



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 nº 15/04 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 29 de abril 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, EN RELACIÓN CON LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE ESTA COMISIÓN DE FECHA 26 DE FEBRERO DE 2004 RELATIVA A LA APLICACIÓN DE LA MIGRACION AL NUEVO MODELO DE GESTION DE PAGOS E IMPAGOS PARA EL TRAFICO DE RED INTELIGENTE DE TARIFICACION ADICIONAL EN EL MARCO DE LA OFERTA DE INTERCONEXION DE REFERENCIA DE TELEFONICA DE ESPAÑA., S.A.U.

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) contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 26 de febrero de 2004 relativa a la aplicación de la migración al nuevo modelo de gestión de pagos e impagos para el tráfico de red inteligente de tarificación adicional en el marco de la oferta de interconexión de referencia de Telefónica de España, S.A.U., el Consejo de esta Comisión ha adoptado, en su sesión núm. 15/04 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 29 de abril de 2004, recaída en el expediente AJ 2004/568.

HECHOS

PRIMERO. Con fecha 26 de febrero de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó una resolución relativa a la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aplicación de la migración al nuevo modelo de gestión de pagos e impagos para el tráfico de red inteligente de tarificación adicional en el marco de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante TESAU).

La citada Resolución fue notificada a ASTEL el día 1 de marzo de 2004.

SEGUNDO. Mediante escrito de fecha 23 de marzo 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.

Asimismo, a través de dicho escrito, ASTEL viene a solicitar la suspensión de la citada Resolución alegando que su ejecución provocaría perjuicios de difícil o imposible reparación para los operadores afectados por la misma.

TERCERO. A través de escritos notificados con fecha 14 de abril de 2004, 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 (en adelante, LRJPAC). De igual manera, a través de escrito notificado con fecha 20 de abril de 2004, se comunicó a QUALITY TELECOM, S.A. su condición de interesado en el procedimiento.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Admisión a trámite.

En el escrito presentado por la representación legal de ASTEL mediante el que se interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución de esta Comisión de fecha 26 de febrero de 2004 ya referida, se viene a solicitar la suspensión de la ejecución de esta Resolución, 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 ASTEL, 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 ASTEL.

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

Conforme a lo expuesto en los antecedentes de hecho, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2 de la LRJPAC, ASTEL solicita 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 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, cabe señalar que ASTEL ha invocado en su escrito que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación. En efecto, la recurrente aduce los siguientes perjuicios:

- Desventaja comercial, lo que conllevaría una pérdida de clientes de imposible reparación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Pérdida de los ingresos derivados de los rendimientos de las cantidades de las que son acreedores por los 35 días en los cuales dichos ingresos se hayan retenidos por TESAU.

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 concurren los perjuicios de imposible reparación que alega la recurrente. Y, en el caso de que se compruebe la concurrencia de los mismos, debería analizar, en segundo lugar, si ha de 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.

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

CUARTO. Sobre los alegados perjuicios de imposible o difícil reparación.

- 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 por parte de la recurrente del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

presunto perjuicio, sino que dicho perjuicio debe estar suficientemente acreditado.

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 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 tal sentido, ha de estimarse que la decisión concreta cuya suspensión se solicita es la aplicación de ciertos aspectos de la migración al nuevo modelo de gestión de pagos e impagos para el tráfico de red inteligente de tarificación adicional en el marco de la Oferta de Interconexión de Referencia (en adelante, OIR) de TESAÚ, concretamente, aspectos sobre la herramienta para la gestión de pagos e impagos y sobre el momento de pago por TESAÚ de las cantidades a los operadores de red. Para sustentar tal petición, ASTEL alega un perjuicio de imposible reparación provocado por desventaja comercial, y por una pérdida de rendimientos de las cantidades de las que son acreedores por los 35 días en los cuales dichos ingresos se hayan retenidos por TESAÚ.

- Hipotético perjuicio comercial para los operadores afectados.

Señala expresamente ASTEL que la ejecución de la Resolución recurrida en los términos aprobados, provocaría desventaja comercial para los operadores de servicio de tarificación adicional que conllevaría una pérdida de clientes de imposible reparación.

En efecto, la recurrente afirma que la herramienta de TESAÚ de gestión de pagos e impagos para el tráfico de red inteligente de tarificación adicional pone los datos a disposición de los operadores de servicio de tarificación adicional, pero que al no poder éstos exportar los datos, no pueden prestar a sus proveedores de servicio de tarificación adicional el mismo servicio de información que sí ofrece TESAÚ a los suyos.

Continúa ASTEL afirmando que *“[E]s evidente que cuando está en juego el pago de los servicios a los prestadores en función del cobro efectivo, los proveedores de STA exigirán a los operadores la máxima información al respecto del estado de cobro de cada una de las llamadas máxime cuando*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU facilita esta información a sus clientes proveedores de STA. Esta limitación, impuesta por la ausencia de extracción de datos en la herramienta, genera una importante desventaja competitiva para los demás operadores, en beneficio claro y directo de TESAU que puede incluir en su oferta comercial dicha posibilidad”.

