



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 28/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 19 de julio de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución relativa a la petición del operador Servicios de Información de Audiotex Teléfonía, S.L. de suspensión de la ejecución de la Resolución de fecha 7 de junio de 2012, sobre el expediente sancionador RO 2011/1662 incoado por el presunto incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación del número corto 11854 para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado (AJ 2012/1444).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución recurrida.

Mediante Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 7 de junio de 2012, recaída en el procedimiento RO 2012/1662, se acordó:

<< **PRIMERO.** Que se declare responsable directa a la entidad Servicios de Información de Audiotex Teléfonía, S.L. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.w) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación del número corto 11854, por prestar servicios de tarificación adicional (como los de tarot o para adultos) lo que supone un uso distinto del autorizado para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonados.

SEGUNDO. Que se imponga, por la comisión de la infracción señalada en el apartado Primero, una sanción económica a la entidad Servicios de Información de Audiotex Teléfonía, S.L. por importe de veinte mil euros (20.000 euros). (...)>>



SEGUNDO.- Recurso de reposición y solicitud de suspensión.

Contra la Resolución de fecha 7 de junio de 2012 la entidad Servicios de Información de Audiotex Telelínea, S.L. (en adelante, AUDIOTEX) ha presentado un recurso de reposición que ha tenido entrada en el Registro electrónico de esta Comisión el día 27 de junio de 2012 y en el que se solicita el archivo del expediente sancionador, que se deje sin efecto la imposición de la sanción de 20.000 euros y, al amparo del artículo 111 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), que se decrete la suspensión de la ejecutividad de la resolución impugnada.

Los razonamientos aducidos por AUDIOTEX en su recurso de reposición pueden resumirse, fundamentalmente, en lo siguiente:

1. La vulneración del principio de tipicidad (Art. 25 CE y art. 129 de la LRJPAC) ya que, para la recurrente, no se ha incurrido en tipo infractor alguno ni se han incumplido las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación del número 11854. La posibilidad de encaminar las llamadas realizadas al 11854 a otros números con servicios de predicción de futuro es un valor añadido que no infringe norma alguna por lo que los hechos no pueden ser catalogados como infracción.
2. La violación del derecho al secreto de las comunicaciones (Art. 18.3 CE). Según la recurrente, las pruebas de cargo han sido obtenidas contraviniendo la Constitución y las leyes, mediante mentira o engaño, sin emplazamiento previo ni autorización judicial.
3. La infracción del principio de proporcionalidad. Para la recurrente, la sanción económica de 20.000 euros es una medida desproporcionada en relación con su conducta y deberían tenerse en cuenta las circunstancias atenuantes de la responsabilidad.
4. Se solicita la suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida al estar fundamentado el recurso de reposición en varias causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC, y al alegarse la concurrencia de un perjuicio de imposible o difícil reparación.

TERCERO.- Notificación de inicio de procedimiento.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión, fechado el día 6 de julio de 2012, se notificó a AUDIOTEX el inicio del procedimiento de tramitación del recurso de reposición, con número de expediente AJ 2012/1444, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42.4 de la LRJPAC.

CUARTO.- Objeto de la presente Resolución.

Constituye el objeto de la presente resolución resolver sobre la solicitud de suspensión de la Resolución de fecha 7 de junio de 2012, en concreto, sobre la ejecutividad de la declaración de responsabilidad de AUDIOTEX por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.w) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación del número corto



11854, por prestar servicios de tarificación adicional (como los de tarot o para adultos) lo que supone un uso distinto del autorizado para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonados, y la imposición de una sanción de 20.000 euros para la recurrente.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Admisión a trámite.

AUDIOTEX solicita en su recurso de reposición la suspensión cautelar de la ejecutividad de la resolución recurrida al amparo de lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJPAC, que se refiere a la suspensión de la ejecución de los actos administrativos cuando éstos pudieran causar perjuicios de difícil o imposible reparación o cuando la impugnación se fundamente en algunas de las causas de nulidad previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC.

El recurso de reposición presentado por AUDIOTEX 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 disponen los artículos 107 y 116 de la LRJPAC. Asimismo, se ha presentado dentro del plazo de un mes previsto por el artículo 117 de la citada Ley y ha sido admitido a trámite por acuerdo del Secretario de fecha 6 de julio de 2012. Por todo ello también procede admitir a trámite la petición de suspensión para su resolución final.

SEGUNDO.- Competencia y plazo para resolver.

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el mencionado recurso de reposición, al ser el acto impugnado una resolución dictada por ese mismo órgano, según prevé el artículo 116 LRJPAC.

Asimismo, el artículo 111.2 de la LRJPAC atribuye la competencia para suspender la ejecución del acto impugnado al órgano a quien compete resolver el recurso. En consecuencia, el Consejo de esta Comisión resulta competente para resolver la solicitud de suspensión de AUDIOTEX.

Finalmente, la solicitud de suspensión deberá ser resuelta en el plazo máximo de 30 días contados desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, según lo establecido en el artículo 111.3 de la misma Ley. La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurrido dicho plazo no se ha dictado resolución expresa al respecto.



II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

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

Con carácter general, el artículo 111 de la LRJPAC dispone que la interposición de los recursos no suspenderá la ejecución del acto impugnado. En el mismo sentido, la misma Ley se refiere en sus artículos 56 y 94 a la ejecutividad inmediata de los actos administrativos como manifestación del principio constitucional de eficacia en la actuación administrativa y del privilegio de autotutela atribuido a las administraciones públicas.

La suspensión de la ejecutividad, como supuesto excepcional, exige la concurrencia de una serie de requisitos que deberán valorarse por el órgano administrativo que la acuerde. Así, el artículo 111.2 de la LRJPAC prevé que el órgano al que compete resolver 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 concurra alguna de las siguientes circunstancias tasadas:

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

Por consiguiente, en aplicación del artículo citado, para determinar si procede o no acceder a la suspensión provisional solicitada por la recurrente habrá que valorar, primeramente, si concurre alguna de las circunstancias señaladas con abstracción del fondo del asunto, puesto que éste será objeto de análisis en la Resolución que resuelva el recurso de reposición interpuesto. En caso de que así ocurra, a continuación deberá analizarse si debe prevalecer el interés público o de terceros en la ejecutividad del acto recurrido, o el de los interesados en su suspensión, previa ponderación razonada de los perjuicios que a unos y otros les causaría la suspensión o la ejecución inmediata del acto recurrido.

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

2.1.- La causación de perjuicios de imposible o difícil reparación

AUDIOTEX fundamenta su solicitud de suspensión amparándose en la concurrencia de las dos circunstancias previstas en el artículo 111.2 a) de la LRJPAC.

En primer lugar, la operadora alega que la ejecución de la resolución impugnada, en concreto el pago de la sanción de 20.000 euros, le causaría perjuicios irreversibles de imposible o difícil reparación manifestados en la posible insolvencia de la empresa. Sin embargo, no aporta ningún dato numérico contrastable que corrobore esta afirmación más allá de señalar que la cancelación del número 11854 le ha llevado a eliminar puestos de trabajo y a mermar considerablemente sus ingresos.



La necesidad de acreditar la producción de daños de difícil o imposible reparación ha sido analizada en distintas Sentencias del Tribunal Supremo con relación a la suspensión de ejecutividad de actos y resoluciones administrativas, en las que concluye que no basta la mera alegación de hipotéticos perjuicios para proceder a la suspensión de la ejecutividad de los actos, sino que el solicitante debe acreditarlos fehacientemente. Entre otras, cabe señalar las sentencias de su Sala de lo Contencioso-administrativo de fecha 30 de enero de 2008 (RJ 2008\931) y de 20 de diciembre de 2007 (RJ 2008\515). En el Fundamento Quinto de esta última se recuerda el deber que incumbe al solicitante de la suspensión de acreditar debidamente la concurrencia del perjuicio de *“difícil o imposible reparación”*¹. Y no solamente en Sentencias sino también en Autos del mismo Tribunal Supremo 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)² 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 sobreveniencia de tales perjuicios, o bien que la existencia de los mismos pueda deducirse de la naturaleza del acto impugnado, caso de no accederse a ella. Por otra parte, resulta absolutamente necesario que tales circunstancias sean patentes en el momento de la solicitud de suspensión.”

