



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, 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 número 03/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 27 de enero de 2011, se ha adoptado el siguiente

## ACUERDO

Por el que se aprueba la

**Resolución relativa a la suspensión solicitada por Telefónica de España S.A.U. en el recurso de reposición interpuesto por dicha entidad contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 18 de noviembre de 2010, recaída en el procedimiento MTZ 2008/210, por la que se aprueba la modificación de la Oferta de Interconexión de referencia (AJ 2010/2378).**

## I ANTECEDENTES

### **PRIMERO. Escrito de Telefónica de España SAU de 21 de enero de 2010.**

Con fecha 25 de enero de 2008, se recibió en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) un escrito de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) del día 21 de enero de 2008 por el que comunicaba que tenía previsto comenzar a ofrecer, de forma limitada, servicios mediante la Red de Nueva Generación (NGN) a clientes a los que presta el servicio telefónico disponible al público (STDP) a través de la Red Telefónica Conmutada (RTC). De esta forma, para aquellos clientes de la citada entidad que decidieran acogerse a la nueva oferta de servicios NGN, tendría lugar un cambio en su red de acceso desde el actual par de cobre a una fibra óptica. Al cambiar la red de acceso de conmutación de circuitos a una nueva red basada en conmutación de paquetes IP, se produciría un cambio del nodo local del que dependen, dejando de ser atendidos por las centrales locales correspondientes de la RTC y pasando a ser gestionados por los nuevos nodos NGN.



Para permitir la comunicación entre los clientes NGN y los clientes de la RTC de TESAU, así como para la interconexión con las redes de otros operadores, el operador recurrente tendría previsto establecer pasarelas que permitan la conexión de los nodos NGN con la RTC a nivel provincial, a través de la central de tránsito (o centrales de tránsito) cabecera de la provincia, es decir, las Centrales Nodales o CSDs. De esta forma, la central de tránsito pasaría a realizar, a los efectos de la interconexión, el papel de “nueva central local” para las numeraciones migradas a la red NGN. Según esta descripción, los cambios propuestos en la red de TESAU tendrían repercusiones en la interconexión existente con los operadores.

Aunque TESAU proponía una solución para facilitar la interconexión de los operadores con sus clientes migrados utilizando los servicios de la Oferta de Interconexión de Referencia (en adelante, OIR), esta Comisión consideró que las implicaciones a nivel de interconexión de los clientes NGN con los operadores deberían analizarse y estudiarse dentro de la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR), habiendo sido la última modificación de la misma aprobada mediante Resolución de esta Comisión el 23 de noviembre de 2005. Por ello, se acordó iniciar el procedimiento MTZ 2008/210 de modificación de la mencionada OIR.

## **SEGUNDO. Comunicación de inicio del procedimiento MTZ 2008/210 y tramitación del mismo.**

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 4 de marzo de 2008, se notificó a las entidades interesadas la apertura del procedimiento administrativo de modificación de la OIR, publicándose en el Boletín Oficial del Estado el 6 de marzo de 2008, con arreglo a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

Tras el trámite de alegaciones al escrito de inicio, en el cual la mayoría de los operadores se mostraron contrarios a la propuesta de TESAU por los perjuicios que les ocasionaría<sup>1</sup> y en el que ASTEL solicitaba la revisión general de la OIR<sup>2</sup>, esta Comisión solicitó a la entidad recurrente mediante escrito fechado el 9 de octubre de 2008 una serie de informaciones relativas al estado de desarrollo de su red troncal NGN así como sobre su evolución a medio-largo plazo, para posibilitar un mayor análisis de los posibles impactos a nivel de la interconexión con otros operadores, como consecuencia de la progresiva evolución de la red de TESAU.

Posteriormente, mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 25 de noviembre de 2008, se notificó a las entidades interesadas la inclusión en el objeto del expediente de la revisión de los aspectos de la OIR planteada por ASTEL, formulándose alegaciones al respecto.