Pues bien, sin prejuzgar el fondo del asunto y a los efectos que aquí interesan, analizando la herramienta de gestión de pagos e impagos, nada indica que la misma provoque desventajas comerciales de imposible reparación a los operadores interesados. En efecto, en ningún momento la recurrente establece las desventajas comerciales de imposible reparación a través de un método taxativo, ni siquiera de un principio de prueba, que permita concluir el perjuicio causado a estos operadores por la estructura y forma de exportar los datos de la herramienta.

Al contrario, la recurrente basa la desventaja competitiva en meras afirmaciones generales, sin que en ningún momento se valore de una forma detallada el alcance o repercusión de dichos perjuicios que permita considerarlos como de imposible reparación. En tal sentido, ASTEL simplemente considera “evidente”, sin aportar otra información que valide sus afirmaciones, que la aplicación de la Resolución del plan de migración le va a suponer perjuicios de imposible reparación al perder clientes que será imposible recuperar.

Por consiguiente, esta Comisión considera que a través del recurso de reposición interpuesto no queda debidamente justificado el carácter irreparable de los hipotéticos perjuicios irrogados, ya que no se aportan datos concluyentes ni se determinan motivada y razonablemente los perjuicios en cuestión.

- Hipotético perjuicio económico para los operadores afectados.

Descartados los hipotéticos daños comerciales, queda analizar los posibles perjuicios económicos que, a juicio de ASTEL, genera la Resolución recurrida. En este sentido, ASTEL alega, como ya se ha puesto de manifiesto, una pérdida de rendimientos de las cantidades de las que son acreedores por los 35 días en los cuales dichos ingresos se hayan retenidos por TESAU.

Con respecto a este punto, ASTEL basa los perjuicios de imposible reparación en la mera consideración de que las cantidades a facturar a TESAU por los operadores interesados son indebidamente retenidas por ésta. Esto es, y con independencia del análisis detallado de las alegaciones de fondo contenidas en el recurso, al igual que en el perjuicio comercial que la recurrente alegaba, tampoco en este hipotético perjuicio económico proporciona ASTEL



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

información detallada que justifique el alcance o repercusión de dichos perjuicios y que permita, por tanto, considerarlos como de imposible reparación. Al contrario, se limita a afirmar que este perjuicio es “evidente”, tal y como se refleja en este extracto de las alegaciones de la recurrente:

“Recordar por último que es evidente que las cantidades de las que se está hablando no son baladíes, y que los rendimientos generados por ellas durante 35 días son muy elevados.”

Por otro lado, y al margen de los argumentos generalistas y sin fundamento que alega ASTEL, esta Comisión considera, tal y como estableció en la Resolución recurrida, que el hecho de que tras el cobro de una factura a usuarios finales TESAU espere 35 días para entender esa factura como pagada, no se ha de tomar como un enriquecimiento ilícito por parte de esta entidad, sino como el seguimiento del procedimiento de gestión de pagos e impagos recogido en la OIR.

Asimismo, no se debe olvidar que esta causa de suspensión de la Resolución se refiere a una pérdida de rendimiento monetario, esto es, a un acto con contenido económico. A este respecto, es criterio jurisprudencial consolidado que las cuantías económicas no producen perjuicios de imposible reparación, ya que, por su propia naturaleza, son compensables:

“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)

De todo lo anterior, se deduce que no concurre en ninguna de las alegaciones realizadas por ASTEL, 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 la recurrente.

QUINTO. 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 migración al nuevo modelo de gestión de pagos e impagos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

para el tráfico de red inteligente de tarificación adicional, 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 tendría el recurrente en la suspensión. Y esto es así pese a que ASTEL obvie 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.

SEXTO. Sobre los perjuicios irreparables a terceros.

De igual forma, esta Comisión debe ponderar el perjuicio que causaría a terceros la suspensión de la Resolución con el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido.

A este respecto, no cabe olvidar los posibles perjuicios que se podría causar a TESAU al suspender la ejecución de la Resolución de 26 de febrero de 2004 recurrida. En esa Resolución ya se constató que TESAU estaba aplicando el nuevo modelo de gestión de pagos e impagos a sus proveedores de servicios de tarificación adicional desde julio de 2003. Por ello, de no comenzar el resto de operadores de servicios de red inteligente de tarificación adicional la migración al nuevo modelo de gestión de pagos e impagos de conformidad con lo establecido en la Resolución de 26 de febrero de 2004, TESAU se encontraría en desventaja competitiva frente a ellos.

En consecuencia de todo lo expuesto, no procede acceder a la solicitud de suspensión planteada por ASTEL en el recurso de reposición que trae causa.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO. Denegar la suspensión de la ejecución de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 26 de febrero de 2004, relativa a la aplicación de la migración al nuevo modelo de gestión de pagos e impagos para el tráfico de red inteligente de tarificación adicional en el marco de la oferta de interconexión de referencia de TESAU 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma 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.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real