



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 37/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 25 de noviembre de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por INFRAESTRUCTURAS Y GESTIÓN 2002, S.L. contra la Resolución de 7 de septiembre de 2010, sobre el conflicto interpuesto contra RED DE BANDA DE ANDALUCÍA en relación con la prestación de servicios por parte de este último operador desde su centro de Valencina de la Concepción (AJ 2010/1875).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de fecha 7 de septiembre de 2010 recaída en el expediente RO 2010/501

INFRAESTRUCTURAS Y GESTIÓN 2002, S.L. (en adelante, INGEST) prestaba el servicio portador de difusión de la señal de televisión al operador de televisión local en analógico TRADE BUMP, S.L. (en adelante, TRADE) que emitía su programación en Sevilla. La provisión del citado servicio a TRADE se articulaba a través de la suscripción de un acuerdo de acceso entre INGEST y RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA (en adelante, AXIÓN), en virtud del cual este último prestaba a INGEST un servicio de interconexión a su sistema radiante desde el centro de AXIÓN en Valencina de la Concepción.

Existía por tanto una relación jurídica entre tres partes, en virtud de la cual: i) INGEST prestaba el servicio portador de difusión de la señal de televisión a TRADE; ii) para ofrecer dicho servicio portador a TRADE, INGEST hacía uso de los servicios mayoristas de albergamiento (interconexión al sistema radiante) de AXIÓN en su centro de Valencina de la Concepción.

Con fecha 11 de marzo de 2010 INGEST presentó en esta Comisión un conflicto contra la entidad AXIÓN en relación con la prestación de servicios mayoristas de interconexión a INGEST desde el centro de AXIÓN en Valencina de la Concepción (Sevilla).

El conflicto tiene su origen en el cese por parte de AXIÓN (a instancias de la Junta de Andalucía) en la prestación a INGEST del servicio de interconexión a sus sistema radiante desde su centro



en Valencina de la Concepción, como consecuencia de la apertura por parte de la Junta de Andalucía de un procedimiento sancionador contra TRADE por la emisión de la señal de televisión (prestación de un servicio de difusión de televisión) sin contar con el preceptivo título habilitante.

INGEST alegó que en el acuerdo que regía la relación entre ambos operadores no se contemplaba como causa de resolución o suspensión anticipada del servicio que AXIÓN le venía prestando la existencia de una intervención administrativa como la llevada a cabo por la Junta de Andalucía.

Tras ser tramitado por esta Comisión el correspondiente procedimiento administrativo, el Consejo decidió, mediante resolución de fecha 7 de septiembre de 2010, desestimar la solicitud de intervención presentada por INGEST relativa a la continuación en la prestación de los servicios por parte de AXION a INGEST y se acordó la notificación de la Resolución a la Secretaria de Estado de las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, a los efectos oportunos.

La resolución que ponía fin al procedimiento, señala, entre otras cosas, que al existir una resolución expresa de la Junta de Andalucía en virtud de la cual TRADE es declarada culpable de un ilícito administrativo consistente en la prestación de servicios de televisión sin contar con el correspondiente título habilitante, no cabe que esta Comisión intervenga para obligar a AXION a mantener la relación entre ambos operadores sobre la base del interés jurídico-público del mantenimiento y el correcto desarrollo de los mercados de comunicaciones electrónicas.

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por INGEST contra la Resolución RO 2010/501

Con fecha 15 de octubre de 2010, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de la entidad INGEST por el que se interpone recurso de reposición contra la Resolución de referencia.

El fundamento principal empleado por la entidad recurrente es la falta de motivación que a su juicio adolece la resolución recurrida.

Según INGEST, la resolución no aclara si la Comisión ha resuelto o no en el procedimiento principal sobre el fondo del asunto. La citada entidad señala que si no se ha resuelto sobre el fondo del asunto, esta Comisión no ha fundamentado si la desestimación de su petición se produce por falta de competencia del Organismo o bien por la ausencia de un interés público que desaconseja la intervención de la Comisión en el conflicto entre ambas entidades.

Asimismo señala, que si por el contrario la Comisión ha estimado la existencia de un interés público y ha procedido a resolver sobre el fondo del asunto, *“la motivación resulta claramente insuficiente”*, amén de que la Comisión no motiva *“su juicio de proporcionalidad”*.

Sobre la base de sus alegaciones, INGEST solicita a esta Comisión lo siguiente:

- a) Dejar sin efecto la unilateral suspensión por parte de AXIÓN del acuerdo de interconexión respecto al centro emisor de Valencina de la Concepción.
- b) Obligar a AXIÓN a restablecer el servicio suspendido.
- c) Requerir a AXIÓN que se abstenga de realizar este tipo de prácticas unilaterales de rescisión o suspensión de relaciones vigentes.



TERCERO.- Notificación del inicio del procedimiento

Con fecha 25 de octubre de 2010, fue notificado a los interesados el inicio del procedimiento para la resolución del recurso presentado por INGEST.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación

El artículo 107.1 de la LRJPAC¹ establece que contra las resoluciones y los actos de trámite cualificados podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la LGTel², las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado como recurso de reposición, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC.

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. A su vez, el artículo 31 de la misma Ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

La entidad recurrente ostenta la condición de interesado en el presente recurso por cuanto la Resolución impugnada tiene incidencia en sus derechos e intereses legítimos.

TERCERO.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición ha sido interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la LRJPAC y cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la misma Ley, por lo que debe entenderse interpuesto en tiempo y forma, procediendo su admisión a trámite.

¹ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)

² Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTel).



CUARTO.- Competencia y plazo para resolver

La competencia para resolver el presente procedimiento corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por ser el órgano que dictó el acto impugnado.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.2 de la LRJPAC, los recursos deben ser resueltos y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente al de su recepción. Tal y como prevé el artículo 43.2 de la misma Ley, en defecto de notificación en plazo de la resolución expresa el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

ÚNICO.- Sobre las alegaciones de INGEST contenidas en el recurso de reposición contra la resolución RO 2010/501

La entidad recurrente utiliza como argumento principal para impugnar la resolución de fecha 7 de septiembre de 2010, que la decisión de desestimar la petición de intervención activa de la Comisión en sus relaciones contractuales con AXION no queda suficientemente motivada, por lo que solicita que sea anulada y vuelva a haber un pronunciamiento por el que la Comisión; i) Deje sin efecto la unilateral suspensión por parte de AXIÓN del acuerdo de interconexión respecto al centro emisor de Valencina de la Concepción, ii) Obligue a AXIÓN a restablecer el servicio suspendido y iii) requiera a AXIÓN que se abstenga de realizar este tipo de prácticas unilaterales de rescisión o suspensión de relaciones vigentes.

Se impone, por tanto, la necesidad de analizar en primer lugar, la causa jurídica utilizada por INGEST para impugnar la resolución de referencia, y acto seguido analizar la citada resolución para observar si la misma contiene la motivación necesaria para que las partes conozcan los hechos y argumentos que han propiciado la desestimación de la solicitud de intervención por parte de esta Comisión.

a) Sobre la pretensión de INGEST en el recurso de reposición

Se desprende del recurso de INGEST la pretensión de una nueva decisión sobre el fondo de la cuestión, al entender que la contenida en la resolución recurrida no ha sido suficientemente motivada.

La motivación de los actos administrativos ha sido definida en innumerables ocasiones por la doctrina y jurisprudencia de nuestro país, como aquella exigencia de hacer públicas las razones de hecho y de Derecho que fundamentan el acto adoptado por el órgano administrativo, de tal forma que las partes puedan conocer las razones que condujeron a la decisión adoptada, que justifican el acto.

Ahora bien, la problemática surge a la hora de determinar, cuándo un acto administrativo, que en virtud de una norma debe motivarse, puede ser considerado suficientemente motivado sin que ello produzca indefensión a los interesados.

El Tribunal Supremo, en reiteradas ocasiones ha dado respuesta a lo anterior, defendiendo la postura que establece que para que un acto sea motivado no se requiere una extensa exposición de razonamientos, por lo que *“la brevedad de los términos y la concisión expresiva de un acto administrativo no puede confundirse con su falta de motivación”* (STS de 12 de diciembre de 1990, RJ 1990/9918), sino que *“la suficiencia de la motivación viene determinada por un punto de referencia obligado, cual es la mayor o menor necesidad de un razonamiento más extenso o*



conciso, según las circunstancias que hayan de explicarse y las fundamentaciones que se precisen para que, en su virtud, las partes, puedan adecuadamente defenderse e invoquen cuantas alegaciones de hecho y de derecho tengan por conveniente, lo que constituye la genuina finalidad de la motivación legalmente exigida” (STS 12 de enero de 1998, RJ 1998/819).

Que la resolución recurrida contenga una motivación suficiente resulta de una apreciación subjetiva, por cuanto esta Comisión considera que sí lo está, por los motivos que argumentaremos más adelante, y en cambio INGEST no. En cualquier caso la existencia de este vicio no sería motivo suficiente para estimar las pretensiones de INGEST. En primer lugar, porque la entidad recurrente pretende en sede de recurso una nueva decisión sobre el fondo de la asunto basándose en la existencia de un vicio formal como es la falta de motivación del acto administrativo. Es decir, de existir ese vicio nos encontraríamos ante una irregularidad formal que debería ser subsanada, pero que en ningún caso podría variar en contenido material de la resolución impugnada.

En otras palabras, si esta Comisión admitiese, cosa que no sucede, que su resolución carece de la suficiente motivación, debería ampliar y justificar adecuadamente la decisión adoptada en el procedimiento principal, pero ello no sería suficiente causa legal para adoptar una decisión distinta en esta sede. Sería incongruente resolver cuestiones de fondo sobre la base de admitir argumentos de vicios procedimentales meramente formales.

En cualquier caso, este vicio formal, de existir, tampoco provocaría en este caso indefensión alguna y por tanto no constituiría causa de nulidad, ni siquiera de anulación de la resolución, ya que la interesada ha tenido la oportunidad y así lo ha hecho de presentar el correspondiente recurso y alegar cuanto ha estimado conveniente. La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de mayo de 2000 (RJ 2000/4801) así lo corrobora.

“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)”.

Como conclusión de lo anterior, únicamente cabe señalar que si atendemos a las pretensiones de INGEST y sus argumentos para obtener el pronunciamiento deseado, el presente recurso no puede prosperar, ya que a nuestro juicio, como veremos a continuación, los argumentos contenidos en la resolución recurrida son suficientes para que los interesados conozcan los motivos de las decisiones adoptadas. Adicionalmente, aun cuando se podría pensar que desde un punto de vista subjetivo la resolución careciera de la suficiente motivación, no se dan los presupuestos para anular la misma, puesto que el vicio lo sería de forma y plenamente convalidable y además no existe indefensión de INGEST.

b) Sobre la motivación de la resolución RO 2010/501

La Resolución de 7 de septiembre de 2010 sienta detalladamente las bases que deben regular la actuación de la Comisión en la resolución de conflictos de acceso.



Tras recordar que AXIÓN no es un operador que haya sido declarado con poder significativo de mercado en mercado alguno, por lo que sólo la normativa sectorial general resulta de aplicación al caso, la Resolución objeto de recurso recoge la que ya es doctrina constante y consolidada en virtud de la cual esta Comisión puede intervenir en la resolución de conflictos si ello fuera necesario para asegurar la adecuación del acceso o la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel, por afectar ello a la esfera jurídico-pública.

Sin embargo, la intervención de esta Comisión a la hora de decidir acerca de la prestación de servicios de acceso no puede ser incondicionada (en particular, fuera de un entorno regulado) sino que deberá valorarse caso por caso, sobre la base de criterios de razonabilidad.

En definitiva, en la Resolución objeto de recurso esta Comisión se refiere claramente a su habilitación competencial para resolver conflictos de acceso como el interpuesto por INGEST. Cuestión distinta es que, una vez valorados, en el ejercicio de sus propias competencias, los elementos de hecho puestos a su disposición, esta Comisión acuerde desestimar íntegramente la solicitud de INGEST, no por la supuesta falta de competencia sino por la ausencia de un interés jurídico público que justifique la imposición a AXION del mantenimiento de la relación con INGEST.

Como expone en detalle la Resolución objeto de recurso, en el caso concreto no resulta acorde con las facultades de intervención de esta Comisión en las relaciones entre operadores, exigir a AXIÓN la continuación en la prestación de servicios a INGEST desde su centro en Valencina de la Concepción.

En efecto, debe recordarse que el operador del servicio de televisión a nivel local en la modalidad analógica TRADE (a quien INGEST venía prestando el servicio portador desde el centro de AXIÓN en Valencina de la Concepción) ha sido declarado responsable de una infracción muy grave por parte de la Dirección General de Comunicación Social de la Junta de Andalucía, consistente en la emisión de señales de televisión local sin contar con el título administrativo habilitante. En relación con el citado procedimiento incoado por la Junta de Andalucía, dicho organismo público ha instado a AXIÓN a proceder de manera inmediata a la suspensión de la difusión de la señal de televisión de TRADE desde sus centros, y por tanto al cese en los servicios mayoristas de albergamiento³ que venía prestando a INGEST.

Como recoge el expediente administrativo, la situación existente en el centro de Valencina de la Concepción se ha visto además reproducida en otros centros de AXIÓN, en el marco de la relación contractual que con carácter general mantiene con INGEST. En efecto, dado que los agentes a los que INGEST prestaba el servicio portador de difusión de la señal de televisión ofrecían servicios de televisión local en la modalidad analógica, AXIÓN ha recibido comunicaciones similares a la emitida por la Junta de Andalucía por parte de otras Administraciones autonómicas (Generalitat de Cataluña, Islas Baleares), habiéndose procedido en algunos casos incluso al precinto de equipos ubicados en los centros de AXIÓN. A este respecto, procede recordar que de conformidad con el Real Decreto 2268/2004, de 3 de diciembre, que modifica el Real Decreto 439/2004, de 12 de marzo, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital local, el plazo estipulado para el cese de las emisiones de televisión local en tecnología analógica era el 1 de enero de 2008, siendo previsible que a lo largo de los próximos meses se proceda por parte de los organismos públicos al cierre ordenado de las televisiones que carecen de título habilitante para prestar servicios de televisión local con tecnología digital.

³ Modalidad de interconexión mayorista según la terminología recogida en la Resolución del mercado 18.



Por último, y junto a las consideraciones precitadas, la propia Comisión aprecia en la Resolución de 7 de septiembre de 2010 objeto del presente recurso posibles indicios de incumplimiento de la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas, derivado del uso indebido del dominio público radioeléctrico, razón por la que acuerda el traslado de la Resolución a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en tanto Autoridad Nacional de Reglamentación competente para resolver sobre estos aspectos⁴.

Teniendo presentes estos hechos, e independientemente de las posibles acciones que INGEST pueda entablar por vía judicial contra AXIÓN dada la resolución de su acuerdo comercial, desde el punto de vista del interés público que la Comisión debe tutelar resulta improcedente exigir a AXIÓN la continuidad en la prestación de los servicios de albergamiento que venía ofreciendo a INGEST desde el centro de Valencina de la Concepción (Sevilla), tal como explicita en detalle la Resolución de 7 de septiembre de 2010.

En su virtud, debemos desestimar el recurso de INGEST ya que esta Comisión considera que, al margen de que los argumentos de la entidad recurrente no hubiesen desvirtuado el contenido material de la resolución recurrida, ésta como hemos señalado contiene una motivación suficiente para conocer la decisión de desestimar la solicitud de intervención de esta Comisión por parte de INGEST.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión,

RESUELVE

Primero.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por INFRAESTRUCTURAS Y GESTIÓN 2002, S.L. contra la resolución de 7 de septiembre de 2010, sobre el conflicto interpuesto contra RED DE BANDA DE ANDALUCÍA en relación con la prestación de servicios por parte de este último operador desde su centro de Valencina de la Concepción (RO 2010/501).

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, que pone fin a la vía administrativa, 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.

⁴ Las medidas que dicho organismo pueda o no adoptar, o la prosperabilidad de un hipotético recurso interpuesto por vía judicial por Trade Bump o Ingest contra las acciones llevadas a cabo por la Junta de Andalucía son indudablemente cuestiones ajenas a la resolución del conflicto planteado ante la CMT.