



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 16/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 19 de mayo de 2011, se ha adoptado el siguiente

## ACUERDO

Por el cual se aprueba la

**Resolución sobre la solicitud de suspensión cautelar planteada en el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 31 de marzo de 2011, recaída en el procedimiento DT 2010/2002, por la que se pone fin al periodo de información previa iniciado para examinar el procedimiento utilizado por Telefónica para recuperar clientes finales con servicios basados en la desagregación del bucle de abonado (AJ 2011/1021).**

## I ANTECEDENTES

### **PRIMERO.- Resolución de 31 de marzo de 2011.**

Con fecha 31 de marzo de 2011 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó, en el marco de la tramitación del periodo de información previa número DT 2010/2002, la Resolución por la que se puso fin a la tramitación del mismo, iniciado al objeto de examinar el procedimiento utilizado por Telefónica para recuperar clientes finales con servicios basados en la desagregación de bucle (Expediente número DT 2010/2002).

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

*<< PRIMERO.- Telefónica deberá cesar, con carácter inmediato, en sus prácticas de recuperación de clientes procedentes de operadores de acceso al bucle mediante procesos de uso de par vacante y portabilidad y utilizar los procedimientos OBA para recuperación de bucle debiendo, tal y como lo hacen sus competidores, comunicar y gestionar la correspondiente baja automática del par del operador alternativo a través de los sistemas de provisión OBA.*



*SEGUNDO.- Iniciar procedimiento sancionador contra Telefónica como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el apartado r) del artículo 53 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por presunto incumplimiento de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado y de la obligación de no discriminación establecida en la Resolución MTZ 2008/626 de fecha 22 de enero de 2009 por la que se aprobó la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acordó su notificación a la Comisión Europea.*

*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 Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y todo ello, con las garantías previstas en la Ley precitada, en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora y en los plazos a que se refiere el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.*

*TERCERO.- Nombrar instructor del presente procedimiento sancionador a Dña. Elena Álvarez Vázquez quien, en consecuencia, quedará sometido al régimen de abstención y recusación establecido en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

*CUARTO.- De conformidad con lo que establece el artículo 16.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, en relación con el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, 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.*

*QUINTO.- 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 Ley 30/1992,*



de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

*SEXTO.- En el supuesto de que Telefónica reconozca su responsabilidad en los hechos citados se podrá, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1398/1993, 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.*

*SÉPTIMO.- 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.- Recurso de reposición de TESAU.**

Con fecha 19 de abril de 2011 tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito de la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU), presentado mediante correo administrativo el día 15 de abril de 2011, en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior, solicitando que se estimase el mismo y se procediese a anular la obligación impuesta en el Resuelve Primero, y a archivar el procedimiento sancionador incoado, sobre la base de las siguientes alegaciones:

- Según la recurrente la Resolución recurrida sería desproporcionada, ya que la obligación impuesta en su Resuelve Primero ha sido adoptada sin que concurren los requisitos pertinentes de existencia de una especial urgencia y de perjuicios a terceros o al interés general.
- La Resolución impugnada, y en concreto su Resuelve Primero, se habría dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.
- La incoación de un procedimiento sancionador (Resuelve Segundo a Séptimo) sería improcedente al no existir un incumplimiento de la Oferta mayorista de acceso al Bucle de Abonado (en adelante, OBA).

Asimismo, en el segundo Otrosí Solicito de su recurso solicita la suspensión de la ejecutividad de la Resolución recurrida objeto de impugnación, al amparo del artículo 111.2, letras a) y b), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), alegando lo siguiente:

- Que existiría un perjuicio de imposible reparación derivado de la inmediata ejecutividad del acto impugnado, tanto para la propia TESAU (ya que de hecho le impediría realizar campañas comerciales de recuperación de clientes durante varios meses) como para los usuarios finales (pues se les limitaría su capacidad de elección de operador, al no poder elegir los servicios de TESAU).
- Que el recurso de reposición está fundamentado en varias causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la citada LRJPAC.



