



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 11 de marzo de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DENIEGA LA PETICIÓN DE SUSPENSIÓN SOLICITADA POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 18 DE DICIEMBRE DE 2003 POR LA QUE SE FIJAN LOS PRECIOS DE INTERCONEXIÓN DE TERMINACIÓN EN LA RED DE VODAFONE ESPAÑA, S.A. (MTZ 2003/1357).

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso potestativo de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de fecha 18 de diciembre de 2003 sobre la fijación de los precios de interconexión de terminación en la red del citado operador móvil (MTZ 2003/1357), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de marzo de 2004, recaída en el expediente AJ 2004/102.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 18 de diciembre de 2003, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó la Resolución por la que se fijaban los precios de interconexión de terminación en la red de la empresa Vodafone España, S.A. (MTZ 2003/1357).

SEGUNDO.- Con fecha 5 de febrero de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado el 29 de enero de 2004 por el representante de Telefónica de España, S.A.U., en virtud del cual interpone recurso de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

reposición contra la Resolución de fecha 18 de diciembre de 2003 a la que se refiere el antecedente anterior.

La entidad solicitante muestra su disconformidad con la Resolución impugnada alegando la nulidad de pleno de derecho de la misma por incurrir en las causas previstas en el artículo 62.1 a) y e) de la Ley 30/92, así como por causar perjuicios a los usuarios de telefonía fija.

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta que el nuevo sistema de precios se aplicará a partir del 1 de febrero del presente año, la entidad recurrente solicita en un otrosí digo que se acuerde la suspensión de la ejecutividad de la referida Resolución impugnada hasta la resolución del citado recurso de reposición.

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 Telefónica de España, S.A.U., por el que se interpone recurso de reposición contra la Resolución de esta Comisión por la que se fijan los precios de interconexión de terminación en la red del citado operador móvil de fecha 18 de diciembre de 2003, se viene a solicitar en un otrosí digo la suspensión de la ejecutividad de la resolución impugnada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).

Dicho artículo 111 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 Telefónica de España, S.A.U., en el que se solicita la suspensión del acto administrativo 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Competencia para resolver.

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el citado recurso de reposición y, por tanto, la petición de suspensión en él contenido, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

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

Conforme a lo expuesto en los antecedentes de hecho, mediante otrosí digo, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2 de la LRJPAC, Telefónica de España, S.A.U. solicita expresamente la suspensión de la ejecutividad 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:

- 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. 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 el 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 Telefónica de España, S.A.U. ha invocado, por un lado, la nulidad de pleno de derecho de la Resolución recurrida por concurrir las causas de nulidad previstas en los apartados a) y e) del artículo 62.1 de la LRJPAC y, por otro, el grave perjuicio que se causaría a los operadores de redes fijas y a usuarios de telefonía fija.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

Segundo.- Sobre las causas alegadas para impugnar la Resolución de 18 de diciembre de 2003.

La recurrente solicita la suspensión de la Resolución recurrida teniendo en cuenta no sólo la pronta fecha de entrada del nuevo sistema para determinación de precios de fijo a móvil fijado en la misma (1 de febrero de 2004), sino también las causas de nulidad en las que se basa su impugnación y el perjuicio que supuestamente se causaría a los operadores de redes fijas y usuarios de telefonía fija por la ejecutividad de la Resolución.

En concreto, y con base en el artículo 62.1.a) de la LRJPAC, la recurrente considera que la Resolución recurrida adolece de nulidad de pleno derecho por infringir el artículo 24 de la Constitución Española. Dicha vulneración se ha producido al declararse por esta Comisión la confidencialidad de los anexos presentados por el citado operador móvil, impidiendo con ello el ejercicio legítimo de su derecho de defensa al no obtener la información necesaria para formular eficazmente sus alegaciones. Asimismo, considera nula de pleno derecho la Resolución impugnada por haberse dictado prescindiendo totalmente del procedimiento legalmente establecido (artículo 62.1.e) de la LRJPAC), al no haberse motivado debidamente la declaración de confidencialidad de aquéllos documentos del operador móvil.

Conforme 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, para apreciar si el pretendido vicio determinante de la nulidad resulta patente y notorio.

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.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Además, en el momento de analizar la causa de nulidad alegada por la recurrente debe tenerse en cuenta el criterio de interpretación restrictiva, para la apreciación de dicha causa, establecido por la jurisprudencia. 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 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”

Pues bien, sin pretender un análisis detenido de la legalidad, reservado al procedimiento principal de resolución del recurso, al analizar el contenido de este motivo de nulidad, resulta que la presunta vulneración de preceptos constitucionales y de procedimiento alegados de contrario no se deduce a primera vista, ni de manera evidente, sin requerir un examen detenido de las circunstancias concurrentes y de la normativa sectorial de aplicación, en relación con la protección del secreto comercial e industrial. Por el contrario, 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.

