, quedando reducido a un mero defecto formal, que únicamente producirá la nulidad si se hubiese producido indefensión de los interesados.

Esto es, el artículo 62.1.e) de la LRJPAC limita el alcance de la nulidad de pleno derecho, con la lógica consecuencia de aplicar la nulidad en aquellos supuestos en que esa ausencia procedimental sea plena, de tal modo que en los casos en que el acto incumpla determinadas formalidades legales sólo podría entrañar un defecto de forma determinante de su anulabilidad si, conforme al artículo 63.2 de la LRJPAC, ello le impidiese alcanzar el fin pretendido o causare indefensión al interesado.

Pues bien, analizado el procedimiento administrativo del que trae causa la Resolución impugnada, ha de concluirse que tales situaciones de hecho obviamente no concurren, por cuanto, de un lado, el acto impugnado obtuvo la efectividad pretendida por la CMT, y de otro, ninguna indefensión se causó a UNI2. En concreto, ha de significarse que, mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 21 de febrero de 2003 se cumplimentó el citado trámite de audiencia poniendo de manifiesto a los interesados el expediente y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

estableciendo un plazo de quince días para que estos puedan alegar cuanto estimen conveniente. Tal trámite de audiencia fue notificado a UNI2 con fecha 25 de febrero de 2003 y con fecha 14 de marzo tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el escrito de alegaciones presentado por UNI2.

En cuanto a la falta de audiencia respecto de los precios de interconexión por capacidad (modalidad combinada y voz+Internet y desbordamiento de llamadas) ha de significarse que en los apartados II.7.3, II.7.6 y II.32 del informe puesto a disposición de los interesados en el trámite de audiencia ya se incluían diversas consideraciones respecto a la cuantificación de los precios de interconexión de los servicios afectados. Y, por su parte, han sido diversos los operadores que han efectuado las alegaciones que han estimado oportunas al respecto. En especial, conviene significar los siguientes escritos de alegaciones presentados por:

- (i) Jazz Telecom. (documento 41) expresando su opinión respecto al valor que debería tener el factor a aplicar a la llamada desbordada
- (ii) Auna Telecomunicaciones (documento 43) proponiendo metodologías de cálculo de precios, desarrollando sus posiciones y valorando las condiciones económicas de la OIR 2001
- (iii) Euskaltel (documento 49) realizando una propuesta de precios por llamada desbordada sobre el haz de tiempo bajo el modelo de interconexión por capacidad

Y, muy especialmente, resulta revelador el propio escrito de alegaciones presentado por la entidad recurrente, UNI2, (documento 44) presentando perfiles de sus ofertas minoristas – tal y como reitera ahora en el escrito de interposición -, desarrollando sus consideraciones respecto a los distintos elementos que deben tenerse en cuenta en la fijación de los precios de interconexión por capacidad y, en concreto, especificando numéricamente los valores que, a su juicio, permitirían la continuidad y eficacia del modelo de interconexión por capacidad.

Por consiguiente, ha de concluirse que esta Comisión sí ofreció el trámite de audiencia cuya omisión se alega; de hecho, UNI2 tuvo la oportunidad de pronunciarse y así lo hizo. Cuestión distinta es que las condiciones económicas fijadas en la Resolución impugnada por parte de esta Comisión no sean coincidentes con las propuestas realizadas por UNI2. Sin embargo, UNI2 no puede ampararse en esta discrepancia cuantitativa para alegar que se le genera indefensión. Corresponde a esta Comisión la apreciación de todos los datos y propuestas presentadas por todos los interesados (incluida UNI2), así como el llegar a las conclusiones que estime ajustadas a legalidad, en los términos en los que lo ha llevado a cabo en el procedimiento del que trae causa la Resolución impugnada.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En definitiva, sin entrar en otro tipo de valoraciones de fondo que deberán ser objeto de la resolución del recurso de reposición interpuesto, no resulta patente que el procedimiento del que trajo causa la Resolución impugnada haya obviado el citado trámite de tal modo que su ausencia determine la nulidad de la Resolución impugnada que alega UNI2.

Por tanto, analizado el contenido de este motivo de suspensión, no se aprecia que el vicio determinante de la pretendida nulidad surja notoriamente y sin necesidad de que deba realizarse nada más que la comprobación del hecho para constatar su existencia. Y así debe concluirse, desde el momento en el que UNI2 parece olvidar otros elementos de juicio de importancia que sí deben tenerse en cuenta en el momento de realizar el análisis exigido en este momento, tal y como se han señalado.