Mediante escrito fechado el 27 de marzo de 2009, se solicitó a TESAU una serie de informaciones relativas a datos de demanda de tráfico y líneas, así como costes de equipos, para el conocimiento y comprobación de datos necesarios en el análisis y revisión de los precios aplicables a los servicios de interconexión de la OIR.

---

<sup>1</sup> Especialmente a nivel de la interconexión por capacidad, y por ser una medida transitoria que normalmente acabaría en un nuevo modelo de interconexión IP aun por estudiar y establecer.

<sup>2</sup> Concretamente en una serie de temas: servicios vocales nómadas, interconexión por capacidad, tránsito en terminación, servicios 90X y precios.



Con fecha 3 de junio de 2010<sup>3</sup>, se acordó la apertura del trámite de información pública, por el que se comunicaba el proyecto de medida relativo a la modificación de la OIR y se fijaba un mes de plazo para la presentación de alegaciones.

**Segundo.- Resolución del Consejo de esta Comisión de 18 de noviembre de 2010.**

Mediante Resolución de 18 de noviembre de 2010 recaída en el procedimiento MTZ 2008/210 anteriormente citado, el Consejo de esta Comisión acuerda:

*“Primero.- Aprobar como texto para la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España S.A.U. el resultante de incorporar las modificaciones descritas en los Fundamentos de Derecho de esta Resolución, y cuyo texto consolidado se incluye anexo.*

*La presente Resolución por la que se aprueba la revisión de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España S.A.U así como el texto consolidado de dicha Oferta entrarán en vigor desde el día siguiente a su publicación de la presente Resolución en el Boletín Oficial del Estado.*

*Segundo.- En el plazo de cinco días hábiles desde la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la presente Resolución, Telefónica de España S.A.U. deberá publicar en su web la Oferta de Interconexión de Referencia según lo dispuesto en el resuelve primero.*

*Tercero.- En el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente Resolución, Telefónica de España, S.A.U. aportará a esta Comisión el Cuerpo Principal y Anexos de los contratos tipo de AGI y de los Addenda de cada uno de los servicios contenidos en la oferta de acuerdo a las modificaciones introducidas por esta resolución.*

*Los nuevos contratos tipo, una vez revisados por esta Comisión, serán publicados por Telefónica de España, S.A.U. en su página web, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación por parte de esta Comisión de la remisión de los citados textos modificados, en su caso, completándose de esta forma la publicación íntegra de la Oferta de Interconexión de Referencia revisada.*

*Cuarto.- La Oferta de Interconexión de Referencia es un contrato de adhesión que se perfecciona por la simple aceptación de sus términos por parte de los Operadores interesados. La aceptación de cualquiera de los términos de la OIR por el Operador interesado supone la aceptación del Contrato-tipo de la misma y, en su caso, la adaptación del Cuerpo General del AGI en vigor entre Telefónica de España, S.A.U. y el Operador interesado a los términos del citado Contrato-tipo*

*Quinto.- A partir de la entrada en vigor de esta Resolución, los operadores podrán solicitar, mediante petición por escrito, la revisión automática de las condiciones económicas establecidas en los acuerdos de interconexión que hubieran resultado afectadas por las modificaciones económicas introducidas por esta Resolución en la OIR, conforme a lo dispuesto en la cláusula 11.16.1 del contrato-tipo.*

---

<sup>3</sup> Publicado en BOE el 10 de junio de 2010



*La modificación de dichas condiciones económicas entrará en vigor desde la fecha de la notificación de la solicitud y afectará únicamente a la condición o condiciones económicas referidas en el escrito de solicitud realizado. Ambas partes habrán de formalizar por escrito la modificación del acuerdo en el plazo de cinco días desde la fecha de recepción de la solicitud efectuada por una de las partes a la otra*

*Sexto.- En la primera actualización del Anexo I de la Oferta de Interconexión de Referencia desde la notificación de la presente Resolución, dicho Anexo I ha de contener la lista de las centrales abiertas a la interconexión, con la información sobre numeración migrada según se especifica en el Fundamento relativo a los impactos en los servicios de interconexión actuales de la OIR debido a la prestación de servicios telefónicos sobre IP.*

*Séptimo.- Telefónica de España, S.A.U. y los operadores interconectados deberán completar los procesos necesarios para la migración al nuevo esquema de interconexión de servicios de tarifas especiales 902 y de servicios de interés social, antes del 1 de julio de 2011. El resto de cambios incorporados en los servicios de interconexión y aprobados en la presente Resolución deberán estar operativos antes del 1 de febrero de 2011.*

*Octavo.- Comunicar a la Comisión Europea la presente Resolución, por la que se procede a la revisión de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U.*

*Noveno.- Acordar la publicación del presente acto en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.”*

### **Tercero.- El recurso de reposición de TESAU y la solicitud de suspensión contenida en el mismo.**

Mediante escrito de fecha 23 de diciembre de 2010 TESAU interpuso recurso de reposición contra la anteriormente citada Resolución de 18 de noviembre de 2010. Los razonamientos aducidos por la operadora en su recurso de reposición pueden resumirse, fundamentalmente, en lo siguiente:

**1º.-** Los nuevos precios fijados por la OIR 2010 obligan a la operadora recurrente a prestar sus servicios por debajo de costes, lo cual significa, además de un perjuicio económico, la vulneración del principio de orientación de los precios a costes del artículo 13.1.a) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones y del principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos previsto en el artículo 9.3 de la Constitución, además de infringirse el derecho a la libertad de empresa del artículo 38 del mismo texto legal. Las infracciones jurídicas denunciadas se incardinan dentro de los supuestos de nulidad de pleno derecho del apartado 2 del artículo 62 de la LRJPAC. Por otro lado, la prestación de servicios por debajo de costes puede implicar la infracción del artículo 82 del TCEE (actualmente artículo 102 TFUE), al crearse una situación anticompetitiva.



**2º.-** La obligación impuesta en el punto 2 de la resolución recurrida adolece de falta de motivación puesto que no solamente admite diferentes interpretaciones sino también resulta poco clara, vulnerando lo dispuesto en el artículo 54.1 de la LRJPAC y constituyendo un supuesto de nulidad contemplado por el artículo 62.1.a) de la misma norma. Por otro lado, la entidad recurrente propone una solución técnica de compromiso distinta a la prevista en la resolución impugnada según la cual TESAU aplicaría la solución de facturación en base a la utilización de la tabla de clientes migrados y los operadores que no deseen efectuar desarrollos podrán obtener sus propios datos en base a la información proporcionada por dicho operador sobre el “*factor corrector*” por provincia.

**3º.-** La obligación de desglose prevista en el punto 7.3.1 de la resolución impugnada supone la imposición arbitraria de una carga económica y de gestión adicional desproporcionada e injusta para TESAU, contraria al artículo 9.3 de la Constitución en relación con el artículo 62.2 de la LRJPAC. Y ello por considerar que el beneficio económico de las reventas a los operadores de tarifas especiales es obtenido por el operador interconectado u operador de tránsito, no teniendo la entidad recurrente vinculación alguna con los primeros sino única y exclusivamente con el segundo. Por otro lado, se recuerda la existencia de situaciones de fraude en este ámbito cuyas medidas de prevención han resultado insuficientes hasta el momento. Por ello, esta Comisión debería ajustar su regulación a la realidad y considerar que el proceso de repercusión de las llamadas fraudulentas debería conocerse como si de un impago se tratara, de forma independiente al proceso regular y basarse en dos elementos: la obligación de denuncia del fraude por parte del operador de acceso y la retención cautelar de los importes afectados por el mismo.

En el en el Otrosí Digo del recurso de reposición el operador impugnante solicita la suspensión de la ejecutividad de la resolución impugnada en lo que se refiere al procedimiento de migración previsto en ella, al amparo del artículo 111.2 a) y b), al estar fundamentado el recurso de reposición en una causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) y al alegar la concurrencia de un perjuicio de imposible o difícil reparación.

