



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 37/11 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 10 de noviembre de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución relativa a la suspensión cautelar solicitada por FRANCE TELECOM ESPAÑA, SA Sociedad Unipersonal en el recurso de reposición interpuesto por dicha entidad contra la Resolución de 15 de septiembre de 2011, por la cual se procede a resolver el conflicto de interconexión de Least Cost Routing, S.L. contra France Telecom España, S.A. y Telefónica de España, S.A.U. sobre retención de pagos como consecuencia de tráfico fraudulento originado en roaming en España (AJ 2011/2329).

I ANTECEDENTES

Primero.- Resolución del Consejo de esta Comisión de 15 de septiembre de 2011.

Mediante Resolución del Consejo de fecha 15 de septiembre de 2011, recaída en el procedimiento AJ 2011/2329, esta Comisión acordó:

***Primero.-** Declarar el derecho de Least Cost Routing Telecom, S.L a que le sea devuelta la cantidad retenida indebidamente por Telefónica de España, S.A. Unipersonal, en concepto de impagos por presunto fraude en roaming internacional, correspondiente al tráfico de Vodafone Limited retenido conforme al acta de mayo de 2010 que no se hayan devuelto a fecha de hoy, como consecuencia de la previa repercusión de los citados impagos por parte de France Télécom España, S.A. a Telefónica de España, S.A. Unipersonal.*

***Segundo.-** Determinar que la devolución de las cantidades retenidas establecidas en el anterior Resuelve se articulará siguiendo el sistema de pagos en cascada, por lo que France Télécom España, S.A. deberá traspasar a Telefónica de España, S.A. Unipersonal el importe de las retenciones pendientes de devolución, en concepto de impagos por supuestos fraudes en roaming internacional, correspondiente al tráfico de Vodafone Limited recogido en el acta de consolidación del mes de mayo de 2010. Dicha devolución se deberá realizar junto con el pago de los tráficos que se consoliden en la siguiente acta que firmen los operadores una vez se les haya notificado la resolución que ponga fin al presente expediente.*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Posteriormente, Telefónica de España, S.A. Unipersonal entregará a Least Cost Routing Telecom, S.L. el importe de las retenciones pendientes de devolución, en concepto de impagos por supuestos fraude en roaming internacional, efectuadas en el acta de consolidación de mayo de 2010 correspondiente a tráfico de Vodafone Limited. La devolución de dicho importe deberá realizarse junto con el pago de los tráficos que se consoliden en la siguiente acta que firmen los operadores, una vez que Telefónica de España, S.A. Unipersonal reciba el importe citado de France Télécom España, S.A..

Tercero.- *Iniciar un procedimiento administrativo para determinar el cumplimiento en el uso de la numeración asignada a Least Cost Routing, S.L. para la prestación de servicios de red inteligente actualmente asignados por esta Comisión.*

Segundo.- El recurso de reposición de ORANGE y la solicitud de suspensión contenida en el mismo.

Mediante escrito del día 21 de octubre de 2011 que tuvo entrada en la misma fecha en el Registro de esta Comisión, ORANGE interpuso recurso de reposición contra la Resolución de 15 de septiembre de 2011 anteriormente citada.

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

1º.- El recurrente no puede ser asimilado a un operador de acceso ni serle impuestas las obligaciones correspondientes al mismo, al carecer de relación directa con los clientes finales que cursan los tráficos y de los medios para proceder al corte de los IMSIS que los generan. Por ello, ORANGE no podía determinar qué tráficos constituían un claro indicio de fraude e iniciar acciones al respecto puesto que esta tarea recae sobre el operador que mantiene la relación contractual con el abonado llamante.

2º.- Carece de base la apreciación efectuada en la resolución recurrida sobre la conducta poco diligente de ORANGE frente a Vodafone UK por haber aceptado supuestamente la repercusión del fraude "aguas abajo" por parte del citado operador del Reino Unido. Lo único que aceptó Orange fue separar la cantidad que había sido producida por los tráficos fraudulentos de la que no, con el fin de que Vodafone UK pudiera abonar, al menos, la segunda. La recurrente ha continuado reclamando posteriormente a Vodafone UK el abono de las cantidades restantes así como una justificación de que se llevan a cabo todas las acciones necesarias para obtener el pago de los servicios objeto de fraude.

3º.- No puede imputarse a ORANGE falta de diligencia respecto a TESAU por no haber puesto en conocimiento de este último operador los indicios de posible fraude. Y ello porque, para concluir que debían retenerse los pagos de las comunicaciones afectadas por el posible fraude, resultaba necesaria la confirmación de este hecho por Vodafone. Una vez confirmado el hecho, ORANGE no tarda ni dos días en realizar la comunicación a TESAU. Por otra parte, una notificación más temprana de los acontecimientos tampoco habría reducido la magnitud del fraude.

4º.- La resolución recurrida incurre en nulidad por infringir el ordenamiento jurídico, al contravenir lo dispuesto en el artículo 1.305 del Código Civil sobre nulidad de la causa contractual. Y ello porque las prácticas fraudulentas objeto del expediente RO 2010/2408 tan sólo tienen sentido si ambas partes de la comunicación están coordinadas en la realización del mismo: esto es, que la persona que origina los tráficos mediante usurpación de identidades y los titulares de la numeración a la que se llama actúen de forma coordinada. Por tanto, el contrato de LCR tendría causa ilícita, ya que su relación contractual con TESAU, que afecta a una cadena de relaciones contractuales, se emplea con fines fraudulentos no deseados, al menos, por una de las partes. De



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

no recogerse la posibilidad para las partes implicadas de proceder a la retención de las cantidades sospechosas de obedecer a tráficos irregulares, esta Comisión estaría infringiendo el artículo 1305 del Código Civil, al permitir la consolidación de una relación contractual que debería ser considerada nula por obedecer a una causa ilícita.

En la Alegación Cuarta y en el Otrosí Digo del recurso de reposición de ORANGE este operador solicita expresamente la suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida, puesto que, a juicio de la recurrente, de no suspenderse la eficacia de la misma, la posible declaración de nulidad de la resolución podría ser insuficiente para restituir la situación a su origen.

En las páginas 7 a 9 de su recurso y al amparo del artículo 111.2 a) y b) LRJPAC, ORANGE aduce dos razones para acordar la suspensión solicitada. Por un lado, la ilicitud de la causa del contrato con base al cual se efectuaron los tráficos fraudulentos implicaría la concurrencia de una causa de nulidad. Y por otro lado, porque si no se procede a la suspensión de la resolución permitiendo la retención de las cantidades afectadas, los perjuicios para los agentes involucrados serán de imposible reparación, por no resultar factible recuperar las cantidades entregadas a los clientes de las entidades titulares de la numeración. La experiencia demuestra, según ORANGE, que en los supuestos de fraude mediante numeración de red inteligente las empresas prestadoras de servicios y beneficiarias de la actuación fraudulenta, son entidades jurídicas que “desaparecen” o cambian de titularidad en cuanto el fraude es detectado.

Tercero.- Notificación del inicio del procedimiento a los interesados

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión fechado el día 26 de octubre de 2011, se informó a la recurrente y a todos los interesados, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición interpuesto por ORANGE contra la Resolución del Consejo de 15 de septiembre de 2011 (RO 2010/2408).

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Admisión a trámite.

En el recurso de reposición presentado por ORANGE contra la Resolución del Consejo de 15 de septiembre de 2011 se solicita por medio de su otrosí primero la suspensión cautelar de la ejecutividad de la resolución impugnada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJPAC.

El citado 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 ORANGE, 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, y dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, procede admitir a trámite la referida petición de suspensión para su resolución final.



SEGUNDO.- Competencia 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, 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 ORANGE.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

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

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

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 auto tutela 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 las de las recurrentes, 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 LRJPAC. Ejecutividad reconocida expresamente por los Tribunales respecto a los actos y resoluciones de esta Comisión, entre otras, en las SSTS de 16 de mayo¹ y 18 de julio² de 2006 y de 13 de marzo de 2007³.

No obstante, el apartado 2 del citado artículo prevé que el órgano al que compete el recurso, previa ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, 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 cautelar solicitada por la entidad recurrente, habrá que 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 o de terceros o el de los interesados en la suspensión del acto, previa ponderación razonada de los perjuicios que a unos y otros causaría la suspensión o la ejecución inmediata del acto recurrido.

¹ RJ 2006\2358.

² RJ 2006\5840.

³ RJ 2007\2572.



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 producción a la entidad recurrente de 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 de hipotéticos perjuicios para proceder a la suspensión de la ejecutividad de los actos, sino que, por el contrario, el solicitante debe aportar, al menos, un principio de prueba que justifique 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 SSTs de 30 de enero de 2008⁴ y de 20 de diciembre de 2007⁵. 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”⁶. 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 1997⁷ y de 26 de marzo de 1998⁸. 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."

En el caso que nos ocupa la entidad recurrente ha aludido a la presunta imposibilidad de recuperar las cantidades económicas retenidas e involucradas en el fraude, que ascienden a un total de [CONFIDENCIAL - FIN CONFIDENCIAL].

No obstante, debe recordarse que el riesgo de pérdidas económicas no puede considerarse, a priori y con carácter general, como motivo de suspensión sino que debe ponerse en relación con la situación económica o financiera concreta de la empresa solicitante, tal y como se desprende del Fundamento Segundo de la STS de 15 de febrero de 2010⁹:

"Y dicha pérdida sólo se produce cuando dicha ejecución ocasiona perjuicios irreversibles o de difícil reparación. Pues bien, en el caso de autos falta claramente dicho presupuesto esencial para la

⁴ RJ 2008\931.

⁵ RJ 2008\515.

⁶ “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 (...)”

⁷ RJ 1997/5049. En la Sentencia se dice 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”.

⁸ RJ 1998\3216.

⁹ JUR 2010\66659.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adopción de la medida cautelar, puesto que la falta de disponibilidad de la cantidad a la que se le ha sancionado, aun siendo ciertamente muy elevada, no supone para la empresa sancionada una dificultad operativa grave. Las comparaciones que efectúa para resaltar la elevada cuantía de la multa no llevan aparejado que la entidad recurrente vaya a sufrir dificultades de inversión notables por el pago de la multa.

Y en el Fundamento Tercero de la STS de 29 de septiembre de 2008¹⁰ se indica que para determinar la suspensión o no de la ejecución de una resolución que imponga una obligación pecuniaria deberá tenerse en cuenta el volumen de la actividad económica de la empresa afectada y su solvencia patrimonial.

En el caso de ORANGE, de acuerdo con el informe financiero hecho público por la compañía sobre los resultados a fecha 30 de junio de 2011 relativos a los primeros seis meses del presente año, la filial española ha tenido unos ingresos por valor de 1.943 millones de Euros y alcanzado un resultado bruto de explotación o EBITDA de 381 millones¹¹. Esta última cantidad es más de [CONFIDENCIAL - FIN CONFIDENCIAL] veces superior a la suma discutida en el expediente RO 2010/2408 que dio lugar a la resolución recurrida. En este sentido, debe recordarse que mediante Autos de 10 de junio y 10 de noviembre de 2010¹² la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo denegó la suspensión de una resolución de esta Comisión en la que se imponía a un ente público el pago de la cantidad de 300.000 Euros porque en las cuentas de dicha entidad constaba un remanente de más de dos millones de Euros:

“El recurso debe ser desestimado. Nótese que, en lo referente a la existencia del superávit presupuestario, la recurrente no niega contundentemente su existencia, sino que formula consideraciones generales referentes a los sistemas de contabilidad y el contexto de crisis (...)”

Aplicando los razonamientos de la STS de 15 de febrero de 2010 a la solicitud de suspensión de ORANGE, puede decirse que la presunta pérdida del importe de [CONFIDENCIAL - FIN CONFIDENCIAL], en comparación con los últimos ingresos y resultados brutos de la compañía, no le supondrá al operador solicitante ni una “grave dificultad operativa” ni tampoco “notables dificultades de inversión”, por lo que no cabe acordar en este caso la suspensión.

Por otra parte, las alegaciones de ORANGE -contenidas en la página 8 de su recurso- de que no resultaría factible la recuperación de las cantidades abonadas a causa de posibles “cambios de titularidad” de las entidades jurídicas responsables del presunto fraude obvia la doctrina del “levantamiento del velo” de las personas jurídicas cuando concurren actuaciones en fraude de acreedores. Esta doctrina ha sido aplicada también en el ámbito administrativo por el Tribunal Supremo, y, entre otras, por las SSTS de 31 de enero de 2007¹³ y 19 de abril de 2003¹⁴.

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

ORANGE alega en su recurso la existencia de una causa de nulidad por ser “contraria al ordenamiento jurídico”. Concretamente, en la página 6 del recurso se dice que:

“La resolución que aquí se recurre es contraria igualmente al ordenamiento jurídico ya que no considera las leyes en materia de contratación, por las que el contrato establecido en relación a estos tráficos por LCR podría ser considerado nulo si se constata el carácter fraudulento de los

¹⁰ RJ 2008\4585.

¹¹ Véase la página 11 (“Spain”) del siguiente documento disponible en la página web oficial de Orange y titulado “First half 2011: Financial report”:

http://www.orange.com/en_EN/finance/invest-analysts/cons-results/att00019110/RFSVA29072011.pdf

¹² Pieza separada de suspensión núm.180/2010.

¹³ RC 6991/2001.

¹⁴ RC 5327/1998.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mismos. (...) Por ello cree mi representada que no reconocer la nulidad de este contrato, en el caso de confirmarse la comisión de fraude a través de estas prácticas, supone de facto contravenir lo dispuesto en el Código Civil en relación con la nulidad de la causa de los contratos cuando ésta es ilícita (art. 1305 CC)."

Debemos señalar que el artículo 111.1.b) LRJPAC exige como motivo de suspensión que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 LRJPAC. Es decir, el recurso debería fundarse en cualquiera de las causas previstas en las letras a) a g) del citado apartado 1, como, por ejemplo, la vulneración de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, la incompetencia material o territorial del órgano, el contenido imposible de la disposición, la comisión de infracción penal o la vulneración total y absoluta del procedimiento. Sin embargo, el recurso interpuesto por ORANGE no se basa en ninguna de las causas del artículo 62.1 LRJPAC sino en la contravención del "ordenamiento jurídico" que constituye no una causa de nulidad del artículo 62.1 sino de anulabilidad del artículo 63.1 LRJPAC:

"Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder."

Al haberse alegado por parte de ORANGE una causa de anulabilidad y no de nulidad radical, no cabe acceder sobre la base de ella, a la suspensión del acto impugnado, tal y como señalan los tribunales, y entre otras, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 1999¹⁵.

Por otro lado, como se indica en el Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1999¹⁶, la valoración de la posible infracción del ordenamiento jurídico constituye una cuestión de fondo que no debe dilucidarse en un procedimiento como éste de adopción de una medida cautelar de suspensión:

"La doctrina del fumus bonis iuris se refiere a la apariencia de buen derecho del recurrente solicitante de la suspensión cautelar cuando sea ostensible la nulidad absoluta del acto recurrido, pero no supone, como parece pretender el recurrente, que haya de suspenderse la ejecutividad del acto administrativo si falta la apariencia de que el mismo es conforme al ordenamiento jurídico, pues tal análisis ha de hacerse en el proceso principal."

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 18 de mayo de 2004¹⁷ 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, y tal y como se razonará seguidamente, el interés público y el interés de los otros dos operadores interesados (TESAU y LCR) en el mantenimiento de la ejecutividad de la resolución recurrida prevalecerían sobre el interés del operador recurrente a la suspensión de la misma.

¹⁵ RJCA 1999/4503.

¹⁶ ATS 2320/1999, rec. 2574/1998.

¹⁷ RJ 2004/4409.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por un lado, concurre un **interés público** en el cumplimiento de las funciones ordenadoras del mercado encomendadas a esta Comisión, como se recuerda en la STS de 15 de febrero de 2010¹⁸:

“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.”

Estas funciones ordenadoras han sido refrendadas por el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), donde se dice que:

“Los Organismos Reguladores tendrán como objeto prioritario de su actuación velar por el adecuado funcionamiento del sector económico regulado para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios competitivos y de alta calidad en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios.”

Y dentro de las funciones ordenadoras del sector se encuentra, precisamente, la resolución vinculante de conflictos entre operadores en materia de acceso e interconexión, como recuerdan los artículos 10.2 LES¹⁹ y 48.4.d)²⁰ de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. En la resolución de dichos conflictos, tal y como se señala en las SSTs de 8 de julio²¹ y 1 de octubre²² de 2008, esta Comisión actúa no solamente buscando “un *justo equilibrio entre los legítimos intereses de los operadores*”²³ sino también velando por los objetivos de interés público previstos en el artículo 3 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, como la promoción de la competencia, la defensa de los intereses de los usuarios o la mayor interoperabilidad de los servicios²⁴. Y ello porque, como indica la citada STS de 1 de octubre de 2008 en su fundamento octavo:

“Los conflictos derivados de los acuerdos de interconexión en las actividades o industrias en red son uno de los campos más propicios para llevar a cabo aquellos objetivos ya que la interconexión es un instrumento o elemento clave para la existencia de un mercado de telecomunicaciones respetuoso de la libre competencia entre todos los operadores, cualquiera que sea la posición relativa en él de cada uno de ellos.”

Por otro lado, deben considerarse **los intereses de los otros dos operadores que son parte** en el conflicto RO 2010/2408 y que también han sido destinatarios de la resolución recurrida: LCR y TESAU. En efecto, según la resolución recurrida, LCR tiene derecho a la devolución de determinada cantidad retenida indebidamente por TESAU. Para que dicha devolución pueda producirse y siguiendo el sistema de pagos en cascada, ORANGE debería traspasar antes a TESAU el importe de las retenciones pendientes de devolución, en concepto de impagos por supuestos fraudes en roaming internacional correspondientes al correspondiente al tráfico de Vodafone Limited recogido en el acta de consolidación del mes de mayo de 2010. Por este motivo, tanto a fin de que LCR pueda recibir la cantidad debida como para que TESAU pueda cumplir con la obligación impuesta por la resolución impugnada, ORANGE debe efectuar el traspaso antes mencionado.

¹⁸ RC 2880/2007, JUR\2010\66659.

¹⁹ “Para el cumplimiento de los anteriores objetivos, los Organismos Reguladores ejercerán, según disponga su normativa sectorial, las funciones de supervisión, otorgamiento, revisión y revocación de los títulos correspondientes, inspección, sanción, **resolución de conflictos entre operadores**, arbitraje en el sector y aquellas otras que les atribuya la Ley.”

²⁰ La resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establecen en el título II de esta Ley, así como en materias relacionadas con las guías telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras. Asimismo, ejercerá las restantes competencias que en materia de interconexión se le atribuyen en esta Ley.

²¹ RJ 2008\3425.

²² RJ 2008\4601.

²³ Véase Fundamento Séptimo de la STS 1 de octubre de 2008 (RJ 2008\4601).

²⁴ Véase Fundamento Octavo de la STS 1 de octubre de 2008 (RJ 2008\4601).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para que el interés de la entidad recurrente pudiera prevalecer sobre el interés público en la ejecución de la resolución impugnada y sobre los intereses de los otros dos operadores interesados en el procedimiento habría sido necesaria –además de cumplir los requisitos del artículo 111.2 LRJPAC- una mínima actividad probatoria sobre el perjuicio derivado de la ejecución, lo que no ha ocurrido en este caso, al limitarse ORANGE a efectuar manifestaciones genéricas sobre una presunta futura falta de solvencia de las empresas prestadoras de servicios de tarificación adicional²⁵. En el Fundamento Segundo de STS de 6 de marzo de 2006²⁶ se dice claramente 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 (.).”

Considerados los anteriores razonamientos y dadas las circunstancias descritas, esta Comisión entiende que debe prevalecer en este supuesto el interés público y el interés de los otros dos operadores (LCR y TESAU) en el mantenimiento de la ejecutividad de la resolución recurrida sobre el interés de la entidad recurrente a la suspensión de la misma.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Denegar la suspensión cautelar solicitada por FRANCE TELECOM ESPAÑA SA en el Orosí de su recurso de reposición interpuesto el día 21 de octubre de 2011 contra la Resolución de 15 de septiembre de 2011, por la cual se procede a resolver el conflicto de interconexión de Least Cost Routing, S.L. contra France Telecom España, S.A. y Telefónica de España, S.A.U. sobre retención de pagos como consecuencia de tráfico fraudulento originado en roaming en España.

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 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, en el artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y en 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

²⁵ Véase página 8 del recurso.

²⁶ RJ 2006\1081.