



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 num. 29/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 7 de septiembre de 2006, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DENIEGA LA PETICIÓN DE SUSPENSIÓN SOLICITADA POR LA ENTIDAD TELECABLE DE ASTURIAS S.A.U. EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 22 DE JUNIO DE 2006, CON RESPECTO AL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN ENTRE DETERMINADOS OPERADORES DE CABLE Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. RESPECTO A LOS PRECIOS DE INTERCONEXIÓN POR LOS SERVICIOS DE TERMINACIÓN OFRECIDOS POR LOS OPERADORES ALTERNATIVOS (MTZ 2003/1828).**

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso de reposición interpuesto por TELECABLE DE ASTURIAS S.A.U. (en adelante, TELECABLE) contra la Resolución de esta Comisión, de fecha 22 de junio de 2006, con respecto al conflicto de interconexión entre determinados operadores de cable y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) respecto a los precios de interconexión por los servicios de terminación ofrecidos por los operadores alternativos, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 29/2006 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 7 de septiembre de 2006, recaída en el expediente AJ 2006/1030.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### HECHOS

**PRIMERO.-** Con fecha 22 de junio de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución relativa al conflicto de interconexión entre determinados operadores de cable y TESAU respecto a los precios de interconexión por los servicios de terminación ofrecidos por los operadores alternativos (MTZ 2003/1828).

A través del Resuelve de la citada Resolución, esta Comisión decidió lo siguiente:

***“Primero.-** Hasta el 18 de marzo de 2006, los precios de terminación de llamadas originadas en la red de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y con destino en la red de CABLEEUROPA, S.A., EUSKALTEL, S.A., R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A., R CABLE Y TELECOMUNICACIONSE CORUÑA, S.A., y TELECABLE DE ASTURIAS, S.A.U., serán los correspondientes, por referencia, a la OIR vigente en el momento en que se plantearon los conflictos.*

*A partir del 18 de marzo de 2006, CABLEEUROPA, S.A., EUSKALTEL, S.A., R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A., R CABLE Y TELECOMUNICACIONES CORUÑA, S.A., y TELECABLE DE ASTURIAS, S.A.U. deberán negociar con TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. los precios razonables que resulten de aplicación por los servicios de interconexión de terminación en sus redes prestados hasta la presente Resolución. A falta de acuerdo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinará el precio razonable.*

***Segundo.-** Hasta la fecha de notificación de la presente Resolución a EUSKALTEL, S.A., los precios de interconexión de los servicios de acceso prestados por EUSKALTEL, S.A. a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. serán los correspondientes, por referencia a la OIR 2003, hasta la entrada en vigor de la OIR 2005, en cuyo caso, los precios de aplicación serán los aprobados en la Resolución de 23 de noviembre de 2005.*

*A partir de la fecha de notificación de la presente Resolución a EUSKALTEL, S.A., el precio de los servicios de acceso que EUSKALTEL, S.A. podrá exigir a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. será como máximo un 30% superior a los precios nominales de acceso por tiempo en el nivel local de la OIR 2005 de TESAU.*

***Tercero.-** De conformidad con lo dispuesto en los Acuerdos de Interconexión suscritos entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y CABLEEUROPA, S.A., EUSKALTEL, S.A., R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A., R CABLE Y TELECOMUNICACIONSE CORUÑA, S.A., y TELECABLE DE*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*ASTURIAS, S.A.U., las modificaciones en los precios recogidos en los mismos solicitadas por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. con las formalidades establecidas, tendrán efectos a partir de la fecha en que tales modificaciones fueron solicitadas a los operadores de cable.”*

**SEGUNDO.-** Con fecha 4 de agosto de 2005, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por el representante de TELECABLE, en virtud del cual interpone recurso de reposición contra la citada Resolución de fecha 22 de junio de 2006.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la Resolución impugnada solicitando la nulidad de pleno derecho de la misma, conforme determina el artículo 62.1ª e) (actos dictados prescindiendo 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) 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 la infracción de los artículos 54 y 89.1 de la citada ley en cuanto a los deberes de motivación y de congruencia, los cuales, según TELECABLE, no han sido cumplidos por la Resolución recurrida.

En concreto, la recurrente fundamenta su recurso en los siguientes aspectos:

- Nulidad de pleno derecho de la Resolución de 22 de junio de 2006, por la infracción de los siguientes artículos:
  - o Artículo 54 de la LRJPAC en cuanto al deber de motivación. La recurrente alega la inexistencia de motivación, considerando que la Resolución recurrida no expresa suficientemente las razones que sirven de fundamento a la decisión de esta Comisión, causando dicho defecto indefensión.
  - o Artículo 89.1 de la LRJPAC en cuanto al deber de congruencia de las resoluciones de la Administración. TELECABLE considera la Resolución recurrida incongruente al no existir pronunciamiento expreso en la misma sobre el modelo LRIC presentado por los operadores de cable.
- La recurrente alega, independientemente a las razones de fondo expuestas, un error material referido al cómputo del período de regularización por simetría realizado por esta Comisión en la Resolución de 22 de junio de 2006.