Además, cabe señalar que la entidad recurrente durante la tramitación del expediente del que trae su causa el presente recurso nada alegó a este respecto sobre la ahora cuestionada confidencialidad, a diferencia de la entidad UNI2 Telecomunicaciones, por lo que carece de valor alguno la supuesta indefensión que se pretende hacer valer ahora en vía de recurso para acordar la suspensión. Por otra parte, y en cuanto a la falta de motivación en la declaración de confidencialidad, tan solo cabe recodar a la recurrente que, precisamente, en contestación a la única empresa que cuestionó la confidencialidad de tales datos, la Resolución impugnada argumentó ampliamente y de forma clara los motivos por lo que considera dicho carácter confidencial (páginas 38 y 39). Como conclusión cabe señalar que, en cualquier caso, tales motivos de impugnación carecen de eficacia alguna para



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sustentar la pretendida suspensión de la Resolución, si bien las cuestiones que ahora plantean serán resueltas en la resolución que se dicte para el recurso principal.

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.

Tercero.- Sobre los perjuicios ocasionados por la Resolución de 18 de diciembre de 2003.

Con carácter previo, cabe señalar que el recurso presentado no está fundamentado en la existencia de perjuicios de imposible o difícil reparación, tal y como exige el artículo 111 de la LRJPAC. La recurrente se limita a sostener genéricamente los “*perjuicios a terceros*” que se generarían por la aplicación de la Resolución recurrida, es decir, sin invocar un perjuicio propio y sin determinación alguna del perjuicio concreto que la ejecución le pudiera irrogar.

Resulta necesario que el hipotético perjuicio sea 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):

"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 el presente caso, Telefónica de España, S.A.U. se limita a alegar que con la determinación de los precios de terminación se ven perjudicados los derechos e intereses legítimos de terceros. Así, por un lado, a los abonados del servicio telefónico “*por continuas y reiteradas modificaciones en los precios, que además constituirán una posible discriminación frente a los abonados de telefonía móvil provocando una posible pérdida de tráfico ante el desconcierto que genera la movilidad continua de precios*”. Por otro lado, a los operadores de redes fijas que, como dice la propia recurrente, “*podrían tener un perjuicio*”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en relación con su imagen respecto a sus clientes que tendrán que comunicar y cobrar tales precios de terminación, así como comunicarles las modificaciones de precios que pueden ser al alza o a la baja.

De esta manera no se aportan datos concluyentes ni se incluyen en su recurso razonamientos patentes y probados del perjuicio concreto que se alega, 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.

Por otra parte, cabe señalar que no se invocan perjuicios propios que pudieran ocasionarse a la entidad recurrente de no acordarse la pretendida suspensión de la Resolución recurrida, tal y como se exige en el artículo 111 de la LRJPAC. Su alegación se limita a exponer los supuestos perjuicios que se ocasionarían a clientes y operadores de redes fijas, por lo que no sólo se carece de legitimidad alguna para pedir tal suspensión en vía de recurso, sino que además debe destacarse que, para el caso de sus clientes, la Resolución recurrida supone una rebaja significativa en los precios finales que dista mucho de producirles perjuicio alguno. Por ello, resulta de interés poner de manifiesto que el recurso de reposición carece del mínimo argumento y motivación en orden a hacer valer el perjuicio que causaría a la recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido frente al perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión pretendida.

De todo lo anterior se desprende 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.

En todo caso, y a pesar de que no concurren 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), esta Comisión considera que debe prevalecer el interés en evitar el perjuicio que se ocasionaría al interés general de acordarse la suspensión de la Resolución, frente al supuesto perjuicio que se ocasionaría al interés particular de la empresa recurrente (única entre una larga lista de interesados que se ha pronunciado en este sentido). Ello es así, por cuanto que se trata de una Resolución por la que esta Comisión adopta unas medidas concretas para salvaguardar la política de precios y la comercialización de los servicios ofrecidos por los operadores dominantes, que afectan a una pluralidad de interesados en el mercado de la interconexión. En definitiva, existe un claro interés público en el cumplimiento de la Resolución recurrida, en la medida en que dicha intervención resulta necesaria para garantizar o salvaguardar la libre competencia en el mercado, y sin que pueda esta intervención venir condicionada por los intereses particulares de una empresa sino por los intereses generales de ese mercado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En atención a todo lo anterior, no procede acceder a la solicitud de suspensión planteada por Telefónica de España, S.A.U. en su recurso de reposición que trae causa, por lo que la Resolución sobre la fijación de los precios de terminación en la red del operador móvil Vodafone España, S.A., resulta plenamente eficaz desde su notificación a los interesados.

Por último, y respecto a la solicitud de suspensión de otro procedimiento distinto iniciado para la aprobación de los precios de interconexión de la entidad Vodafone España, S.A., tan solo cabe señalar a la recurrente que dicha petición carece de valor alguno y no ha de ser tenido en cuenta, pues la misma se ha realizado en el marco del presente expediente sin que los efectos de éste se puedan hacer extensivos a otros procedimientos iniciados o tramitados en esta Comisión. Además, de acuerdo con el artículo 111 de la LRJPAC, la petición suspensión solo afecta al acto impugnado, que en este caso es la Resolución de fecha 18 de diciembre de 2003, y no a los actos emitidos en el nuevo procedimiento que se ha iniciado a instancias de la entidad Vodafone España, S.A.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar la solicitud de suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 18 de diciembre de 2003, sobre la fijación de los precios de interconexión de terminación en la red de Vodafone España, S.A. (MTZ 2003/1357) incorporada al recurso potestativo de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la misma, siendo plenamente eficaz desde su notificación a los interesados.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Jaime Velázquez Vioque

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Carlos Bustelo García del Real