- Que no existiría perjuicio alguno al interés general ni a terceros en la suspensión solicitada, pues los operadores alternativos utilizan mayoritariamente el procedimiento de alta en par vacante, y ninguno ha denunciado a TESAU ante esta Comisión por la utilización del citado procedimiento para la recuperación de clientes.

### **TERCERO.- Notificación del inicio de la tramitación del recurso y de la declaración de confidencialidad de parte del escrito de interposición del mismo.**

Mediante los correspondientes escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechados ambos el día 21 de abril de 2011, se informó a la entidad recurrente del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación de su recurso potestativo de reposición, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42.4 de la LRJPAC, así como de la declaración de confidencialidad de parte del contenido del escrito de interposición del mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 37.5.d) de la LRJPAC y en el artículo 9.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).

## **II FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **II.1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES**

#### **PRIMERO.- Admisión a trámite.**

En el recurso de reposición presentado por TESAU contra la Resolución del Consejo de 31 de marzo de 2011 se solicita expresamente por medio de su segundo Otrosí la suspensión cautelar de la ejecutividad de varios apartados de la resolución impugnada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111.2, apartados a) y b), de la LRJPAC.

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 de que el recurso de reposición presentado por TESAU, 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 lo dispuesto por los artículos 107 y 116 de la LRJPAC, dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y que la solicitud de suspensión se fundamenta en la posible existencia de las circunstancias previstas en el artículo 111.2 de la LRJPAC, procede admitir a trámite la referida petición de suspensión.

#### **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 de la LRJPAC.



Asimismo, 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. En consecuencia, el Consejo de esta Comisión resulta competente para resolver la solicitud de suspensión de TESAU.

La citada solicitud de suspensión deberá ser resuelta, y su Resolución notificada, 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 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 los que una disposición establezca lo contrario.

Esta posibilidad constituye un verdadero límite a la ejecutividad de los actos administrativos, 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 con respecto a los principios de ejecutividad, presunción de validez y eficacia inmediata de los actos administrativos previstos en los artículos 56 y 57 de la LRJPAC, y así lo han reconocido expresamente los Tribunales de Justicia respecto a los actos y resoluciones de esta Comisión, entre otras en las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2006 (RJ 2006/2358), de 18 de julio de 2006 (RJ 2006/5840) y de 13 de marzo de 2007 (RJ 2007/2572).

No obstante lo anterior, el artículo 111.2 de la misma Ley 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 (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).

En aplicación de lo anterior, para determinar si procede o no acceder a la suspensión cautelar solicitada por la recurrente habrá que analizar, en primer lugar, si concurre alguna de las circunstancias antes citadas y, en caso de que así ocurra, deberá analizarse, en segundo lugar, si debe prevalecer el interés público o de terceros en la ejecutividad inmediata del acto recurrido, 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.- Análisis de la concurrencia de los requisitos para la suspensión cautelar de la resolución recurrida.**

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

TESAU alega en su recurso la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida con fundamento en la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 62.1, letra e), de la LRJPAC, por lo que solicita la suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2.b) de la misma LRJPAC.

Con respecto a la apariencia de buen derecho, y en caso de la alegación de una causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 LRJPAC, la jurisprudencia, y entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo 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 mismo 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 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del del Tribunal Supremo 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 tomada 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 supuesto de la causa alegada por la entidad recurrente del artículo 62.1, letra e), de la LRJPAC la recurrente hace hiciapié una serie de alegaciones sobre la presunta desproporción y falta de motivación suficiente del Resuelve Primero de la decisión impugnada, al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para la imposición de obligaciones regulatorias; asimismo alega la improcedencia de incoar un procedimiento sancionador (Resuelve Segundo a Séptimo) al no existir un incumplimiento de la OBA.

En este sentido, y una vez examinadas sucintamente las actuaciones que dieron origen al acto impugnado, así como la propia Resolución objeto de recurso, cabe apreciarse respecto a la impugnación del Resuelve Primero un principio de apariencia de buen derecho, toda vez que el mismo, que se dictó como culminación de un periodo de información previa, finaliza con una Resolución que, además de incoar un procedimiento sancionador, contiene una orden expresa de cesación de una conducta que se estima contraria a la normativa sectorial de telecomunicaciones.

En este sentido hay que señalar que la normativa procedimental vigente relativa a la instrucción de los periodos de información previa, a saber, el artículo 69.2 de la LRJPAC, establece que *“Con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento”*. Es decir, el periodo de información previa no es un procedimiento administrativo, sino una serie de actuaciones informativas previas cuyo resultado únicamente puede ser o la iniciación de un procedimiento administrativo formal, o el archivo de las mismas.

Sin entrar a hacer una valoración del fondo de la cuestión y centrándonos en el análisis del iter procedimental legalmente establecido para la adopción de medidas regulatorias sectoriales de telecomunicaciones, aparentemente se aprecia que las actuaciones realizadas en el expediente número DT 2010/2002 corresponden efectivamente a un periodo de información previa de los regulados en el antes citado artículo 69.2 de la LRJPAC, y no a un procedimiento administrativo formal de adopción de medidas tramitado de acuerdo con las previsiones de la normativa sectorial de telecomunicaciones<sup>1</sup> y de la normativa procedimental general<sup>2</sup> aplicable a dichos efectos.

En efecto, y de acuerdo con lo expuesto en los Antecedentes de Hecho Tercero y Cuarto de la Resolución de 31 de marzo de 2011 objeto del recurso, el periodo de información previa

---

<sup>1</sup> En cuanto a la normativa sectorial de telecomunicaciones, para la adopción de medidas son de aplicación los artículos 11.4, 13.1 y 48, apartados 3, 4 letras d) y e), y 7 de la LGTel; los artículos 4 a 12 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; la Resolución del Consejo de esta Comisión de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis de los Mercados de acceso mayorista al bucle de abonado y de acceso indirecto de banda ancha –Mercados 4 y 5-; y la Oferta mayorista de acceso al Bucle de Abonado de Telefónica (OBA).

<sup>2</sup> En cuanto a la normativa procedimental general son de aplicación los artículos 69.1 y 72 de la LRJPAC.



consistió en realizar una inspección desde la sede de la Comisión en Barcelona, sin comunicar a la entidad inspeccionada (TESAU) ni el inicio de las actuaciones, ni la Orden de Inspección, ni el Acta de Inspección, ni el resultado de la misma (es decir, inaudita parte), ni tampoco se le dio trámite de audiencia. Todo ello dentro de la legalidad relativa a este tipo de actuaciones informativas previas, que no exige cumplimentar ninguno de estos trámites propios de un procedimiento administrativo formal, y con el objetivo de no poner en peligro el buen fin de la inspección y del periodo de información previa, que debería ser justamente el recabar información sobre si la entidad inspeccionada estaba incumpliendo determinados procedimientos de la OBA, y no adoptar directamente una medida para la que se precisa tramitar un procedimiento administrativo formal, con una serie de trámites y comunicaciones que respeten el derecho a ser informado del inicio del mismo, a efectuar alegaciones y a la audiencia previa.

En consecuencia, y a expensas de lo que resulte del análisis del fondo de la cuestión que se realice en el marco de la tramitación y resolución definitiva del recurso de reposición planteado por TESAU, resulta procedente estimar su solicitud para que se suspenda la ejecutividad del Resuelve Primero de la Resolución objeto de impugnación por tener el recurso, a juicio de esta Comisión, un principio de apariencia de buen derecho.

Sin embargo, en cuanto a la solicitud de suspensión de la ejecutividad de los Resolves Segundo a Séptimo, relativos a la incoación un procedimiento sancionador por un presunto incumplimiento de la OBA, la conclusión ha de ser necesariamente distinta, ya que TESAU se limita a alegar de manera genérica la improcedencia de dicha incoación por no existir incumplimiento alguno de la OBA, apoyando la alegación en valoraciones subjetivas de parte y sin aportar prueba objetiva alguna al respecto; de hecho se limita a reiterar argumentos genéricos y a reproducir alegaciones-tipo ya expuestas en otros recursos de reposición previos interpuestos por la misma entidad.

En este sentido hay que recordar que el artículo 12.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora regula la existencia de las actuaciones previas a la incoación de un procedimiento administrativo sancionador, y que en los Resolves Segundo a Séptimo que materializan dicha incoación se han respetado todas las previsiones procedimentales establecidas en el artículo 13 del mismo Reglamento (que regula la iniciación de los procedimientos sancionadores), así como los derechos del presunto responsable establecidos en el artículo 135 de la LRJPAC, así como los principios rectores de los procedimientos sancionadores establecidos en los artículos 127 a 133 de la misma LRJPAC.

Por lo tanto, al no resultar en este caso ni manifiestos ni inequívocos los vicios alegados por la recurrente, sino que claramente requieren del análisis de fondo de la cuestión, consecuentemente las alegaciones de TESAU al respecto deberán ser objeto de la resolución principal del procedimiento y previos los trámites legalmente establecidos, incluido el trámite de audiencia a los demás interesados si los hubiere, y no de la resolución de naturaleza cautelar sobre su solicitud de suspensión.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su 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”.*

En definitiva, la pretensión de la recurrente no puede en modo alguno tener favorable acogida, y ello porque la legalidad de la actuación administrativa objeto de recurso, esto es, la incoación del procedimiento administrativo sancionador por un presunto incumplimiento de la OBA, se aprecia mediante un simple examen superficial de la normativa reguladora de la materia que pone de manifiesto la conformidad a derecho de la actuación administrativa impugnada (los Resueltos Segundo a Séptimo de la Resolución de 31 de marzo de 2011) y el respeto al iter procedimental legalmente establecido, y sin que TESAU aporte una mínima prueba o indicio racional de lo contrario. No cabe efectuar un análisis en mayor profundidad ya que ello implicaría sobrepasar lo que constituye límite infranqueable en los pronunciamientos cautelares, es decir, el fondo del asunto.

## **2.2. La causación de perjuicios de imposible o difícil reparación**

Otra de las circunstancias que puede concurrir para 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 que pudieran producirse tras la 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 genérica de hipotéticos perjuicios para proceder a la suspensión de la ejecutividad de los actos, sino que, por el contrario, el solicitante debe justificar someramente 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 Sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2008 (RJ 2008\931) y de 20 de diciembre de 2007 (RJ 2008\515). En concreto en el Fundamento Quinto de la Sentencia 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”<sup>3</sup>. 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)<sup>4</sup> 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*

---

<sup>3</sup> El Fundamento Quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2007 establece 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 sea suficiente una mera invocación genérica (...)”.

<sup>4</sup> El Auto del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1997 dispone que: “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”.



*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."*

Pues bien, ha de señalarse que TESAU ha solicitado la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada, al amparo del artículo 111.2, letras a) y b), de la LRJPAC. En concreto en lo referente a la letra a), la recurrente se refiere en el Fundamento Cuarto de su recurso (páginas 13 a 15 del escrito de interposición de su recurso) de manera genérica a la existencia de un hipotético perjuicio de imposible reparación derivado de la inmediata ejecutividad del acto impugnado, tanto para la propia TESAU como para los usuarios finales, pero sin concretarlos ni acreditar su existencia de manera suficiente, según lo exigido por el artículo 111.2.a) de la LRJPAC, es decir, sin concretar ni cuantificar cuáles serían esos hipotéticos daños a sus intereses, ni los igualmente hipotéticos perjuicios irreparables, y sin aportar prueba alguna, ni siquiera indiciaria, de que los mismos pudieran ser de imposible o difícil reparación; y ha alegado asimismo que no existiría perjuicio alguno al interés general ni a terceros en la suspensión solicitada, igualmente de manera genérica y sin concretarlo ni acreditar su existencia de ninguna manera.

### **2.3.- La ponderación de los intereses concurrentes.**

Habiendo analizado los requisitos establecidos en el artículo 111.2 de la 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, y tal y como se razonará seguidamente, con carácter general el interés público y el interés de los operadores alternativos en el mantenimiento de la ejecutividad de la resolución recurrida prevalecerían claramente sobre el interés de la recurrente a la suspensión de la misma, al no haberse acreditado por parte de dicho operador dominante la posible causación de ningún perjuicio de imposible o de difícil reparación. En efecto, los Tribunales exigen de los recurrentes una "mínima actividad probatoria" relativa al daño que les causaría la ejecutividad del acto o resolución administrativos recurridos. A modo de ejemplo, en el Fundamento Segundo de la como en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2006 (RJ 2006\1081) 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 (...)"*

En este sentido, la recurrente no solamente no ha presentado indicios de que los perjuicios sean de "imposible o difícil reparación", tal y como se ha expuesto en el Fundamento anterior, sino que tampoco ha aportado en su escrito indicio alguno de la propia existencia de los citados "perjuicios", limitándose a una serie de alegaciones genéricas que no pueden admitirse como válidas a estos efectos.

Por otro lado, concurre un interés público general en el cumplimiento de las funciones ordenadoras del mercado encomendadas a esta Comisión, como se recuerda en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2010 (RC 2880/2007, JUR\2010\66659):



*“...el interés público más relevante es la protección de las funciones ordenadoras del mercado de las telecomunicaciones atribuidas al órgano regulador, que requieren una pronta atención y respeto por parte de los operadores a las resoluciones del citado órgano, especialmente teniendo en cuenta la acusada movilidad y rápida evolución del sector de las telecomunicaciones. Además, en la ponderación de intereses a la que se refiere el propio artículo 130 de la Ley jurisdiccional, habría de sumarse a este interés público, decisivo en asuntos como el presente, el interés particular de otras entidades particulares, contrapuesto al de la recurrente –operadora dominante en el mercado-, en que se cumplan las resoluciones dictadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (...).*

Este interés público es claro y evidente en el caso de las funciones sancionadoras de las conductas contrarias a la normativa sectorial de telecomunicaciones, lo que se une a la falta de apariencia de buen derecho en la solicitud de suspensión de la ejecutividad de los Resolves Segundo a Séptimo de la Resolución impugnada.

Sin embargo en el caso del Resuelve Primero la ponderación de intereses no es tan clara a favor del mantenimiento de la ejecutividad del mismo, ya que como se ha expuesto existe un principio de apariencia de buen derecho de la pretensión de TESAU, y por otra parte el interés público del contenido material de dicho Resuelve puede conseguirse también mediante un procedimiento administrativo *ad hoc* de imposición de medias regulatorias, por lo que la suspensión solicitada no compromete el citado interés público.

Considerados los anteriores razonamientos y dadas las circunstancias descritas, esta Comisión entiende que, en el caso del Resuelve Primero, se debe acceder a la suspensión solicitada por TESAU en el segundo Otrosí de su recurso de reposición de 19 de abril de 2011, por existir apariencia de buen derecho y la ausencia de daños irreparables al interés público; mientras que en el caso de los Resolves Segundo a Séptimo debe denegarse la suspensión solicitada por prevalecer el interés público de sancionar las infracciones de la normativa sectorial y el interés de los operadores alternativos al mantenimiento de la ejecutividad de la resolución recurrida sobre el interés del operador dominante de que se resuelva cautelarmente la suspensión de la misma.

Por todo cuanto antecede, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

## RESUELVE

**PRIMERO.-** Suspender cautelarmente la ejecutividad del Resuelve Primero de la Resolución del Consejo de esta Comisión de 31 de marzo de 2011 por la que se puso fin a la tramitación del periodo de información previa iniciado al objeto de examinar el procedimiento utilizado por Telefónica para recuperar clientes finales con servicios basados en la desagregación de bucle, recaída en el procedimiento administrativo número DT 2010/2002.

**SEGUNDO.-** Denegar la suspensión cautelar de los Resolves Segundo a Séptimo de la Resolución del Consejo de esta Comisión de 31 de marzo de 2011 por la que se puso fin a la tramitación del periodo de información previa iniciado al objeto de examinar el procedimiento utilizado por Telefónica para recuperar clientes finales con servicios basados



en la desagregación de bucle, recaída en el procedimiento administrativo número DT 2010/2002.

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, 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, el artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, 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 presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.***