



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 27/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 8 de septiembre de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

Resolución por la que se resuelve la solicitud de suspensión solicitada por la entidad Elette Servicios Televisión, SL, en su recurso de reposición interpuesto contra la resolución de fecha 22 de julio de 2011, relativa a la cancelación de la asignación del número 11863 a la entidad recurrente (AJ 2011/1893).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de fecha 22 de julio de 2011 recaída en el expediente DT 2011/319.

Con fecha 22 de julio de 2011 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, Comisión) dictó Resolución, en el expediente número DT 2011/319, relativa a la cancelación de la asignación del número 11863 a la entidad Elette Servicios Televisión, SL, (en adelante, ELETTE).

La citada Resolución resolvió lo siguiente:

<<PRIMERO.- Cancelar la asignación del número 11863 a la entidad Elette que pasará al estado libre en la fecha de notificación de la presente resolución.

SEGUNDO.- El número 11863 no podrá ser reasignado a ningún operador hasta transcurridos seis meses desde la aprobación de la presente resolución.

TERCERO.- Iniciar procedimiento sancionador contra Elette como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en artículo 53.w de la LGTel consistente en el incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de recursos de numeración incluidos en los planes de numeración. La citada infracción administrativa puede dar lugar a la imposición por la Comisión del



Mercado de las Telecomunicaciones de una sanción en los términos expresados en el fundamento de derecho V de la presente Resolución.

El presente expediente sancionador tiene por finalidad el debido esclarecimiento de los hechos y cualesquiera otros relacionados con ellos que pudieran deducirse, la determinación de responsabilidades que correspondieren y, en su caso, sanciones que legalmente fueran de aplicación, según lo establecido en el artículo 56 de la LGTel, y todo ello, con las garantías previstas en la Ley precitada, en el Reglamento del Proceso Sancionador y en los plazos a que se refiere el artículo 58 de la LGTel.

CUARTO.- Nombrar instructor del presente procedimiento sancionador a Dña. María López Martínez quien, en consecuencia, quedará sometido al régimen de abstención y recusación establecido en los artículos 28 y 29 de la LRJPAC.

QUINTO.- De conformidad con lo que establece el artículo 16.1 del Reglamento del Proceso Sancionador, en relación con el artículo 58 de la LGTel, los interesados en el presente procedimiento disponen del plazo de cuarenta días, contado a partir de la notificación del presente Acuerdo de incoación, para:

- a) Comparecer en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, si así lo desea, para tomar vista del expediente.*
- b) Proponer la práctica de todas aquellas pruebas que estime convenientes para su defensa, concretando los medios de prueba de que pretendan valerse.*
- c) Presentar cuantas alegaciones, documentos y justificantes estime convenientes.*

Transcurrido dicho plazo sin que se haya recibido alegación alguna, se continuará con la tramitación del procedimiento, informándole que el Instructor del mismo podrá acordar de oficio la práctica de aquellas pruebas que considere pertinentes.

SEXTO.- En cualquier momento de la tramitación del procedimiento y con suspensión del mismo, el interesado podrá ejercitar su derecho a la recusación contra el Instructor, si concurre alguna de las causas recogidas en los artículos 28 y 29 de la LRJPAC.

SEPTIMO.- En el supuesto de que Elette reconozca su responsabilidad en los hechos citados se podrá, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento del Proceso Sancionador, dictar resolución directamente sin necesidad de tramitar el procedimiento en su totalidad. No obstante se le informa de su derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.

OCTAVO.- Este Acuerdo deberá ser comunicado al Instructor nombrado, dándole traslado de cuantas actuaciones existan al respecto en el expediente. Asimismo, deberá ser notificado a los interesados.>>

SEGUNDO.- Recursos de reposición interpuestos contra la Resolución DT 2011/826.

Con fecha 10 de agosto de 2011, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito en nombre y representación de ELETTE por el que interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución de referencia.

En su escrito de recurso solicita, en el segundo otrosí, la suspensión de la eficacia de la Resolución impugnada por considerar que la misma adolece de determinados vicios de nulidad,



previstos en las letras a) y e) del artículo 62.1 de la LRJPAC. Asimismo, que la ejecución de la misma les causaría perjuicios de imposible o difícil reparación, sin especificar éstos, señalando de manera genérica que *“la privación del número que gestiona, en la actual coyuntura económica, le parte por el eje”* viéndose obligada a rescindir los contratos del personal necesario para la gestión del número 11863.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Admisión a trámite.

En el recurso de reposición presentado se solicita la suspensión de la ejecutividad de la resolución de 22 de julio de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJPAC.

Habida cuenta de que el recurso de reposición presentado, en el que se solicita la suspensión del acto administrativo impugnado, se interponen 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 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.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Requisitos para la suspensión de la ejecución de las resoluciones administrativas.

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

No obstante, el apartado 2 del citado artículo 111 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 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, se debe 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 irrogaría la suspensión o la ejecución inmediata del acto recurrido.

SEGUNDO.- Sobre la supuesta causación de perjuicios de imposible o difícil reparación como consecuencia de la ejecución de la Resolución de 22 de julio de 2011.

La primera de las circunstancias que debe concurrir para que proceda acordar la suspensión de la ejecución de los actos administrativos es la posibilidad de que se causen a la entidad recurrente perjuicios de imposible o difícil reparación si se produjera una posterior 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 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*"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:

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".



“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 posible existencia de perjuicios de imposible o de difícil reparación como consecuencia de la inmediata aplicación de la resolución recurrida, condición necesaria, como se ha señalado, para conceder su suspensión. En la medida en que la Resolución resuelve cancelar la asignación del número 11863 a través del cual la entidad recurrente presta servicios de consulta telefónica sobre números de abonado, no se puede descartar la posible existencia de daños y perjuicios a la recurrente como consecuencia de la cancelación del mencionado número. Sin embargo, la recurrente no ha acreditado, siquiera indiciariamente, que dichos daños y perjuicios podrían ponerla en dificultades económicas³, teniendo en cuenta que la recurrente consta inscrita en el Registro de Operadores y Servicios como prestadora de otros servicios distintos a los de consulta telefónica sobre números de abonado ni que los hipotéticos perjuicios sean de difícil o imposible reparación.

En relación con los perjuicios que se irrogarían al personal que gestiona el mencionado número al verse forzada la recurrente a rescindir los contratos laborales de éstos, no puede aceptarse como fundamento para acordar la medida cautelar porque estos son perjuicios no concretados ni subjetiva ni objetivamente que, por otra parte, no tienen un enlace directo e inmediato con el acto recurrido sino que serían una supuesta consecuencia no acreditada que no resulta evidente⁴.

En virtud de lo anterior, esta Comisión concluye que no existen indicios de que la ejecución de la Resolución, de fecha 22 de julio de 2011, pudiera provocar perjuicios de difícil o imposible reparación a la entidad recurrente.

TERCERO.- Sobre las causas de nulidad de pleno derecho invocadas para solicitar la medida cautelar de suspensión.

La apariencia de buen derecho que debe regir en la adopción de la medida cautelar implica que las causas de nulidad alegadas por la entidad recurrente deben ser notorias, patentes y apreciadas por el órgano competente sin necesidad de un análisis del fondo del asunto.

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), entre otras, 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.”

Ello supone la imposibilidad de resolver cuestiones reservadas a la resolución que ponga fin al procedimiento principal, en este caso al recurso, ya que *“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*

³ Auto del Tribunal Supremo de 24 febrero 1992 (RJ 1992/853).

Auto del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2000 (RJ 2000/7001).

⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 15 de octubre de 2001 (JUR 2002\15682).



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” (STS de 11 de noviembre de 2003: RJ 2004/402).

Además, en el momento de analizar las causas de nulidad alegadas por la recurrente debe tenerse en cuenta el criterio de interpretación restrictiva para la apreciación de dichas causas establecido por la jurisprudencia y expuesto, entre otras muchas, en 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 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.”

Será, por tanto, en sede de resolución del recurso de reposición donde esta Comisión analizará todas las alegaciones contenidas en el recurso presentado, y analizará con detalle sobre la existencia o no de otros motivos que hicieran necesaria la revisión de la Resolución de fecha 22 de julio de 2011.

1) Nulidad de la resolución recurrida por lesionar derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (artículo 62.1.a) de la LRJPAC.

ELETTE alega que la Resolución recurrida es nula de pleno derecho por lesionar derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (art. 62.1.a. LRJPAC) al considerar que contraviene los artículos 18.3 y 25.1 de la Constitución española, por vulnerar el secreto de las comunicaciones y el principio de legalidad.

Respecto a la vulneración del derecho fundamental previsto en el artículo 18.3 de la Constitución española, a juicio de la entidad recurrente, la inspección realizada en el marco de la tramitación del expediente de referencia se realizó sin autorización judicial y sin que el llamante desvelara su identidad ni el objeto de las llamadas para, sobre la base de la información obtenida e ilícitamente grabada, cancelar el uso del número y sancionarla.

La vulneración del secreto de las comunicaciones alegado por ELETTE no resulta patente por cuanto que, sin entrar en el análisis del contenido material de la Resolución recurrida, no se puede apreciar sin mayor esfuerzo comprensivo, que la inspección realizada por esta Comisión y denunciada por la recurrente, en el ejercicio de sus funciones inspectoras previstas en los artículos 48.3.i) y 50 de la LGTel y de las competencias que tiene atribuidas en materia de numeración, según se establece en los artículo 28 y 62 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante, Reglamento MAN), suponga una vulneración del derecho fundamental previsto en el artículo 18.3 de la Constitución española puesto que las



llamadas grabadas no eran comunicaciones privadas que afecten a la intimidad, sino de controles técnicos efectuados a una empresa de comunicaciones electrónicas relacionada con la prestación del servicio de consulta telefónica de número de abonado.

Respecto a la vulneración del principio de legalidad establecido en el artículo 25.1 de la Constitución española, en su vertiente de tipicidad previsto en el artículo 129 de la LRJPAC, considera la recurrente que el acuerdo de cancelar la asignación del número 11863 y la incoación de un procedimiento sancionador, se realizó de manera manifiestamente arbitraria.

La lesión del principio de legalidad, conforme lo alega la recurrente, tampoco se aprecia de forma manifiesta ni evidente por cuanto que el artículo 62 del Reglamento MAN prevé la cancelación de la numeración asignada por el incumplimiento de las condiciones⁵ generales y específicas para su utilización, y por cuanto que el artículo 53.w de la LGTel prevé como infracción muy grave, el incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración debidamente aprobados.

2) Nulidad de la resolución recurrida por haber sido dictada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (artículo 62.1.e) de la LRJPAC.

ELETTE solicita la nulidad de la resolución recurrida por considerar que la inspección realizada en el marco del procedimiento de referencia, ha sido practicada *“mediante mentira o engaño, sin autorización judicial”* al efecto y por considerar que la propuesta de resolución carecía de la necesaria motivación.

En primer lugar, debe señalarse que la cuestión de si la inspección fue realizada de manera antijurídica debe ser analizada y resuelta en la resolución que resuelva el recurso.

En todo caso, conforme se manifiesta en el apartado 1) de este Fundamento de Derecho, las llamadas realizadas en el marco de la inspección consistieron en controles técnicos efectuados a una empresa de comunicaciones electrónicas relacionada con la prestación del servicio de consulta telefónica de número de abonado, ejerciendo la función inspectora atribuida a esta Comisión, con objeto de verificar el cumplimiento de la normativa aplicable al uso de un número cortos 118AB, recurso público y escaso de numeración.

En relación con la alegación sobre la falta de motivación de la propuesta de Resolución, teniendo como referencia los requisitos de motivación de los actos y resoluciones administrativos previstos en el artículo 54.1 de la LRJPAC para analizar si esta causa de nulidad es notoria y patente, no cabe apreciarla respecto de la propuesta de Resolución, acto de trámite al que pudieron alegar y presentar los documentos y justificaciones que consideraron pertinentes, que además contiene suficiente referencia a los hechos y fundamentos de derecho sobre los que se llega a la conclusión ahí expuesta.

La causa de nulidad del artículo 62.1.e) exige que se prescinda total y absolutamente del procedimiento⁶ y que la omisión sea clara, manifiesta y ostensible⁷, por lo que esta Comisión, en virtud de lo expuesto, no puede en sede de la presente pieza separada apreciar su concurrencia para suspender el acto impugnado.

⁵ Condiciones generales previstas en el artículo 59 del Reglamento MAN. Condiciones específicas previstas en la Orden CT/711/2002, de 26 de marzo y en la Resolución de la Comisión de 7 de abril de 2008 de asignación a ELETTE del número 11863.

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1988 (RJ 1988/7754)

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1999 (RJ 1999/8774)



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

RESUELVE:

ÚNICO.- Denegar la suspensión solicitada por la entidad Elette Servicios Televisión, SL, en su recurso de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 22 de julio de 2011, relativa a la cancelación de la asignación del número 11863 (DT 2011/319).

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 48.12 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 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