#### **Cuarto.- Notificación del inicio del procedimiento a la entidad recurrente y a los interesados.**

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión fechado el día 3 de enero de 2011 se informó a la recurrente y a todos los interesados, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición interpuesto por TESAU.

#### **Quinto.- Interposición de recurso reposición por France Telecom España SA contra la Resolución de 18 de noviembre de 2010 y acumulación del mismo al presente procedimiento.**

Mediante escrito de fecha 7 de enero de 2010 France Telecom España SA (en adelante, ORANGE) interpuso recurso de reposición contra la Resolución de 18 de noviembre de 2010



sobre modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia, acordándose su acumulación al recurso de TESAU mediante resolución del Secretario de fecha 17 de enero de 2011.

## II FUNDAMENTOS DE DERECHO

### II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

#### **PRIMERO.- Admisión a trámite.**

En el recurso de reposición presentado por TESAU se solicita por medio de Otrosí la suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida de 18 de noviembre de 2010 y concretamente, de la regulación del procedimiento de migración realizado en ella, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJPAC.

El citado 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 de que el recurso de reposición presentado por TESAU, en el que se solicita la suspensión del acto administrativo impugnado, se interpone contra un acto dictado por un órgano 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.**

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 de reposición. Por otro lado, la competencia para resolver el citado recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

En consecuencia, el Consejo de esta Comisión resulta competente para resolver la solicitud de suspensión de TESAU al tener atribuida la competencia de resolución del recurso de reposición.

### II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

#### **PRIMERO.- La suspensión de la ejecución de los actos administrativos.**

Con carácter general, el artículo 111.1 LRJPAC dispone que la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, excepto en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario.

Esta posibilidad constituye un verdadero límite a la ejecutividad de los actos administrativos, en consonancia con el principio constitucional de eficacia que debe informarlos y al privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública. Es por ello que, en principio, el análisis de toda solicitud de suspensión de la ejecutividad de un acto como el recurrido deba hacerse partiendo de





su excepcionalidad con respecto a los principios de ejecutividad, presunción de validez y eficacia inmediata de los actos administrativos previstos en los artículos 56 y 57 LRJPAC. Ejecutividad reconocida expresamente por los Tribunales respecto a los actos y resoluciones de esta Comisión, entre otras, en las SSTS de 16 de mayo (RJ 2006\2358) y 18 de julio (RJ 2006\5840) de 2006 y de 13 de marzo de 2007 (RJ 2007\2572).

No obstante, el apartado 2 del citado artículo 111 LRJPAC prevé que el órgano al que compete el recurso, previa ponderación suficientemente razonada 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, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias tasadas:

- 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 LRJPAC.

En aplicación de lo anterior, para determinar si procede o no acceder a la suspensión solicitada por la entidad recurrente, habrá que analizar, en primer lugar, si concurren las anteriores circunstancias, y, en caso de que así ocurra, deberá analizarse, en segundo lugar, si debe prevalecer el interés público, el de terceros o el de los interesados 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.

## **SEGUNDO.- Análisis de la concurrencia de los requisitos para la suspensión de la resolución recurrida.**

### **2.1. La causación de perjuicios de imposible o difícil reparación.**

La primera de las circunstancias que puede concurrir para la suspensión de la ejecución de los actos administrativos es la producción a la entidad recurrente de perjuicios de imposible o difícil reparación que pudieran producirse tras la estimación del recurso. De esta manera se pretende garantizar la integridad del objeto litigioso, pues de no ser así, se desvirtuaría el propio derecho al recurso. En principio, no basta la mera alegación de hipotéticos perjuicios para proceder a la suspensión de la ejecutividad de los actos, sino que, por el contrario, el solicitante debe justificar someramente su existencia. En efecto, el concepto de daño de difícil o imposible reparación ha sido analizado en distintas Sentencias del Tribunal Supremo con relación a la suspensión de ejecutividad de actos y resoluciones administrativos. Entre otras, cabe señalar las SSTS de 30 de enero de 2008 (RJ 2008\931) y de 20 de diciembre de 2007 (RJ 2008\515). En el Fundamento Quinto de la STS de 20 de diciembre de 2007 se recuerda el deber que incumbe al solicitante de la suspensión de acreditar debidamente la concurrencia del perjuicio de *“difícil o imposible reparación”*<sup>4</sup>. Y no solamente en Sentencias sino también en Autos del mismo Tribunal Supremo

---

<sup>4</sup> *“el interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que sea suficiente una mera invocación genérica (...)”*

<sup>5</sup> *“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”.*



se ha llegado a la misma conclusión. A este respecto cabe señalar lo manifestado por la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus Autos de 3 de junio de 1997 (RJ 1997/5049)<sup>5</sup> y de 26 de marzo de 1998 (RJ 1998\3216). En este último Auto el Tribunal es especialmente claro al declarar 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 sobrevenida 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."*

Más recientemente, en el Fundamento Cuarto del Auto de 8 de julio de 2010 de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional recaído en la pieza separada de suspensión 118/2010 solicitada por la misma entidad recurrente respecto a otra resolución de esta Comisión, el Tribunal recuerda que:

*"el interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica."*

En el caso que nos ocupa la entidad recurrente no ha acreditado en su recurso la causación de perjuicios de imposible o de difícil reparación como consecuencia de la inmediata aplicación de la resolución recurrida, y concretamente, del procedimiento de migración cuya suspensión solicita, según lo exigido por el artículo 111.2.a) LRJPAC. Y como se desprende de los Autos del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1996 (RJ 1996\3967) y de 25 de febrero de 1998 (RJ 1998\3207), no basta con la mera "gravedad" del perjuicio alegado, sino que el perjuicio acreditado debe ser necesariamente "de difícil o imposible reparación", de forma tal que el recurso interpuesto pierda su objeto o finalidad, como se señala en el Fundamento Segundo de la reciente STS de 15 de 2010 (RJ 2010\1516) recaída sobre la solicitud de suspensión instada por el mismo recurrente contra otra resolución dictada por esta Comisión<sup>6</sup>.

Y a mayor abundamiento, no existen indicios de que la obligación de ejecución del procedimiento de compensación en facturación a nivel de tránsito en interconexión suponga daños irreparables a los intereses de la recurrente. Por otra parte, la resolución aprobada en relación con el procedimiento de migración de abonados a la red NGN de TESAU, permite a esta última solventar la imposibilidad técnica de intercambiar el tráfico originado por tales abonados a nivel local y hacerlo a nivel de las centrales de tránsito, lo cual beneficia a la interesada. Adicionalmente, la aún escasa existencia de abonados de TESAU con servicio telefónico migrados a NGN, supone en la práctica que la compensación o descuento de facturación en interconexión será mínima por el momento.

## **2.2. La fundamentación del recurso en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62 de la LRJPAC.**

<sup>6</sup> Resolución RO 2004/1811 de 16 de noviembre de 2006.





TESAU alega en los Fundamentos Primero, Segundo y Tercero de su recurso la existencia de causas de nulidad basadas en el artículo 62.1.a) y 62.2 LRJPAC con relación a los artículos 9.3, 24 y 105 de la Constitución y al artículo 54 LRJPAC.

Con respecto a la alegación de una causa de nulidad de pleno derecho, la jurisprudencia, y entre otras, la STS de 20 de mayo de 2009 (RC 680/2008), exige que dicha nulidad sea “evidente” o “manifiesta” para que pueda adoptarse la medida cautelar solicitada. Esto es, que pueda apreciarse, al menos con carácter indiciario, que existe una clara causa de nulidad.