QUINTO.- Sobre los alegados perjuicios de imposible reparación.

○ Cuestiones generales

Resulta obvio que el hipotético perjuicio de imposible reparación para el solicitante de la suspensión (UNI2, en el caso que nos ocupa) debe ser manifiesto y concreto, con el fin de lograr 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 causare al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido. Por ello, no resulta suficiente, en modo alguno, la alegación abstracta y genérica por parte de la recurrente del presunto perjuicio, tal y como sostiene UNI2 en su escrito de interposición del recurso.

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.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ha de estimarse que la decisión concreta cuya suspensión se solicita es la fijación, por parte de esta Comisión, de determinados precios de servicios bajo el modelo de interconexión por capacidad en su modalidad combinada así como el precio por desbordamiento de llamada bajo el mismo modelo de interconexión. Y, para sustentar tal petición, UNI2 alega daños a la competencia, daños comerciales y daños económicos sin razonar correcta o suficientemente su existencia, tal y como se indica a continuación.

○ Hipotéticos perjuicios anticompetitivos para UNI2

Señala expresamente UNI2 que la eficacia de la Resolución genera daños a la competencia tanto respecto de los productos de esta entidad a nivel minorista como a nivel mayorista.

Pues bien, sin prejuzgar el fondo del asunto y a los efectos que aquí interesan, analizando la fijación de los precios de interconexión por parte de esta Comisión que han sido impugnados por la recurrente, nada indica que sus importes sean anticompetitivos ni que se haya estrangulado el margen de competencia de UNI2. En efecto, para concluir que los referidos precios resultan anticompetitivos, UNI2 previamente efectúa una comparativa de los citados precios respecto de determinados productos comerciales que tiene en el mercado (minoristas y mayoristas). Sin embargo, este análisis de UNI2 resulta ser erróneo puesto que la anticompetitividad de los precios de interconexión fijados en la OIR de Telefónica debería de analizarse en un determinado contexto (por ejemplo, analizando las ofertas comerciales que los operadores podrán fijar a partir de los nuevos costes que han de asumir en comparación con las ofertas comerciales de sus competidores, especialmente Telefónica) y, en todo caso, no basándose en las únicas variables comerciales que ya tuviere creadas la propia UNI2.

La fijación de los precios mediante la Resolución de 10 de julio de 2003 fue realizada por esta Comisión en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas en virtud del artículo 28.1 de la LGTel y de los artículos 11 y 13 del Real Decreto 1651/1998. El objetivo último perseguido por esta Comisión en la fijación de los precios de interconexión de los servicios mayoristas es el de favorecer e incentivar la competencia efectiva y sostenible en el mercado de las telecomunicaciones. En consecuencia, y de acuerdo con los principios de transparencia, no discriminación y orientación a costes, esta Comisión ha fijado los precios de interconexión de Telefónica que garantizan la mencionada competencia efectiva y sostenible. Es decir, no se trata de fijar unos precios de interconexión demasiado bajos ni demasiado altos, puesto que ambos casos darían lugar a ineficiencias para el conjunto de agentes en el mercado ni tampoco se trata de analizar bajadas o subidas de precios condicionadas por los que se encuentren vigentes en cada momento. Esto es, el objetivo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

perseguido por esta Comisión en la fijación de unos precios de interconexión se realiza de acuerdo con las condiciones de competencia efectiva existente en el mercado y de conformidad con la metodología que legalmente resulta aplicable al respecto.

De acuerdo con lo anterior, a los efectos de la suspensión solicitada, esta Comisión no estima que existan razones objetivas por las que los precios de interconexión aprobados en la Resolución de 10 de julio de 2003 conlleven pérdidas en la capacidad competitiva de los operadores ya que esta simple afirmación realizada por UNI2 sin ser razonada suficientemente va en contra del objetivo de la CMT de facilitar y promover la competencia sostenible determinando unos precios en función del coste de prestación eficiente a largo plazo de su prestación.

Por otra parte, a tales efectos también ha de tenerse en cuenta que la propia filosofía del modelo de interconexión por capacidad indica que las mejoras de eficiencia productiva conseguida por los diferentes operadores de interconexión redundan directamente en un abaratamiento de sus costes. Sin embargo, no es competencia de esta Comisión la regulación de los precios finales de todos los operadores sino la regulación de los precios de interconexión de acuerdo a los mencionados principios de transparencia, no discriminación y orientación a costes de tal forma que se incentive la competencia eficiente y sostenible en el sector.

Finalmente, UNI2 concluye que los nuevos precios de interconexión fijados por la Resolución parcialmente impugnada se trasladarán necesariamente a los precios de los usuarios finales que le han contratado diversos productos de tarifa plana que ha ofertado.

Frente a tal manifestación cabe oponer que UNI2 no realiza ninguna actividad probatoria tendente a demostrar que la ejecución de la Resolución impugnada pueda tener los efectos perjudiciales que alega, sino que se basa en meras suposiciones relativas a los perjuicios que la Resolución impugnada generaría si no se accediera por parte de esta Comisión a suspender sus efectos. Asimismo, ha de señalarse que no existe obligación legal que imponga a UNI2 la modificación de sus tarifas a sus abonados en atención a los precios de interconexión fijados por la Resolución impugnada, sino que está plenamente liberalizada la determinación de la cuantía de los precios a usuarios finales por parte de todos los operadores, excepto Telefónica de España, S.A.U. Por ello, no existe certeza de que las consecuencias señaladas por UNI2 se vayan a producir y mucho menos existe certeza sobre su cuantificación, pues todo ello dependerá de las eficiencias productivas que en un futuro logre el operador.

○ Hipotéticos perjuicios comerciales para UNI2



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

UNI2 hace derivar del propio efecto anticompetitivo de los precios fijados por esta Comisión mediante la Resolución impugnada, daños comerciales o de prestigio profesional de difícil reparación. Por tanto, ha de concluirse que el descartar la existencia de los perjuicios a la competencia alegados por UNI2, conlleva implícita y necesariamente también descartar la existencia de los perjuicios comerciales que denuncia UNI2.

No obstante lo anterior, ha de significarse que las dos Resoluciones judiciales transcritas por UNI2 no fueron dictadas en supuestos similares al que es objeto del presente procedimiento, por tanto no corresponde extraer de las mismas ninguna conclusión que pueda trasladarse al supuesto que ahora se resuelve. Esto es, ambas resoluciones analizaban la suspensión de sendas resoluciones que habían acordado la paralización de la actividad comercial de los afectados y se razonaba el daño comercial que tal paralización generaba; y, por el contrario, la Resolución cuya suspensión se solicita en el presente procedimiento evidentemente no exige a UNI2 - ni a ningún otro operador - retirar ninguna oferta comercial que tenga en el mercado ni romper ninguna relación comercial que tenga establecida con terceros.

En definitiva, han de tenerse en cuenta únicamente los daños que directamente irrogaría la ejecución del acto recurrido, y ante ello, resulta evidente que la fijación de unos determinados precios de interconexión, para el modelo de interconexión por capacidad, no genera directamente una lesión directa al prestigio comercial de UNI2. Sostener lo contrario supondría la inamovilidad futura del importe concreto del precio de interconexión que se determinó mediante la Resolución de 9 de agosto de 2001 al implantar el modelo de interconexión por capacidad y ello no resulta aceptable. A mayor abundamiento, señalar que en la propia Resolución de 9 de agosto de 2001 de esta Comisión, esta Comisión indicó que la determinación de tales precios tenía carácter provisional (apartado III.10.2.2) en el siguiente sentido:

“Consecuentemente resulta preciso proceder a determinar con carácter provisional el precio de las unidades elementales de capacidad, a la espera de que los datos reflejados en la contabilidad de costes permita fijar dichos precios.”

○ Hipotéticos perjuicios económicos para UNI2

Descartados los daños a la competencia y los daños comerciales, únicamente quedaría analizar los posibles perjuicios económicos que, a juicio de UNI2, genera la Resolución recurrida. Sin embargo, partiendo de que la impugnación y la suspensión parciales de la Resolución se realizan respecto de determinados precios de interconexión que han sido fijados, tales perjuicios



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

económicos han de estar centrados únicamente en los hipotéticos mayores importes que UNI2 deberá pagar a Telefónica por los servicios de interconexión que le preste derivados de la nueva fijación de precios que ahora impugna la recurrente hasta la resolución del recurso de reposición interpuesto.

Pues bien, respecto a los actos de contenido económico, es criterio jurisprudencial consolidado 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).

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 exorbitante 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.

En el caso que nos ocupa,

a) respecto a la realidad de los perjuicios:

Ha de indicarse que, respecto a los perjuicios de imposible reparación que se generarían para UNI2 si no se accediera a la suspensión solicitada que corresponde evaluar en este momento, esta entidad no aporta datos concluyentes de la existencia o cuantía de los mismos ni determina motivada y razonablemente el perjuicio concreto de imposible perjuicio que la ejecución de la Resolución impugnada le irrogará. Todo ello, pese a que el criterio jurisprudencial que se reitera exige la concreción de los daños o 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).

b) respecto a la gravedad de los perjuicios:

Cabe resaltar que UNI2 no ha acreditado, ni siquiera a nivel indiciario suficiente que pueda llegar a atravesar graves riesgos o crisis de liquidez en su funcionamiento debido a los nuevos precios de interconexión fijados por esta Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La falta de motivación existente respecto a la cuantificación de los posibles perjuicios imposibilita evaluar su relación con el conjunto de la actividad económica de UNI2, cuya magnitud sí es conocida por esta Comisión a través de información remitida por la propia UNI2 sobre sus ingresos brutos y otras magnitudes económicas. Ello impide ponderar si el perjuicio, de existir, tendría una magnitud tal que pudiera llevar a considerarlo de “imposible o difícil reparación” tal y como exige el artículo 111 de la LRJPAC. No obstante, los datos disponibles llevan a considerar que la cuantía de las cantidades afectadas no tiene el impacto significativo sobre el conjunto de la actividad de UNI2 que se exige a los efectos que interesan en este momento.

c) respecto a la posibilidad de su reparación:

Debe entenderse que si, tal y como alega UNI2, no ofrecería especiales dificultades el pago de las diferencias de precios de interconexión por parte de los restantes operadores a Telefónica en el supuesto de que no hubiera una revocación de la Resolución impugnada habiéndose accedido a su suspensión, tampoco ofrecería especiales dificultades el pago de las diferencias de precios de interconexión por parte de Telefónica a UNI2 en el supuesto de que hubiera una revocación de la Resolución impugnada no habiéndose accedido a su suspensión.

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 LRJPAC 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. A tal conclusión ha de llegarse necesariamente, máxime teniendo en cuenta las numerosas resoluciones judiciales en las que se indica que el perjuicio *“debe entenderse en el sentido de daño o perjuicio, en situación en suma, impeditivo o gravemente obstaculizante del disfrute de ese derecho fundamental; o lo que igual, impeditivo o gravemente obstaculizante del efecto útil de una hipotética sentencia estimatoria de las pretensiones del recurrente.”*(ATS 26-1-1998 y 26-11-1998).

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

La conclusión anteriormente alcanzada, esto es, que no concurre ninguna de las dos circunstancias exigidas por el artículo 111 de la LRJPAC (causa de nulidad de pleno derecho y existencia de perjuicios de imposible o difícil reparación) conlleva *per se* que esta Comisión deniegue la suspensión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

solicitada por UNI2, 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 UNI2, 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.

Y ello es así pese a que UNI2 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.

SÉPTIMO.- Sobre los perjuicios irreparables a terceros.

UNI2 manifiesta que si se procediera a suspender la Resolución impugnada el único daño que se podría irrogar a Telefónica sería de índole económica. No obstante, UNI2 parece tener como punto de partida la existencia de suspensión.

Al respecto, ha de precisarse que no cabe sino rechazar la filosofía el planteamiento realizado por UNI2 e invocar aquí la abundante jurisprudencia existente que rechaza la generalidad de la suspensión de los actos administrativos restringiéndola a supuestos muy concretos. Así, por todas baste extractar el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1989 (RJ 1989\4509) en los siguientes términos:

“El principio de ejecutividad de los actos de la Administración, aunque contra ellos se interponga recurso, sólo quiebra en supuestos concretos como el recogido en el art.122 de la [LJCA], es decir, cuando la ejecución hubiese de originar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, precepto que por su excepcionalidad haya que interpretar restrictivamente como ha venido reiterando este Tribunal – por ejemplo Autos de 17 y 23 de junio de 1987-; correspondiendo a quien pretenda hacer aplicable la excepción la carga de demostrar que se cumplen sus requisitos..”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por todo lo anterior, no procede acceder a la solicitud de suspensión planteada por UN12 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 10 de julio de 2003 sobre la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U.

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, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, 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 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las 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 del 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 PRESIDENTE

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real