La recurrente solicita a través del otrosí primero digo, que, subsidiariamente y en el supuesto en que la Resolución que resuelva el Recurso de Reposición interpuesto desestime la pretensión de TELECABLE, considere en la Resolución como criterio para la determinación del precio de terminación en la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

red del operador de cable, el establecido en la resolución del mercado de terminación.

Asimismo, TELECABLE solicita a través del otrosí segundo digo, la suspensión de la citada Resolución impugnada en virtud de lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJPAC, *“...por evidenciarse serias dudas acerca de su adecuación a derecho, y ante los graves perjuicios económicos que causaría a mi representada, por cuanto el importe económico a que ascendería la regularización que se pretende, teniendo en cuenta el largo periodo que abarcaría, supondría un impacto considerable de trascendencia y consecuencias indeseables...”*

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 TELECABLE interponiendo recurso de reposición contra la Resolución de fecha 22 de junio de 2006, se viene a solicitar en el otrosí segundo digo la suspensión de la ejecución de la citada Resolución impugnada.

El artículo 111 de la LRJPAC regula la suspensión de la ejecución de los actos administrativos, cuando éstos han sido objeto de cualquier recurso administrativo.

Habida cuenta que el recurso de reposición presentado por la entidad TELECABLE, en el que se solicita la suspensión del acuerdo impugnado, se interpone contra una Resolución de esta Comisión, que resulta susceptible de recurso según lo dispuesto por los artículos 107 y 116 de la LRJPAC dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y que la solicitud de suspensión se fundamenta en la posible existencia de las circunstancias previstas en el artículo 111.2 de la LRJPAC, procede admitir a trámite la referida petición de suspensión para su resolución final.

##### **SEGUNDO.- Competencia para resolver.**

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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

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

Conforme a lo expuesto en los antecedentes de hecho, la empresa TELECABLE solicita expresamente la suspensión de la ejecución de la Resolución por ella impugnada.

Según lo establecido en el artículo 111.1 de la LRJPAC, la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

No obstante, el órgano a quien compete resolver el recurso podrá, en virtud del artículo 111.2 de la LRJPAC, suspender la ejecución del acto impugnado, previa ponderación entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que 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 en las letras a) y b) del artículo 111.2 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 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.

Asimismo, cabe recordar que la eficacia del acto administrativo sometido a debate se tendrá que valorar desde la perspectiva del interés general, puesto que según la jurisprudencia dictada al efecto esta valoración constituye un presupuesto más para la adopción de una medida como la ahora solicitada, por formar parte este interés general del núcleo esencial en la aplicación del derecho administrativo en su conjunto.

Pues bien, ha de señalarse que TELECABLE ha invocado, por un lado, la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida por concurrir el motivo previsto en el artículo 62.1. de la LRJPAC, y además, ha solicitado la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada, en base al artículo 111 de la LRJPAC.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por las razones que seguidamente se exponen, esta Comisión considera que, 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 de nulidad alegadas para impugnar la Resolución.**

En concreto, y con base en el artículo 62.1ª e) de la LRJPAC, se denuncia la nulidad de pleno derecho de la Resolución.

Cabe recordar, en primer lugar, que, para apreciar si el pretendido vicio determinante de la nulidad resulta patente y notorio, tal y como exige la consolidada doctrina jurisprudencial sobre la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) de la nulidad alegada, será preciso el análisis del contenido del motivo de impugnación con abstracción del fondo del asunto.

En este sentido se expresa la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001\3004) al indicar que:

*“No resulta suficiente por último, en contra de lo que se alega, la simple invocación de la existencia de un vicio de nulidad de pleno Derecho de los acuerdos impugnados para que proceda acordar su suspensión cautelar. Esta Sala tiene declarado que la apariencia de buen Derecho sólo puede admitirse en casos en los que la pretensión del recurrente aparezca justificada en forma manifiesta, sin necesidad de un análisis detenido de la legalidad, que está reservado necesariamente al proceso principal.”*

Además, en el momento de analizar 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 y expuesto, entre otras muchas, en Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2004/402), en cuyo fundamento de Derecho octavo señala lo siguiente:

*“La jurisprudencia, al considerar el aspecto positivo o habilitante del *fumus boni iuris*, advierte frente a los riesgos de perjuicio (*Dogma vom Vorwegnahmeverbot* en la doctrina alemana), declarando que «la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*a una efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución (RCL 1978\2836), cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito» (autos de 22 de noviembre de 1993 [RJ 1993\8943] y 7 de noviembre de 1995 [RJ 1995\8137] y sentencia de 14 de enero de 1997 [RJ 1997\131], entre otras muchas resoluciones).*

Pues bien, por lo que se refiere a los motivos alegados por TELECABLE para fundamentar la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada, a saber, la falta de motivación de la Resolución recurrida o insuficiencia en todo caso de tal motivación y la incongruencia de la misma, es preciso señalar que la concurrencia en el presente caso del vicio invocado no resulta manifiesta o inequívoca, pues se requiere el análisis de fondo de dicha cuestión a los efectos de determinar si efectivamente tuvo lugar la vulneración de dicho derecho en el procedimiento, y si ello conllevaría la nulidad de la Resolución posterior dictada por la Comisión.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en Sentencia de 18 de mayo de 2004 (RJ 2004/4409) señalando:

*“...que es también doctrina reiterada del Tribunal Supremo, la que precisa que la pieza de suspensión o el incidente de medidas cautelares no es el cauce o momento procesal oportuno para resolver la cuestión de fondo, ni por tanto para hacer valoraciones que sean propias del fondo del asunto, pues ello sería tanto como desvirtuar su propia naturaleza y contenido, y el resolver la cuestión de fondo sin trámite de demanda, de prueba y de conclusiones, esto es, sin las garantías y trámites que al efecto ha establecido el Legislador”.*

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y haciendo abstracción del análisis detenido de la legalidad del acto impugnado, reservado al procedimiento principal que se hará en la resolución del presente recurso, al analizar el contenido de los motivos de nulidad señalados, resulta que la presunta vulneración del derecho constitucional alegado de contrario no se deduce a primera vista ni de manera evidente o manifiesta.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio del análisis de las pretensiones que esta Comisión realizará en el procedimiento principal, se hace necesario significar que la falta de motivación de la Resolución recurrida alegada por TELECABLE en su escrito de recurso, no puede dar lugar a suspender la ejecución de la resolución dictada por esta Comisión en fecha 22 de junio de 2006.

En efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo [por todas, la Sentencia de 26 de mayo de 2000 (RJ 2000/4801)], la falta de motivación de los actos administrativos no es causa de nulidad de pleno derecho.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A estos efectos, la citada sentencia manifiesta:

*“De cualquier modo, la falta de motivación o la motivación defectuosa no constituye nunca un supuesto de nulidad de pleno derecho que el art. 62 de la Ley 30/1992 reserva para los supuestos que enumera, entre los que no aparece incluido éste. A lo más, puede ser un vicio de anulabilidad, de acuerdo con el art. 63.2 de la citada Ley, o implicar simplemente una mera irregularidad no invalidante. Ello dependerá de que haya producido o no indefensión al administrado. Y a tal efecto, el requisito de motivación puede considerarse cumplido, si responde a la doble finalidad de dar a conocer al destinatario las razones de la decisión que se adopta y permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los derechos (Sentencias del Tribunal Constitucional 79/1990 [RTC 1990\79], 199/1991, de 28 octubre [RTC 1991\199] y del Tribunal Supremo de 18-4 y 1-10-1988 [RJ 1988\3122 y RJ 1988\7413], 3-4-1990 [RJ 1990\3575], 4-6-1991 [RJ 1991\4861], 23-2-1995 [RJ 1995\1665], 12-1 y 11-12-1998 [RJ 1998\594 y RJ 1998\10261] entre muchas otras)”.*

### **Tercero.- Sobre los perjuicios que se ocasionan con la ejecución de la Resolución recurrida.**

TELECABLE manifiesta en su escrito de recurso, al solicitar la suspensión, lo siguiente:

*“...los graves perjuicios económicos que causaría a mi representada, por cuanto el importe económico a que ascendería la regularización que se pretende, teniendo en cuenta el largo periodo que abarcaría, supondría un impacto considerable de trascendencia y consecuencias indeseables...”*

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 3 de junio de 1997 (RJ 1997/5049):

*“la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado (o la vigencia de la disposición impugnada) le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación”.*

De igual modo, en su Auto de 26 de marzo de 1998 (RJ 1998\3216), señalaba ese Tribunal que:

*“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*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*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."*

La recurrente no aporta prueba alguna sobre la verdadera existencia de los perjuicios alegados ni de su posible cualificación. No se manifiestan en el escrito de recurso, los hipotéticos perjuicios que la ejecución de la Resolución impugnada pudiese causarle a TELECABLE, ni pueden deducirse de la Resolución recurrida. Por lo tanto, 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.

A mayor abundamiento, es preciso señalar que, en el presente supuesto, además de no concurrir ninguna de las circunstancias previstas en las letras a) y b) del artículo 111.2 de la LRJPAC, la ponderación de perjuicios exigible para proceder a la suspensión determina que serían mayores los perjuicios ocasionados al interés público por la suspensión de la ejecución de la Resolución impugnada que los originados a la propia recurrente por la ejecución inmediata de ésta.

En virtud de lo anterior procede denegar la solicitud de suspensión planteada por TELECABLE en el recurso de reposición del que trae causa, por lo que la Resolución que determina los precios de interconexión por los servicios de terminación ofrecidos por los operadores alternativos en el conflicto de interconexión entre determinados operadores de cable y TESAÚ (MTZ 2003/1828), objeto del presente recurso, es plenamente eficaz desde su notificación a los interesados.

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 esta Comisión, de 22 de junio de 2006, con respecto al conflicto de interconexión entre determinados operadores de cable y TESAÚ respecto a los precios de interconexión por los servicios de terminación ofrecidos por los operadores alternativos (MTZ 2003/1828), 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.



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

**EL SECRETARIO**

Vº Bº

**EL PRESIDENTE**

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera