



IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 06/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 4 de marzo de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Jazztel Telecom, S.A.U. contra la Resolución, de fecha 10 de diciembre de 2009, relativa al conflicto de interconexión presentado por la recurrente frente a Cableuropa, S.A.U. por servicios de terminación y acceso en su red telefónica fija (AJ 2010/79).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Planteamiento del conflicto por parte de Jazztel Telecom, S.A.U.

Con fecha 19 de junio de 2009 tuvo entrada en el Registro General de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, Comisión) escrito formulado por la entidad Jazz Telecom S.A.U. (en adelante, Jazztel) por el que plantea un conflicto de interconexión frente a la entidad Cableuropa, S.A.U. (en adelante, ONO) en relación con los precios de interconexión de acceso y terminación ofrecidos por este último en su red telefónica pública y por el que solicitaba a esta Comisión lo siguiente:

- i) Que se proceda a imponer a ONO la obligación del pago de las cantidades solicitadas por Jazztel conforme a la aplicación del principio de ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de acceso y terminación.
- ii) Que se imponga a ONO la obligación de atender la solicitud de acceso solicitada por Jazztel con la aplicación de unos precios razonables que, conforme a la Resolución de 4 de diciembre de 2007, debería de ser de aplicación de los precios establecidos en la OIR + 30%.
- iii) Que se imponga a ONO la obligación de correr con los costes ocasionados a Jazztel por el cierre de la interconexión y la necesidad de cursar dicho tráfico en tránsito con Telefónica.
- iv) Que se imponga a ONO la obligación del abono del devengo de intereses de demora de las cantidades que son objeto de discrepancia una vez reconocida



la procedencia del pago, desde el momento en que debieron ser abonadas hasta la fecha de su efectivo pago.

SEGUNDO.- Resolución del consejo 10 de diciembre de 2009, por la que se ponía fin al conflicto.

Con fecha 10 de diciembre de 2009 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución, en el expediente número RO 2009/1102, mediante la cual se puso fin al conflicto planteado por Jazztel frente a ONO en relación con los precios de interconexión ofrecidos por este operador por servicios de terminación y acceso en su red telefónica fija.

La citada Resolución acordaba lo siguiente:

<<PRIMERO.- Desestimar la pretensión de Jazztel Telecom, S.A.U. de regularizar el pago de las cantidades reclamadas a CABLEEUROPA, S.A.U. derivadas de la aplicación del principio de ofrecer precios razonables según lo entiende dicho operador, así como de los costes ocasionados y de los intereses de demora correspondientes, por resultar ser anteriores a la extinción del Acuerdo General de Interconexión firmado entre ambas partes y no ser objeto de conflicto.

SEGUNDO.- En base a las obligaciones impuestas a CABLEEUROPA, S.A.U. en el mercado de terminación de llamadas en su red telefónica fija, Jazztel Telecom, S.A.U. podrá realizar una nueva solicitud de acceso a dicho operador, en el marco de nuevas negociaciones con el objeto de formalizar un nuevo Acuerdo General de Interconexión.>>

TERCERO.- Recurso de reposición de Jazztel.

Con fecha 19 de enero de 2010 tuvo entrada en el Registro General de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de Jazztel, presentado por correo administrativo el día 15 de enero de 2010, en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la mencionada Resolución de 10 de diciembre de 2009 a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la citada Resolución alegando que la misma adolece de un vicio de nulidad al amparo de lo dispuesto en el artículo 62.1, letras a) y e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

JAZZTEL considera que la Resolución recurrida, además de resultar arbitraria, no motiva ni establece la causa por la que esta Comisión ha desestimado su solicitud puesto que, a su juicio, la extinción del Acuerdo General de Interconexión (AGI) no sustenta en ningún caso la resolución adoptada dejando el conflicto planteado sin resolver.

A su vez, la recurrente manifiesta una serie de consideraciones sobre la actuación de esta Comisión sobre la base del Informe de los Servicios. En relación con lo anterior, alega que la Resolución se ha separado, sin causa justificada, de los criterios manifestados por la



Comisión en el Informe de audiencia en el que analizaba los precios que ONO ofrecía a terceros.

CUARTO.- Notificación del inicio de la tramitación del recurso.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechado el día 20 de enero de 2010, se informó a los interesados del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso de reposición, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.

QUINTO.- Alegaciones de ONO.

ONO efectuó alegaciones mediante escrito fechado el día 10 de febrero de 2010 y cuya entrada en esta Comisión fue registrada el mismo día, en el cual expone que la Resolución es objetiva y está correctamente motivada.

ONO se opone a las alegaciones de Jazztel relativas a la vulneración del artículo 54 de la LRJPAC analizando la causa de desestimación, manifestando su juicio sobre las razones de extinción del AGI y, analizando los efectos que produce dicha extinción y las competencias de esta Comisión para intervenir en las relaciones privadas. A su vez, expone las razones por las que considera que esta Comisión no se ha separado de los criterios seguidos en actuaciones previas.

Respecto a la supuesta existencia de arbitrariedad, ONO manifiesta que la recurrente en ningún momento justifica la misma señalando que la disconformidad con el criterio adoptado por esta Comisión en su Resolución en ningún caso justifica la afirmación de Jazztel relativa a la ausencia de objetividad de la que adolece el acto recurrido.

II FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley, y cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma LRJPAC.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC prevé 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, y en el artículo 117 se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

La entidad recurrente califica su escrito como recurso, y ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley; por tanto, y teniendo en cuenta que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía



administrativa (artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; en adelante, LGTel), procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito presentado por Jazztel como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 10 de diciembre de 2009 por la que se se puso fin al conflicto planteado por Jazztel frente a ONO en relación con los precios de interconexión ofrecidos por ONO por servicios de terminación y acceso en su red telefónica fija. (RO 2009/1102).

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesado por cuanto que ya lo era en el procedimiento RO 2009/1102 en el que se dictó la Resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a Jazztel para la interposición del recurso potestativo de reposición objeto de la presente Resolución.

TERCERO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

Habida cuenta de que el recurso de reposición interpuesto por Jazztel cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y viene fundamentado en los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley, procede su admisión a trámite.

CUARTO.- Competencia para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el recurso de reposición de Jazztel objeto de la presente Resolución corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

III FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

PRIMERO.- Sobre los defectos de la motivación alegados.

La recurrente solicita que se declare nula la Resolución impugnada por considerar que la misma resulta contraria al artículo 54 de la LRJPAC en relación con la letra c) del artículo 62.1 de la misma Ley. En concreto señala que la Resolución ni establece la causa de desestimación ni motiva ésta (artículo 54.1 a. LRJPAC), además de que se separa de los criterios seguidos en actuaciones previas de esta Comisión (artículo 54.1 c. LRJPAC).

Para analizar la conformidad de la Resolución impugnada con la letra a) del artículo 54.1 de la LRJPAC, debemos señalar que 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.

De la simple lectura de la Resolución se desprende que la misma establece, de forma clara, la motivación por la que se desestiman las pretensiones de la recurrente al señalar, tanto en su fundamento de derecho primero como en el resuelve primero, que se desestiman por referirse a reclamaciones relativas a un momento anterior a la extinción, de mutuo acuerdo, del AGI firmado entre las partes.

Como recoge la Resolución impugnada, la extinción del AGI, por la coincidente voluntad de las partes, conlleva necesariamente a la cesación de los efectos del mismo, por lo que su alcance debe quedar limitado a la producción de los efectos inherentes a toda resolución contractual. Es decir, desaparecen las obligaciones y derechos recíprocos que nacían del propio AGI y se producen efectos liquidatorios de la situación existente al tiempo de la resolución del AGI. En este sentido viene resolviendo esta Comisión supuestos de hecho muy similares¹.

Así pues, las pretensiones de la recurrente no pudieron ser resueltas en el conflicto planteado ante esta Comisión dado que para que ésta conozca de un conflicto, es presupuesto necesario que el objeto de la intervención haya surgido formalmente en las negociaciones entre las partes y que las mismas no hayan llegado a un acuerdo sobre el punto en cuestión, presupuesto que no se cumple en el presente supuesto en el que las partes ya habían resuelto la cuestión.

La motivación que hemos señalado en los anteriores párrafos expone de forma suficiente la razón de hecho y de derecho que fundamenta la Resolución.

El Tribunal Supremo señala 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”*², 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”*³.

Por lo tanto, las alegaciones relativas a la ausencia de motivación de la desestimación son alegaciones desiderativas de Jazztel de lo que, a su juicio, el Regulador debiera haber resuelto.

¹ Resolución MTZ/1141: *“Resuelto, por tanto, el Acuerdo Marco de Colaboración, no puede sino concluirse que con él han quedado extinguidos cuantos derechos y obligaciones derivaran de él para las partes no restando a éstas sino, en su propia expresión, convenir lo relativo a su liquidación que, como hemos señalado, han pactado sin resolver por la vía de arbitraje (...) De este modo, esta Comisión resulta incompetente para pronunciarse sobre una relación contractual ya extinguida.”*

² Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1990 (RJ 1990/9918)

³ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1998 (RJ 1998/819)



En cuanto a las alegaciones relativas al vicio de nulidad de la Resolución recurrida por vulnerar lo establecido en la letra c) del artículo 54.1 de la LRJPAC al señalar que la Comisión se ha desviado del criterio expuesto en el informe de audiencia del procedimiento, hemos de señalar que la Audiencia Nacional⁴ ha confirmado el carácter no vinculante del informe elaborado por los Servicios de un órgano administrativo, evacuado en el marco del trámite de audiencia, para el órgano decisorio del mismo, lo que determina que el cambio de criterio que se pueda producir en el acto final aprobado respecto del manifestado en el citado informe, no requiere la motivación exigida en el apartado c) del artículo 54.1 de la LRJPAC, relativo a la necesaria motivación que deben tener aquellos actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes.

Concretamente la citada Audiencia, en un proceso en el que esta Comisión era parte y en el que se discutía sobre cuestión idéntica a la debatida en el presente fundamento estableció que:

“se denuncia por la actora la ausencia de justificación expresa del apartamiento de la CMT de los criterios y formula contenidos en el Informe elaborado por sus servicios, queja que no puede ser acogida. Como ya hemos indicado con anterioridad, la naturaleza no vinculante de este dictamen implica que su contenido no condiciona la posición de la CMT a la hora de adoptar la decisión y no conlleva, como se pretende por la actora, una exigencia a la CMT de exposición de las concretas razones que determinaron que no siguiera la propuesta del informe⁵, ya que tal apartamiento no precisa, en principio, ser formal ni materialmente justificado, siendo suficiente y válida la motivación ofrecida en los acuerdos impugnados sobre las razones por las que se llega a la solución adoptada sin necesidad de posicionamiento o valoración expresa del dictamen”

En consecuencia, sin perjuicio de que esta Comisión en la Resolución recurrida sí que puso en conocimiento de los interesados las razones por la que ha desestimado las pretensiones de Jazztel, en aplicación de lo establecido por el citado Tribunal, el cambio producido en la Resolución recurrida respecto de la propuesta formulada por los Servicios de esta Comisión, no constituye uno de los supuestos previstos en el apartado c) del artículo 54. 1 de la LRJPAC y por tanto, no requería estar dotado de la motivación exigida por la recurrente.

SEGUNDO.- Sobre la pretendida arbitrariedad de la Resolución impugnada.

Jazztel alega que la Resolución impugnada resulta nula de pleno derecho de conformidad con la letra a) del artículo 62.1 de la LRJPAC por resultar arbitraria vulnerando lo establecido en los artículos 3.1 de la misma Ley y los artículos 9.3 y 103 de la Constitución española.

Previamente ha de señalarse que Jazztel en ningún momento justifica la arbitrariedad alegada limitándose a reproducir lo establecido en los artículos que proclaman la objetividad de toda actividad administrativa y a realizar alegaciones relativas a la determinación de los precios ofrecidos por ONO sobre la base del Informe de los Servicios que, tal y como hemos

⁴ Sentencia de 30 de julio de 2005 (RJCA 2006/26).

⁵ El subrayado es nuestro.



apuntado en el anterior Fundamento de Derecho, no resultan vinculantes para la Resolución definitiva del Consejo de esta Comisión.

Respecto a la arbitrariedad, cabe decir que de los pronunciamientos judiciales relativos a esta cuestión, se puede extraer la conclusión de que tanto el principio de interdicción de la arbitrariedad como el de objetividad, tienen como finalidad asegurar la legitimidad de la actuación administrativa sobre la base de que el órgano funde su decisión con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, sin que por tanto pueda basarse en la formulación de juicios abstractos, en apreciaciones estimativas o en convicciones de carácter subjetivo.

Y eso es precisamente lo que ha hecho esta Comisión al desestimar las pretensiones de Jazztel, si tenemos en cuenta que ha sido adoptada en aplicación de los más estrictos criterios de objetividad legalmente previstos conforme se desprende de su motivación y en observancia del principio de mínima intervención que se desprende del artículo 8 Directiva Marco⁶ y que ha de regir el ejercicio de la competencia atribuida a esta Comisión en el artículo 14 de la LGTel.

Como bien manifiesta la propia recurrente, la objetividad en la actuación de esta Comisión encuentra su máxima expresión en la Constitución Española, que en su artículo 103 establece que *“la administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y el derecho”*.

De acuerdo con el principio de objetividad, las Administraciones Públicas tienen la obligación de salvaguardar los intereses generales, mediante una actuación objetiva, carente de parcialidad y arbitrariedad, sirviendo con neutralidad a los administrados. Y esta, es una obligación que no puede ni debe eludir esta Comisión, como administración pública que es, y como garante del cumplimiento de las obligaciones impuestas a los operadores en la normativa sectorial de telecomunicaciones, que no persigue otra cosa la adecuada prestación de unos servicios a los que la Ley les otorga la consideración de servicios de interés general.

Nuestros tribunales han tratado en innumerables ocasiones el deber de objetividad e interdicción de la arbitrariedad en la actuación de las Administraciones Públicas *“como equivalente a imparcialidad o neutralidad, de tal forma que cualquier actividad ha de desarrollarse en virtud de pautas estereotipadas, no de criterios subjetivos.”*⁷

La problemática que suscita la conceptualización de lo que es arbitrario y de lo que debe ser objetivo o no, puede generar en ocasiones incertidumbre al administrado al considerar que las decisiones que le afectan resultan arbitrarias careciendo de la objetividad necesaria. Es por lo anterior, por lo que la solución que posibilita garantizar la total objetividad de los actos administrativos, radica en la fundamentación que le sirve de base, o lo que es lo mismo, en la mayor o menor motivación de las decisiones administrativas.

⁶ Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de mayo de 1988



Así lo entiende el propio Tribunal Supremo cuando manifiesta que *“si la Administración Pública ha de servir con objetividad los intereses generales, cual lo impone el artículo 103 de nuestra Constitución, es mediante la motivación de sus actos, pues sólo a través de ella es como se puede conocer si la actuación merece la conceptualización de objetiva por adecuarse al cumplimiento de sus fines, sin que tal motivación se pueda cumplir con fórmulas convencionales, sino dando razón plena del proceso lógico y jurídico que determine la decisión.”*⁸

Por último, debemos señalar que, en observancia del principio de mínima intervención que se desprende del artículo 8 Directiva Marco⁹ y que ha de regir el ejercicio de la competencia atribuida a esta Comisión en el artículo 14 de la LGTel, no cabe calificar la Resolución recurrida como de arbitraria ni de falta de objetividad por el simple hecho de que esta Comisión no haya entrado a analizar las pretensiones de la recurrente ante la ausencia efectiva de conflicto entre las partes conforme se establece en el Fundamento de Derecho PRIMERO. Por lo tanto, al estar la Resolución suficientemente motivada, la misma resulta objetiva y no arbitraria y, en consecuencia, no vulnera lo establecido en los artículos 3.1 de la LRJPAC, 9.3 y 103 de la Constitución española.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por la Jazztel Telecom S.A.U. contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 10 de diciembre de 2009, dictada en el expediente número RO 2009/1102, mediante la cual se puso fin al conflicto planteado por la recurrente frente a Cableuropa, S.A.U. en relación con los precios de interconexión ofrecidos por ONO por servicios de terminación y acceso en su red telefónica fija.

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 por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, 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

⁸ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1990

⁹ Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas



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 presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.