



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 18/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 9 de mayo de 2013, se ha adoptado el siguiente

## ACUERDO

Por el cual se aprueba la

**Resolución sobre la solicitud de suspensión planteada en el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, SAU, contra la Resolución 7 de marzo de 2013, recaída en el procedimiento DT 2012/2584, sobre la revisión de la oferta de Acceso Mayorista a la Línea Telefónica (AMLT) (AJ 2013/687).**

## I ANTECEDENTES

### PRIMERO.- Resolución de 7 de marzo de 2013.

Con fecha 7 de marzo de 2013 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución, en el marco de la tramitación del expediente número DT 2012/2584, sobre la revisión de la oferta de Acceso Mayorista a la Línea Telefónica (en adelante, AMLT).

La mencionada Resolución acuerda en su parte dispositiva lo siguiente:

*<< PRIMERO.- No modificar la oferta de referencia de AMLT ni los precios del servicio.*

*SEGUNDO.- Telefónica no puede facturar a los operadores por conceptos de interceptación legal mientras no se revise la cuota de AMLT. >>*

### SEGUNDO.- Recurso de reposición de TESAU.

Con fecha 11 de abril de 2013 tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito de la entidad Telefónica de España, SAU, (en adelante, TESAU) en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior, sobre la base de, sucintamente, las siguientes alegaciones:

- El resuelve segundo es contrario a la Orden ITC/110/2009 que desarrolla el artículo 85 del Real Decreto 424/2005 (ITC/110/2009), por cuanto que exige a los operadores de



acceso AMLT a contribuir con los costes que les correspondan durante el periodo en el que se resuelva el procedimiento de revisión de cuota AMLT.

- Que de forma arbitraria y desproporcionada la Comisión ha adoptado una Resolución contraria a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTel).

En el Primer Otrosí Digo Solicita que se declare confidencial determinada información que aporta en su escrito.

Asimismo, en el Segundo Otrosí Digo Solicita de su recurso TESAU solicita la suspensión de lo dispuesto en el resuelve segundo de la Resolución objeto de impugnación, al amparo del artículo 111.2b) 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 la nulidad del acto recurrido por ser contrario al ordenamiento jurídico, la ausencia de interés público y de terceros que pueda verse perjudicado por la suspensión de dicho resuelve, la existencia de daños y perjuicios para la recurrente derivados de la ejecución del acto y, finalmente, solicita que se adopten cautelarmente una medida no lesiva al interés general para asegurar la eficacia del acto impugnado.

### **TERCERO.- Notificación a los interesados del inicio de la tramitación de los recursos y de la declaración de confidencialidad de determinados datos contenidos en el recurso de TESAU.**

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se informó a la entidad recurrente y a los demás interesados del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso de reposición antes citado, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la de la LRJPAC.

En el mismo escrito se declaraba la confidencialidad de dos tablas incluidas en el escrito de recurso de TESAU relativas al cálculo del precio por planta media anual AMLT y del precio por línea interceptada.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la misma LRJPAC, se dio traslado a los interesados de una copia no confidencial del escrito de interposición del recurso de reposición, informándoles de que disponían de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento si así lo estimaban conveniente a sus intereses.

## **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 7 de marzo de 2013 se solicita expresamente por medio de su segundo Otrosí la suspensión cautelar de la ejecutividad del segundo resuelve, de conformidad con lo dispuesto en el



artículo 111.2, letra b), de la LRJPAC y se adopte una medida cautelar adicional por la que se asegure la eficacia del acto impugnado, de conformidad con lo establecido en el artículo 111.4 de la misma Ley.

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 citado resuelve, 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 causación de perjuicios de imposible o difícil reparación***

La primera 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>1</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

---

<sup>1</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 (...)*”.



junio de 1997 (RJ 1997/5049)<sup>2</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 aporte al menos un principio de prueba de la sobrevenida 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 del resuelve segundo al de la Resolución impugnada, al amparo del artículo 111.2, letra b), de la LRJPAC al considerar que dicho resuelve le supone un perjuicio al establecer una limitación de su derecho a recuperar los costes por desarrollar y mantener las medidas técnicas impuestas por la ITC/110/2009, costes que deberían ser a costa del operador de acceso a AMLT.

Si bien es verdad que el mencionado Resuelve le impide cobrar temporalmente a los operadores AMLT por un servicio efectivamente prestado, la recurrente no acredita ni la existencia del perjuicio ni que sea de imposible o difícil reparación, cuestión ésta que le correspondería acreditar, siquiera indiciariamente.

## **2.2. 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 las causas establecidas en el artículo 62.1, letras a) y e), de la LRJPAC (contraria a la normativa aplicable y motivada insuficientemente).

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

---

<sup>2</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".



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 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 supuesto de la causa alegadas por la entidad recurrente del artículo 62.1, letra e), de la LRJPAC no se aprecia de forma notoria o manifiesta, ni tampoco indiciariamente, la concurrencia de los vicios invocados por la impugnante, puesto que la recurrente se limita a efectuar una serie de alegaciones de parte sobre la presunta vulneración del ordenamiento jurídico relacionado con la interceptación legal de las comunicaciones y sobre la falta de motivación suficiente de la decisión impugnada.

Pero frente a dichas afirmaciones de TESAU, hay que destacar que todas ellas vienen apoyadas en valoraciones subjetivas de parte que en algunos casos se limita a reiterar argumentos genéricos y a reproducir alegaciones ya expuestas en la tramitación del procedimiento que dio lugar al acto impugnado.

Al no resultar en el presente caso ni manifiestos ni inequívocos los vicios de nulidad 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, 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”.*



### **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, 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”, sino que tampoco ha aportado en su escrito indicio alguno de la propia existencia de los citados “perjuicios”, limitándose a una alegación genérica que no puede admitirse como válida 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 (...).”*

Considerados los anteriores razonamientos y dadas las circunstancias descritas, esta Comisión entiende que debe prevalecer en este caso el interés público y el interés de los operadores alternativos al mantenimiento de la ejecutividad del resuelve segundo de la resolución recurrida sobre el interés del operador dominante de que se resuelva cautelarmente la suspensión del mismo ni la adopción de ninguna medida cautelar adicional para asegurar la eficacia del acto impugnado.

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



## RESUELVE

**ÚNICO.-** Denegar la suspensión cautelar solicitada por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en el Segundo Otrosí Digo y Otrosí Solicito de su recurso de reposición de 11 de abril de 2013 interpuesto contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 7 de marzo de 2013 sobre la revisión de la oferta AMLT, recaída en el procedimiento administrativo número DT 2012/2584.

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 por la Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012, 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.***