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 jurisprudencial restrictivo en la apreciación de las causas de nulidad de los actos administrativos con relación a la adopción de medidas cautelares establecido, entre otras muchas, en la 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 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).”*

Respecto a la presunta infracción del artículo 62.1 a) LRJPAC con relación al artículo 54.1 LRJPAC, denunciada en el Fundamento Segundo del recurso de TESAU, debe señalarse que no existe indicio o apariencia de infracción del deber de motivación del artículo 54 LRJPAC puesto que la Resolución recurrida contiene más de sesenta páginas de fundamentación exhaustiva (véanse páginas 6 a 73 de la Resolución MTZ 2008/210 de 18 de noviembre de 2010),acompañándose, además, a la misma un Anexo 1 con las alegaciones realizadas por los operadores durante el procedimiento y las respuestas dadas por esta Comisión. En concreto, y por lo que se refiere a la motivación de la adopción del mecanismo del “factor corrector” al tráfico



en las centrales cabecera provincial en las que existan clientes migrados a la NGN, viene explícitamente detallada en las páginas 10 a 16 de dicha resolución, y más concretamente en las páginas 13 a 15 de la misma, en las que, dando respuesta a las alegaciones de otros operadores al respecto, se indican las circunstancias que hacen aconsejable la adopción de dicho mecanismo. De esta manera, la resolución detalla las consideraciones que aconsejaban la implementación de tal sistema, consideraciones que, por economía procedimental y por la propia naturaleza de esta pieza cautelar, no han de reiterarse. Por tanto, no puede decirse que la motivación haya sido “breve” o “sucinta” en este supuesto, sino todo lo contrario. No obstante, debemos recordar que incluso en los casos de motivación breve o sucinta los tribunales han venido aceptando su plena validez, pudiendo citarse, entre otras, las SSTS de 15 de diciembre de 2009<sup>7</sup>, de 26 de mayo de 2009<sup>8</sup> y de 7 de marzo de 2006<sup>9</sup>, todas ellas referidas a resoluciones dictadas por esta Comisión. Otra cosa distinta es que TESAU no comparta los criterios utilizados por esta Comisión en la motivación de la Resolución recurrida y pretenda sustituirlos por otros, como recuerda la SAN de 26 de febrero de 2007 al final de su Fundamento tercero:

*“En suma, podrá compartirse o no la motivación del acto administrativo impugnado, pero no resulta posible negar la evidencia de su existencia”.*

Al concurrir la suficiente motivación en la Resolución recurrida debe excluirse cualquier presunto vicio de arbitrariedad en la misma por posible infracción del artículo 9.3 de la Constitución, como se desprende de la jurisprudencia, y entre otras, de la STC 331/2006, de 20 de noviembre<sup>10</sup>, y las SSTS de 17 de diciembre de 2004<sup>11</sup> y de 14 de octubre de 2003<sup>12</sup>.

Finalmente, tampoco estaríamos ante una posible vulneración del derecho a la defensa del artículo 24 de la Constitución, relacionado con la posible causa de nulidad alegada, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han venido señalando que únicamente puede invocarse la presunta vulneración de este precepto o bien en sede de procedimientos judiciales o bien en los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora. Así se declara, entre otras, en las SSTC 175/1987 de 4 de noviembre y 103/1996 de 11 de junio así como en las SSTS de 30 de noviembre de 1999<sup>13</sup> y de 22 de septiembre de 2004<sup>14</sup>. En este caso, sin embargo, no nos hallamos ante un procedimiento de estas características, sino, como se desprende del apartado II de la propia Resolución (véase página 5, Objeto del Procedimiento), estamos ante un procedimiento de revisión de la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR).

### **TERCERO.- Ponderación de intereses.**

Habiendo analizado los requisitos del artículo 111.2 LRJPAC, se ha observado que en este caso no concurre ninguno de ellos, por lo que, en principio, esta Comisión no estaría obligada a efectuar la ponderación de intereses prevista en el citado precepto. Sin embargo, de realizarse dicha ponderación, y tal y como se razonará seguidamente, el interés público y el interés de los

<sup>7</sup> RC 2694/2007.

<sup>8</sup> RJ 2009\4401.

<sup>9</sup> RJ 2006\1668.

<sup>10</sup> En el Fundamento Segundo de esta Sentencia el Tribunal Constitucional recuerda que: “*Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos.*”

<sup>11</sup> RJ 2005\388.

<sup>12</sup> RJ 2003\7805.

<sup>13</sup> RJ 2000\3200.

<sup>14</sup> RJ 2004\6286.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

operadores alternativos en el mantenimiento de la ejecutividad de la resolución recurrida prevalecerían sobre el interés del operador dominante a la suspensión de la misma, al no haberse acreditado por parte de dicho operador dominante la posible causación de perjuicio alguno. En efecto, los tribunales, como en la STS de 6 de marzo de 2006 (RJ 2006\1081) exigen de los recurrentes una “mínima actividad probatoria” relativa al daño que les causaría la ejecutividad del acto o resolución administrativos recurridos. En el Fundamento Segundo de esta sentencia se dice que:

**“La necesidad de ponderación de los intereses en juego requiere que la petición de suspensión haya ido acompañada de una mínima actividad probatoria sobre el perjuicio derivado de la ejecución (...).”**

En este caso no solamente no se han presentado indicios de que los perjuicios sean de “imposible o difícil reparación”, tal y como se ha expuesto en el Fundamento anterior, sino que la impugnante no ha aportado en su escrito indicio alguno de la propia existencia de “perjuicios”.

Por otro lado, concurre un **interés público general** en el cumplimiento de las funciones ordenadoras del mercado encomendadas a esta Comisión, como se recuerda en la STS de 15 de febrero de 2010 (RC 2880/2007, JUR\2010\66659):

**“el interés público más relevante es la protección de las funciones ordenadoras del mercado de las telecomunicaciones atribuidas al órgano regulador, que requieren una pronta atención y respeto por parte de los operadores a las resoluciones del citado órgano, especialmente teniendo en cuenta la acusada movilidad y rápida evolución del sector de las telecomunicaciones. Además, en la ponderación de intereses a la que se refiere el propio artículo 130 de la Ley jurisdiccional, habría de sumarse a este interés público, decisivo en asuntos como el presente, el interés particular de otras entidades particulares, contrapuesto al de la recurrente –operadora dominante en el mercado-, en que se cumplan las resoluciones dictadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (...).”**

En segundo lugar, existe en este caso un **interés público especial** en el cumplimiento de la Resolución MTZ 2008/210 de 18 de noviembre de 2010, objeto de recurso, sobre modificación de la oferta de interconexión de referencia (OIR). Y ello porque, como se recuerda en el Fundamento Cuarto (página 7) de la Resolución de esta Comisión de 9 de junio de 2005<sup>15</sup> hay una relación directa entre la prestación efectiva de los servicios de una oferta de referencia por el operador dominante y el fomento de la competencia en el sector. Y como ha reiterado esta Comisión en repetidas ocasiones, no basta con la publicación de la oferta de referencia para que se entienda cumplida la obligación de transparencia del operador dominante, sino que es necesario tener en funcionamiento las herramientas precisas para poder poner en práctica el contenido de dicha oferta de referencia.

Y en tercer lugar, concurre un **interés de los operadores alternativos usuarios de la OIR**, puesto que el procedimiento de compensación en facturación aprobado en la resolución impugnada proporciona a los operadores interconectados una solución sencilla y operativa que minimiza los costes y compensa los impactos en interconexión originados por la migración prevista.

Considerados los anteriores razonamientos y dadas las circunstancias descritas, esta Comisión entiende que debe prevalecer en este caso el interés público y el interés de los operadores

---

<sup>15</sup> DT 2005/346



---

COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

alternativos al mantenimiento de la ejecutividad de la resolución recurrida sobre el interés del operador dominante a la suspensión de la misma.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones,

**RESUELVE**

**ÚNICO.-** Denegar la suspensión solicitada por Telefónica de España S.A.U. en el recurso de reposición de 23 de diciembre de 2010 interpuesto por dicha entidad contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 18 de noviembre de 2010 recaída en el procedimiento MTZ 2008/210 por la que se aprueba la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR).

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a 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, sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

***El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.***