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 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 a lo largo de su recurso la causación de perjuicios de imposible o de difícil reparación, según lo exigido por el artículo 111.2.a) LRJPAC, como consecuencia de la aplicación de la resolución recurrida.

Únicamente hace referencia en la página 26 de su recurso a que *“la empresa difícilmente se sostiene en la actual coyuntura económica y, el importe de la sanción, supondría una carga que, sin duda, contribuiría con toda seguridad a entrar en una situación de absoluta insolvencia”*, pero sin aportar prueba indiciaria alguna de lo anterior cuando es a la propia operadora a la que corresponde conocer y acreditar el impacto económico que el importe de la sanción impuesta tendría sobre la viabilidad de la empresa.

¹ *“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 (...)”*

² *“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”.*



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

Sin entrar a valorar el fondo del asunto que será objeto de análisis en la Resolución que resuelva el recurso de reposición interpuesto, AUDIOTEX alude en su recurso la existencia de causas de nulidad basadas en el artículo 62.1 letras a) y e) de la LRJPAC con relación a los artículos 18.3 y 25.1 de la Constitución.

Con respecto a la apariencia de buen derecho, y en caso de alegación de una causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 LRJPAC, 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).”

En el procedimiento del que trae causa la Resolución de fecha 7 de junio de 2012 quedó acreditada la responsabilidad directa de AUDIOTEX de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.w) de la Ley General de Telecomunicaciones por el incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación del número corto 11854, por prestar



servicios distintos del autorizado para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonados.

Aun considerando una hipotética vulneración del artículo 62.1 de la LRJPAC en lo relativo a un incumplimiento de los principios de tipicidad/legalidad y secreto de las comunicaciones de la Resolución recurrida, su concurrencia no resulta manifiesta o inequívoca dado que no se deduce a primera vista ni de manera evidente o manifiesta pues se requiere el análisis de fondo de dichas cuestiones a los efectos de determinar si efectivamente aquéllas concurren.

Por consiguiente, al no resultar en el presente caso ni manifiesto ni inequívoco el vicio alegado por la recurrente, pues se requiere el análisis de fondo de la cuestión, debe ser objeto de la resolución principal del procedimiento y no de este procedimiento de naturaleza cautelar. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en Sentencia de 18 de mayo de 2004 (RJ 2004/4409) señalando:

“...que es también doctrina reiterada del Tribunal Supremo, la que precisa que la pieza de suspensión o el incidente de medidas cautelares no es el cauce o momento procesal oportuno para resolver la cuestión de fondo, ni por tanto para hacer valoraciones que sean propias del fondo del asunto, pues ello sería tanto como desvirtuar su propia naturaleza y contenido, y el resolver la cuestión de fondo sin trámite de demanda, de prueba y de conclusiones, esto es, sin las garantías y trámites que al efecto ha establecido el Legislador”.

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, el interés público en el mantenimiento de la ejecutividad de la resolución recurrida prevalecería en todo caso sobre el interés de AUDIOTEX a la suspensión de la misma, al no haberse acreditado por parte de dicho operador la posible causación de perjuicios. En efecto, los tribunales, como el STS en su Sentencia 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 (...)**”*

De manera que el interés particular de suspensión de la ejecutividad de la sanción impuesta no puede preponderar sobre el interés público concurrente^[3], y más aun, al no haber acreditado efectivamente AUDIOTEX los perjuicios de difícil o imposible reparación que la ejecutividad de la Resolución impugnada le ocasionarían.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

³ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 febrero 2010 (JUR 2010/66659)



RESUELVE:

UNICO.- Denegar la solicitud de Servicios de Información de Audiotex Telelínea, S.L. de suspensión de la ejecutividad de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 7 de junio de 2012, recaída en el procedimiento sancionador RO 2012/1662, por la que se acuerda declarar responsable directa a la recurrente de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.w) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación del número corto 11854 por prestar servicios distintos del autorizado para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonados, y se impone por la comisión de la infracción señalada una sanción económica por importe de veinte mil euros (20.000 euros).

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 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), 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 48.12 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 que los interesados puedan ejercitar cualquier otro recurso que estimen procedente en defensa de sus derechos en virtud 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, Bernardo Lorenzo Almendros.