



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JAIME VELAZQUEZ 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 3 de junio de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DENIEGA LA SUSPENSIÓN SOLICITADA POR LA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y BT ESPAÑA COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES, S.A. EN RELACIÓN CON LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE ESTA COMISIÓN DE FECHA 31 DE MARZO DE 2004 RELATIVA A LA MODIFICACION DE LA OFERTA DE INTERCONEXION DE REFERENCIA DE TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN CUANTO A LA RETRIBUCION ASOCIADA A TERMINALES DE USO PUBLICO EN LLAMADAS GRATUITAS PARA EL LLAMANTE (MTZ 2003/1574).

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso potestativo de reposición interpuesto por la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL) y BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. (en adelante, BT) contra la citada Resolución de esta Comisión de 31 de marzo de 2004, por la que se modifica la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U. en cuanto a la retribución asociada a terminales de uso publico en llamadas gratuitas para el llamante, el Consejo de esta Comisión ha adoptado, en su sesión núm. 21/04 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 3 de junio de 2004, recaída en los expedientes AJ 2004/789 y AJ 2004/822.

HECHOS

PRIMERO. Con fecha 31 de marzo de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó un Acuerdo en virtud del cual se modificó la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) en cuanto a la retribución asociada a terminales de uso público en llamadas gratuitas para el llamante.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De acuerdo con el resuelve Primero de su parte dispositiva, la nueva Oferta de Interconexión de Referencia (en adelante OIR), aprobada a través de dicha Resolución, entrará en vigor al día siguiente a la publicación de su parte dispositiva en el Boletín Oficial del Estado. Esta publicación se produjo con fecha 13 de abril 2004, en el Boletín Oficial del Estado número 89.

La citada Resolución fue notificada a ASTEL y a BT con fecha 6 de abril de 2004.

SEGUNDO. Mediante escrito de fecha 5 de mayo de 2004, con entrada en el Registro de esta Comisión el mismo día, la representación legal de ASTEL interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución antes referida.

La entidad solicitante mostró su disconformidad con la Resolución impugnada alegando la anulabilidad de la misma, conforme determina el artículo 63 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 considerarla no ajustada a derecho.

De igual forma, en el recurso se solicitó la suspensión de la ejecución de la Resolución impugnada en virtud de lo dispuesto en el artículo 111.2 de la LRJPAC pues, a entender del recurrente, la ejecución de dicha Resolución podría causar perjuicios de imposible o difícil reparación para los operadores afectados por la misma.

TERCERO. Mediante escrito de fecha 6 de mayo de 2004, con entrada en el Registro de esta Comisión el mismo día, la representación legal de BT interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución de 31 de marzo de 2004 antes referida.

Al igual que ASTEL, la entidad solicitante mostró su disconformidad con la Resolución impugnada alegando la anulabilidad de la misma, conforme determina el artículo 63 de la LRJPAC.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 111 de la LRJPAC, BT solicitó la suspensión de la citada Resolución, alegando que su ejecución le provocaría perjuicios de difícil o imposible reparación.

CUARTO. Mediante escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 10 y 13 de mayo de 2004, se cumplió el trámite de información a los interesados previsto en el artículo 42.4 de la LRJPAC. Asimismo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la LRJPAC, mediante escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 10 y 13 de mayo de 2004, se dio traslado a las entidades interesadas de los recursos de reposición interpuestos por las entidades ASTEL y BT para que alegaran lo que estimasen conveniente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

QUINTO. Con fecha 25 de mayo de 2004, TESAU, dentro de la tramitación del expediente AJ 2004/789, en el plazo establecido para realizar alegaciones, manifestó que ASTEL no ha aportado, en ningún momento, motivos ni argumentos suficientes que justifiquen y permitan la suspensión de la ejecución de la Resolución recurrida.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

Primero.- Acumulación de procedimientos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la LRJPAC, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ha dispuesto la acumulación de los recursos interpuestos por las entidades ASTEL y BT tramitados bajo los números de expediente AJ 2004/789 y AJ 2004/822 respectivamente. El citado acuerdo se dicta habida cuenta la íntima conexión existente entre los dos procedimientos.

Segundo. Admisión a trámite.

En los escritos presentados por la representación legal de ASTEL y BT, mediante los que se interponen recursos potestativos de reposición contra la Resolución de esta Comisión de fecha 31 de marzo de 2004 ya referida, se viene a solicitar la suspensión de la ejecución de la misma, 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 los recursos de reposición presentados por ASTEL y BT, en los que se solicita la suspensión del acto impugnado, se interponen contra una Resolución de esta Comisión, que resulta susceptible de los mismos 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 las solicitudes de suspensión planteadas junto con los recursos.

Tercero. 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

quien competa resolver el recurso. En consecuencia, el Consejo de esta Comisión resulta competente para resolver las solicitudes de suspensión de la Resolución recurrida tanto de ASTEL como de BT.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

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

Conforme a lo expuesto en los Antecedentes de Hecho, ASTEL y BT solicitan expresamente la suspensión 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 competa 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.

Por consiguiente, en aplicación del artículo citado, para determinar si procede o no acceder a la suspensión solicitada por los recurrentes, esta Comisión ha de analizar, en primer lugar, si concurre alguna de las circunstancias señaladas con las letras a) o 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, ha de señalarse que, en este supuesto concreto, los recurrentes han alegado, en ambos casos, los perjuicios de imposible o difícil reparación que la ejecución de la Resolución impugnada les provocaría.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo. Sobre los alegados perjuicios de imposible o difícil reparación como consecuencia de la ejecución de la Resolución recurrida.

- Cuestiones generales.

Como punto de partida, se debe rechazar la generalidad de la suspensión de la ejecución de los actos administrativos, restringiéndola a supuestos muy concretos. En relación con este aspecto, existe abundante jurisprudencia que así lo considera, 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.”

En efecto, la imposible o difícil reparación de los daños o perjuicios ocasionados como consecuencia de la ejecución del acto que se recurre, es un requisito previo determinante de la suspensión, que constituye un concepto jurídico indeterminado que debe valorarse atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Ahora bien, para que pueda apreciarse su existencia, y de conformidad con numerosa jurisprudencia consolidada, los perjuicios alegados deben ser manifiestos, concretos y susceptibles de valoración por el órgano concreto. Por ello, no resulta suficiente, en modo alguno, la alegación abstracta y genérica del presunto perjuicio, sino que dicho perjuicio debe estar suficientemente acreditado, correspondiendo a los solicitantes de la suspensión demostrar que se cumplen los requisitos.

En este sentido, procede traer 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

En tal sentido, ha de estimarse que la decisión concreta cuya suspensión se solicita es la aplicación de la modificación de la OIR de TESAU a través de la cual se establece la retribución de los terminales de uso público en llamadas gratuitas para el llamante.

Partiendo de esa base, los recurrentes aseguran que la ejecución de la Resolución referida supondrá importantes perjuicios económicos para los operadores afectados, y de ahí la necesidad de que sea suspendida.

- Hipotético perjuicio económico para los operadores afectados.

En primer lugar, ASTEL, en sus alegaciones, considera que la ejecución de la Resolución recurrida, sin las rectificaciones para solucionar los problemas por ella denunciados, provocaría perjuicios de imposible reparación para los operadores afectados por la misma, ya que *“se verían obligados a retribuir en exceso el uso de los terminales de TESAU en dominio público”*. Por tanto, las alegaciones aportadas por ASTEL son alegaciones abstractas y genéricas de un presunto perjuicio.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que la decisión concreta cuya suspensión se solicita es, básicamente, la fijación, por parte de esta Comisión, de la compensación que ha de entregarse en interconexión por las llamadas gratuitas para el llamante realizadas desde terminales de uso público. Por tanto, los hipotéticos perjuicios se centran en los importes que los operadores interconectados deberán pagar.

Por otro lado, respecto a esta petición de suspensión solicitada por ASTEL, TESAU ha manifestado, en el plazo establecido para realizar alegaciones, que la recurrente no ha aportado en ningún momento motivos ni argumentos suficientes que justifiquen ni permitan suspender la Resolución recurrida.

En segundo lugar, una vez analizada la solicitud de suspensión de ASTEL, esta Comisión pasa a considerar la solicitud del otro recurrente, esto es, BT.

En el mismo sentido, BT ha invocado hipotéticos perjuicios económicos de imposible o difícil reparación a través de alegaciones generales y carentes de argumento. En efecto, el recurrente alega que si se ejecuta la Resolución recurrida va a tener que hacer frente a mayores costes por el suministro de los servicios de inteligencia de red contratados, sin que los actuales contratos firmados con sus clientes recojan de manera automática la posibilidad de subir los precios. Así, considera que intentar repercutir los mayores costes que implica la Resolución supondría la pérdida de numerosos clientes, y con ello, graves daños y perjuicios que serán aún mayores, según BT, por el hecho de que la cifra de compensación aprobada es desproporcionada.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ante estas alegaciones, esta Comisión señala que el derecho a compensación ya estaba reconocido con anterioridad a la aprobación de la Resolución que se recurre¹. Tal y como ha quedado establecido, la compensación ha de entregarse al propietario del terminal de uso público, con independencia de cual sea el operador que tenga asignada la numeración gratuita para el llamante, con lo que en ningún momento puede hablarse de posición de ventaja de un operador frente a otro ni, por tanto, de perjuicios de imposible reparación de unos a consecuencia de la actuación de otros.

A la luz de lo anterior, concretando en los supuestos que nos ocupan, en ninguno de los dos recursos se aportan datos concluyentes ni se incluyen razonamientos patentes y probados, aún a nivel indiciario, sobre el carácter irreparable de los hipotéticos perjuicios irrogados, cuya existencia no queda, por tanto, debidamente justificada, ni podría deducirse de la Resolución recurrida. Así, en estos hipotéticos perjuicios económicos, no se proporciona información detallada que justifique el alcance o repercusión de dichos perjuicios y que permita, por tanto, considerarlos como de imposible reparación.

En definitiva, y a los efectos que ahora interesan, no resulta suficiente, en modo alguno, las alegaciones abstractas y genéricas que se esgrimen en los escritos sobre el presunto perjuicio que produciría a las recurrentes la ejecución de la Resolución impugnada, 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.

Junto con esta carencia de prueba sobre la reparabilidad de los hipotéticos perjuicios, se debe considerar que, en ambos recursos, las alegaciones para obtener la suspensión de la ejecución de la Resolución desembocan en hipotéticos perjuicios económicos.

Pues bien, respecto a los actos de contenido económico, es criterio jurisprudencial consolidado el siguiente:

“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 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

¹ A estos efectos, se ha de tener en cuenta la Resolución de esta Comisión de 22 de diciembre de 1998 donde se reconoce el derecho de compensación; la Resolución de esta Comisión de 28 de octubre de 1999 donde se establecen pautas para el ejercicio de este derecho; la Resolución de esta Comisión de 25 de octubre de 2001 en la que se consolidan los principios aplicables al mecanismo de compensación y la Resolución de esta Comisión de 5 de junio de 2003 en la que se propone ya un sistema concreto de compensación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

Por consiguiente, tanto por el claro cariz económico de los perjuicios esgrimidos como por la vaguedad y falta de concreción de los argumentos traídos a colación, se puede concluir que no concurre en ninguna de las alegaciones realizadas por ASTEL o por BT, la circunstancia establecida en el apartado a) del artículo 111.2 de la LRJPAC para que se pueda acceder a las peticiones de suspensión del acto realizadas por las recurrentes.

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

La anterior conclusión conlleva *per se* que esta Comisión deniegue la suspensión solicitada por ASTEL.

Sin perjuicio de que no concorra la circunstancia exigida por el artículo 111.2.a) de la LRJPAC, esto es, la existencia de perjuicios de imposible o difícil reparación, cabe manifestar que concurre un interés público preponderante en la ejecutividad de la Resolución impugnada, debido, entre otras causas, a que obedece a la adopción de medidas de interés público en el marco de la OIR para garantizar la retribución asociada a terminales de uso público en llamadas gratuitas para el llamante, que afectan a una pluralidad de interesados en el marco de la interconexión. Se ha de concluir que el interés público es, en principio, superior al particular que hipotéticamente tendrían los recurrentes en la suspensión. Y esto es así pese a que tanto ASTEL como BT obvien el interés general correspondiente al principio de ejecutividad de las resoluciones administrativas, interés general que, sin embargo, ampara la Resolución cuya suspensión es solicitada en los términos reseñados.

A mayor abundamiento, resulta del todo conocida la relevancia que tiene la Resolución recurrida en la que no sólo están en juego factores de orden público regulatorio, sino de orden privado correspondientes a todos y cada uno de los numerosos agentes que se ven implicados en la compleja cadena de valor referenciada en estos procedimientos acumulados. Por ello, resulta claro el alto interés público que tiene la Resolución ahora impugnada, lo que implica que la suspensión de su eficacia provocaría graves perjuicios al interés público.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

ÚNICO. Denegar la suspensión de la ejecución de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 31 de marzo de 2004 relativa a la modificación de la oferta de interconexión de referencia de Telefónica de España, S.A.U. en cuanto a la retribución asociada a terminales de uso público en llamadas gratuitas para el llamante solicitada por ASTEL y BT.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la LRJPAC, 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 LRJPAC, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Carlos Bustelo García del Real

Jaime Velázquez Vioque