



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. 01/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 12 de enero 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 R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A. EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 27 DE OCTUBRE DE 2005, RELATIVA AL CONFLICTO DE COMPARTICIÓN PRESENTADO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. FRENTE A R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A., POR EL QUE SE SOLICITA LA COMPARTICIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIONES UBICADAS EN EL SECTOR C-1 DEL POLÍGONO INDUSTRIAL DE SAN CIBRAO DAS VIÑAS (RO 2004/645).

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso de reposición interpuesto por R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A. (en adelante, R CABLE) contra la Resolución de esta Comisión, de fecha 27 de octubre de 2005, relativa al conflicto de compartición presentado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) frente a R CABLE, por el que se solicita la compartición de las infraestructuras de telecomunicaciones ubicadas en el sector C-1 del polígono industrial de San Cibrao Das Viñas (RO 2004/645), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 1/2006 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 12 de enero de 2006, recaída en el expediente AJ 2005/1722.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 27 de octubre de 2005, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución relativa al conflicto de compartición de infraestructuras presentado por TESAU frente a R CABLE (RO 2004/645).

A través del Resuelve Único de la citada Resolución, esta Comisión decidió imponer a los interesados la obligación de compartir las infraestructuras de telecomunicaciones objeto de conflicto suscitado, de acuerdo con las condiciones establecidas en el Fundamento Quinto de dicha Resolución.

SEGUNDO.- Con fecha 13 de diciembre de 2005, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por el representante de R CABLE, en virtud del cual interpone recurso de reposición contra la citada Resolución de fecha 27 octubre de 2005.

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 a) (actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional) 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 considerar R CABLE que le han sido vulnerados los derechos a un procedimiento contradictorio y a la defensa, ambos amparados en los artículos 24 y 25 de la Constitución Española.

En concreto, R CABLE fundamenta su recurso en los siguientes aspectos:

- Que según se desprende del contenido de la Resolución impugnada, TESAU ha realizado comunicaciones al órgano instructor durante el expediente de conflicto que no han sido enviadas a R CABLE para que alegara al respecto.
- Que la Resolución impugnada ha tenido en cuenta diversas manifestaciones de TESAU a las que R CABLE no ha tenido acceso, y además, en dicha resolución se han obviado las manifestaciones y alegaciones presentadas por R CABLE.

Asimismo, R CABLE solicita a través del otrosí digo, la suspensión de la citada Resolución impugnada en virtud de lo dispuesto en el artículo 111.2.b de la LRJPAC, esto es, por fundamentarse la impugnación en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Admisión a trámite.

En el escrito presentado por R CABLE interponiendo recurso de reposición contra la Resolución de fecha 27 de octubre de 2005, se viene a solicitar en el otrosí 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 R CABLE, 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, 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.

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 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, la empresa R CABLE 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:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 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 R CABLE ha invocado, por un lado, la nulidad de pleno de derecho de la Resolución recurrida por concurrir el motivo previsto en el artículo 62.1.a de la LRJPAC, y además, ha solicitado la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada, en base al artículo 111.2 de la LRJPAC.

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.

Con carácter previo, la recurrente solicita la suspensión de la Resolución recurrida teniendo en cuenta la causa de nulidad en la que se basa su impugnación desarrollada a lo largo de su escrito.

En concreto, y con base en el artículo 62.1ª a) de la LRJPAC, se denuncia la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada en la medida en que, a criterio de R CABLE, se han vulnerado los derechos amparados constitucionalmente en el artículo 25 en relación con el artículo 24 de nuestra Carta Magna, relativos al derecho a un procedimiento contradictorio y al derecho a la defensa.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 tomada 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 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 R CABLE para fundamentar la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada, a saber, la vulneración de los derechos constitucionales a un procedimiento contradictorio y a la defensa, es preciso señalar que la concurrencia en el presente caso del vicio invocado no resulta manifiesta o inequívoca, pues se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

requiriere el análisis de fondo de dicha cuestión a los efectos de determinar si efectivamente tuvo lugar la vulneración de dichos derechos 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 de los derechos constitucionales alegados de contrario no se deduce a primera vista ni de manera evidente o manifiesta.

Además, aún en el caso hipotético de que en la resolución que se dictara se estimara la vulneración de dichos derechos, ello no constituiría causa alguna de nulidad, sino de anulabilidad, conforme al artículo 63.3 de dicha Ley, por lo que no se daría el supuesto del artículo 111.2.b.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en Sentencia de 11 de julio de 2003 (RJ 2003/5433), al establecer que:

“...la falta de cumplimiento del trámite de audiencia en un procedimiento no sancionador no es, por sí propia, causa de nulidad de pleno derecho, sino que solo puede conducir a la anulación del acto en aquellos casos en los que tal omisión haya producido la indefensión material y efectiva del afectado por la actuación administrativa.

Así, ninguna de las causas de nulidad contempladas en el artículo 62 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, resulta aplicable a la simple falta de trámite de audiencia. No lo es la prevista en la letra a), según la cual son nulos de pleno derecho aquellos actos que lesionen el contenido esencial de los derechos susceptibles de amparo constitucional, porque el derecho a la defensa sólo constituye un derecho susceptible de dicho remedio constitucional en el marco de un procedimiento sancionador...; fuera de ese ámbito sancionador, la falta del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo e incluso la misma indefensión, si se produce,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

podrán originar las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero no afectan a un derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo constitucional.

...Asimismo, el afectado puede contar con la ocasión de ejercer la defensa de sus intereses cuando existe un recurso administrativo posterior y en último término, esta posibilidad de plena alegación de hechos y de razones jurídicas y consiguiente evitación de la indefensión se puede dar ya ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

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

R CABLE no manifiesta en su escrito de recurso, ni en la solicitud de impugnación de la Resolución de fecha 27 de octubre de 2005, que la ejecución inmediata de la misma pudiera ocasionarle perjuicios de imposible o difícil reparación.

No obstante esta Comisión, considera necesario recordar a R CABLE que el hipotético perjuicio que le pudiera causar la ejecución de la Resolución, debe ser probado 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 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 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."

De esta manera no se manifiestan en el escrito de recurso, los hipotéticos perjuicios que pudieren causarle a R CABLE la ejecución de la Resolución



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

impugnada, 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 no procede acceder a la solicitud de suspensión planteada por R CABLE en el recurso de reposición del que trae causa, por lo que la Resolución que obliga tanto a TESAU como a R CABLE a compartir infraestructuras de telecomunicaciones (RO 2004/645), 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 27 de octubre de 2005, relativa al conflicto de compartición presentado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., frente a R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A., por el que se solicita la compartición de las infraestructuras de telecomunicaciones ubicadas en el sector C-1 del polígono industrial de San Cibrao Das Viñas (RO 2004/645), 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

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera