



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 43/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 4 de diciembre de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE SOBRE LA PETICIÓN DE SUSPENSIÓN SOLICITADA POR LA ENTIDAD FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2008

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, S.A. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 25 de septiembre de 2008 sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal por los ejercicios 2003, 2004 y 2005 (MTZ 2007/1459), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 43/08 del día de la fecha, la siguiente Resolución (AJ 2008/1893):

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 25 de septiembre de 2008, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal por los ejercicios 2003, 2004 y 2005. En la citada Resolución se determina que, entre otras, la entidad France Telecom España, S.A. (en adelante, Orange), deberá contribuir al Fondo Nacional del servicio universal en los años citados anteriormente y en las cantidades establecidas en la misma.

SEGUNDO.- Con fecha 6 de noviembre de 2008 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de Orange por el que interpone recurso de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La recurrente solicita, a través de otrosí digo, la suspensión de la citada Resolución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

La recurrente fundamenta la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución de 25 de septiembre de 2008 en su supuesta nulidad de pleno Derecho por vulnerar la libertad de empresa y la economía de mercado, en especial, la existencia de una competencia efectiva, *“noción ésta que se configura como uno de los elementos definitorios de dicha economía de mercado, conceptos ambos protegidos de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 38 de la Constitución Española”*.

En síntesis, Orange considera que la Resolución de continua referencia vulnera la libre competencia protegida tanto por el precitado artículo 38 de la Constitución como por la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, vulneración que, señala, se manifiesta en lo siguiente:

- Ausencia de proporcionalidad de las contribuciones, existencia de una financiación encubierta a TESAU y vulneración de la libre competencia como consecuencia del tratamiento de la compensación del coste neto de prestación del servicio TRAC.
- Ausencia de motivación y contravención de la libre competencia por la forma de designar los operadores obligados al pago del servicio universal.
- Quebrantamiento de la libre competencia como consecuencia del tratamiento de los servicios de comunicaciones móviles DCS en la determinación del criterio de reparto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

Primero.- Legitimación de la entidad recurrente.

En el escrito presentado por Orange por el que se interpone recurso de reposición contra la Resolución de esta Comisión de fecha 25 de septiembre de 2008, se viene a solicitar por medio de otrosí digo la suspensión de la ejecución de la citada Resolución impugnada.

En aquella Resolución se determinan los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal para los ejercicios 2003, 2004 y 2005, por lo que, en la medida en que dicha entidad ya era interesada en el procedimiento que dio como resultado la Resolución objeto de impugnación, Orange ostenta también la condición de interesada en la presente pieza de suspensión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- Competencia para resolver.

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el recurso de reposición interpuesto por Orange contra la Resolución de 25 de septiembre de 2008 y, por tanto, la petición de suspensión en él contenida, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

Tercero.- Admisión a trámite.

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 Orange, en el que se solicita la suspensión del acuerdo impugnado, se interpone contra una Resolución de esta Comisión, que resulta susceptible del mismo según lo dispuesto en 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.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero.- La suspensión de la ejecución de los actos administrativos.

Con carácter general, el artículo 111.1 de la 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 (supuesto que no concurre en este caso).

La posibilidad de suspender un acto administrativo constituye un verdadero límite a su ejecutividad, 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 la de la recurrente, deba hacerse partiendo de su excepcionalidad.

Sin embargo, la Administración debe vigilar por que se respete el derecho a la defensa efectiva, acordando la suspensión de los actos que puedan suponer la causación de un perjuicio irreparable en el caso de que quien tenga la razón tenga que verse asistido de un órgano jurisdiccional para obtenerla¹.

En este sentido, el apartado 2 del citado artículo 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,

¹ Esta doctrina ha sido recogida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia del caso *Factortame*, de 19 de junio de 1990.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias tasadas:

- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC.

En aplicación del artículo citado, para determinar si procede o no acceder a la suspensión solicitada por la recurrente, habrá que analizar, en primer lugar, si concurre alguna de las circunstancias señaladas con las letras a) y b). 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 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.- Concurrencia de los requisitos legales para la suspensión.

- a) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC.**

Entre las dos circunstancias alternativas que el artículo 111.2 de la LRJPAC establece como posibles para solicitar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo, Orange únicamente invoca una de ellas, a saber, que la Resolución de 25 de septiembre de 2008 lesiona un derecho susceptible de amparo constitucional, concretamente, su derecho a la libertad de empresa (artículo 62.1.a) en relación con el artículo 111.2.b), ambos de la LRJPAC).

En atención al análisis que se realizará a continuación es preciso recordar que el Tribunal Supremo² ha señalado que el requisito establecido en el artículo 111. 2. b) concurrirá *“siempre que se aprecie de una manera terminantemente clara y ostensible la posibilidad de concurrencia de alguna de tales causas de nulidad de pleno derecho”*³. Esto es, se trata de que el vicio determinante de nulidad surja de manera evidente sin necesidad de que deba realizarse nada más que la comprobación del hecho para constatar su existencia, debiendo ser inmediatamente apreciable y sin ser necesario profundizar en el fondo del asunto.

La concurrencia de la circunstancia expuesta en el párrafo anterior no es baladí ya que, tal y como también ha establecido el Alto Tribunal⁴, aplicando la doctrina establecida para los recursos contenciosos-administrativos a los interpuestos en vía administrativa, al resolver sobre una solicitud de suspensión resulta necesario apreciar la posible incidencia de la alegada nulidad de pleno Derecho sin que

² Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7840).

³ El subrayado es nuestro.

⁴ Auto del Tribunal Supremo de fecha 6 de octubre de 1997 (RJ 1997/7114).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pueda entenderse que concurra simplemente por el hecho de ser alegada ya que ello significaría dejar al arbitrio de los interesados en un procedimiento la facultad de obtener la suspensión del acto recurrido.

Tal y como se señaló anteriormente, la recurrente invoca la nulidad de la Resolución recurrida al haber ésta, supuestamente, vulnerado su derecho a la libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución, vulneración que se produce, entre otras circunstancias, por suponer una financiación encubierta al grupo Telefónica, vulnerar la competencia como consecuencia del tratamiento de la compensación del coste neto de la prestación del servicio TRAC o por quebrar la competencia de continua referencia como consecuencia del tratamiento de los servicios de comunicaciones móviles DCS en la determinación del criterio de reparto.

En primer lugar cabe significar que el derecho a la libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución que se incardina dentro de la Sección 2ª del Capítulo II (De los Derechos y Deberes de los ciudadanos) no se encuentra dentro de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional de conformidad con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, que reserva el citado amparo a la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14, en la Sección 1ª del Capítulo II y al derecho a la objeción de conciencia reconocido en el artículo 30 de la Constitución, por tanto, no cabe alegar la nulidad de la Resolución por una hipotética conculcación del artículo 38 de la Constitución.

Sin perjuicio de lo anterior procede poner de manifiesto que, tal y como puede apreciarse de las alegaciones referenciadas en el párrafo anterior, en modo alguno resulta posible apreciar en la Resolución recurrida la concurrencia de la supuesta nulidad de pleno Derecho de la forma manifiesta y ostensible exigida por la jurisprudencia. Esto es, para poder determinar, eligiendo uno de los supuestos alegados por la recurrente, si el tratamiento de la compensación del coste neto de la prestación del servicio TRAC ha supuesto una infracción del ordenamiento jurídico que determine la precitada nulidad de pleno Derecho de la Resolución, sería necesario realizar un análisis en profundidad que sería improcedente en el marco de la presente pieza separada de suspensión.

De manera que, de las alegaciones vertidas por la recurrente, *a priori* no se revela que esta Comisión haya podido vulnerar el ordenamiento jurídico de forma palmaria y manifiesta, resultando necesario para determinar la veracidad de las consideraciones de la recurrente, realizar un análisis en profundidad que implicaría prejuzgar la cuestión de fondo y que, por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho también fundamental cual es el derecho a un procedimiento administrativo con las garantías debidas de contradicción y prueba, no constituyendo la presente Resolución el trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del recurso interpuesto.

En consecuencia, dado que la Resolución impugnada fue dictada sobre la base de las competencias que han sido atribuidas legalmente a esta Comisión,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

competencias a las que se hizo referencia en aquella, consistentes no sólo en su facultad para determinar si la obligación de prestar el servicio universal implicaba una carga injustificada para los operadores obligados a su prestación, sino también para determinar las aportaciones que corresponden a cada uno de los operadores con obligaciones de contribución a la financiación del servicio universal (artículo 24 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en adelante, LGTel) y teniendo en cuenta, asimismo, que esta determinación ha sido realizada cumpliendo con todas las garantías procedimentales establecidas en el artículo LRJPAC, procede concluir que no concurre la supuesta nulidad manifiesta y ostensible exigida por la jurisprudencia para poder estimar la solicitud de suspensión. Lo anterior sin perjuicio del análisis que sobre la posible nulidad de la Resolución de 25 de septiembre de 2008 se realizará en la Resolución que resuelva el recurso interpuesto.

b) Ponderación entre el interés público y el perjuicio que se causaría a la recurrente.

Tal y como hasta aquí habrá podido apreciarse, la solicitud de suspensión efectuada por la recurrente adolece de una falta de argumentación, limitándose a invocar la supuesta nulidad de la Resolución de 25 de septiembre de 2008 sin aportar argumentación alguna que pueda inducir a esta Comisión a considerar que la ejecución del acto impugnado podría causarle perjuicios de imposible o difícil reparación, obviando que, tal y como ha establecido el Tribunal Supremo⁵, los citados perjuicios constituyen el criterio decisivo para adoptar una medida cautelar.

Esto es, a pesar de que el artículo 111 *ex lege* únicamente requiere para solicitar la suspensión de un acto impugnado, bien que la ejecución del mismo cause perjuicios de imposible o difícil reparación bien que la impugnación se fundamente en algunas de las causas de nulidad de pleno Derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC, correspondiendo al órgano administrativo la tarea de ponderar de oficio los beneficios y perjuicios que tendría la inmediata ejecución del acto, habría sido más acorde haber realizado siquiera una mera referencia a los perjuicios que la inmediata ejecución de la Resolución de 25 de septiembre de 2008 le podría causar.

Pero es que, la omisión referenciada en el párrafo anterior no es fortuita, si no que efectivamente, a la recurrente no le causa ningún perjuicio la inmediata ejecución de la Resolución impugnada, ya que, tal y como ha establecido reiteradamente el Tribunal Supremo⁶, cuando los supuestos perjuicios que podrían causarse son únicamente económicos y además fácilmente cuantificables, no cabe considerarlos como de difícil reparación.

⁵ Sentencia de 15 de junio de 2001 (RJ 2001/6393).

⁶ Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 17 de junio de 1997 remitiéndose a Autos del Tribunal Supremo de fechas 2 de junio de 1987, 10 de mayo de 1988 y 20 de noviembre de 1989.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, aplicando la jurisprudencia establecida por el Alto Tribunal al objeto de la presente Resolución procede apreciar la plena concurrencia de aquella dado que, el único perjuicio que podría causarse a la recurrente sería de naturaleza económica y se encuentra plenamente cuantificado en el resuelve de la Resolución de 25 de septiembre de 2008⁷.

Sentado lo anterior cabe señalar que la inexistencia de perjuicios por la inmediata ejecución de la Resolución eximiría del análisis que procedería realizar sobre el perjuicio o beneficio que causaría al interés público la inmediata ejecución de la misma⁸, no obstante es preciso poner de manifiesto que el interés público sí que se vería beneficiado por la inmediata ejecución del acto por cuanto ello supondría el cumplimiento tanto de la legislación sectorial vigente de telecomunicaciones como de los actos administrativos dictados por este organismo.

En virtud de lo expuesto cabe concluir que la Resolución de fecha 25 de septiembre de 2008 es plenamente ejecutiva en todos sus términos desde la fecha de su notificación. Procede recordar a la recurrente que el artículo 51.5 del Reglamento del servicio universal⁹ establece que los operadores que estén obligados a realizar aportaciones al Fondo Nacional del Servicio Universal y no las lleven a cabo en el plazo establecido, verán incrementada su deuda con un interés de demora igual al interés legal más dos puntos desde el día siguiente al de finalización del plazo de pago.

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Desestimar la solicitud de suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución de esta Comisión de 25 de septiembre de 2008 sobre la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal por los ejercicios 2003, 2004 y 2005 (MTZ 2007/1459), 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, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto

⁷ El objeto de la Resolución recurrida consiste específicamente en determinar cuáles son las aportaciones que los distintos operadores deben aportar al Fondo Nacional del servicio universal. Concretamente a Orange le corresponde la satisfacción de las siguientes cantidades, respectivamente para los años 2003, 2004 y 2005: 1.850.432,69€, 8.932.556,43€ y 8.197.159,75 €.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de mayo de 2001 (RJ 2001/4186).

⁹ Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera