



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME VELÁZQUEZ VIOQUE, 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 29 de julio de 2003, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DENIEGA LA SUSPENSIÓN SOLICITADA POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U EN RELACIÓN CON EL ACUERDO DEL CONSEJO DE FECHA 26 DE JUNIO DE 2003, EN EL QUE SE ADOPTA MEDIDA CAUTELAR EN RELACIÓN CON LA DENUNCIA DE CONDUIT EUROPE S.A Y QDQ MEDIA, S.A, RELATIVA AL SUMINISTRO DE DATOS DE ABONADO POR PARTE DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso potestativo de reposición interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptando medida cautelar en relación con la denuncia de Conduit Europe, S.A y QDQ Media, S.A, relativa al suministro de datos de abonado por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 30/03 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 29 de julio de 2003, recaída en el expediente AJ 2003/1081

HECHOS

PRIMERO. En fecha 26 de junio de 2003, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó un Acuerdo en virtud del cual se adopta una medida cautelar por la que se obliga a TELEFÓNICA DE ESPAÑA,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

S.A.U, a suministrar a Conduit Europe S.A. acceso *on - line* de forma gratuita a la información actualizada y completa sobre abonados al servicio telefónico básico que está utilizando en el momento presente para la prestación al público de su servicio de consulta telefónica accesible a través del número 11818. En el caso de que lo anterior fuera técnicamente imposible, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U, queda obligada transitoriamente, hasta el correcto cumplimiento de la obligación, a suministrar de manera gratuita el servicio de consulta asociado a la base de datos E.115, así como a suministrar de forma gratuita acceso al servicio de consulta telefónica de números de abonado que presta a través del número 11818, para aquellos datos que no se encuentren disponibles en la citada base.

SEGUNDO. Mediante escrito con entrada en el Registro de esta Comisión el día 4 de julio de 2003, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U (en adelante, TESAU) interpuso recurso potestativo de reposición contra la resolución antes referida. Asimismo, a través de dicho escrito, vino a solicitar la suspensión de la medida cautelar impugnada.

TERCERO. A través de escritos de fecha 8 de julio de 2003, esta Comisión comunicó el inicio del procedimiento correspondiente a los interesados, conforme lo previsto en los artículos 42.4 y 112.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero.

CUARTO. Con fecha 18 de julio de 2003, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones presentado por Conduit Europe, S.A., en su calidad de interesada en el presente procedimiento.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Admisión a trámite.

En el escrito presentado por TESAU por el que se interpone recurso de reposición contra la resolución de esta Comisión sobre adopción de medidas cautelares ya referida, se viene a solicitar la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida, a los efectos previstos en el artículo 111 de la LRJPAC. Dicho artículo establece las reglas para la suspensión de la ejecución de los actos administrativos, cuando éstos sean objeto de cualquier recurso administrativo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Habida cuenta que el recurso potestativo de reposición presentado por TESAU, en el que se solicita la suspensión del acto impugnado, se interpone contra el acto expresado, que resulta susceptible del mismo 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 admitirlo a trámite. En consecuencia, también se admite a trámite la solicitud de suspensión planteada junto con el recurso.

SEGUNDO.- Competencia para resolver la solicitud de suspensión.

En virtud de lo establecido en el artículo 116.1 de la LRJPAC, los actos que ponen fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, en este caso, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

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 la resolución recurrida por TESAU.

TERCERO.- Sobre la petición de suspensión de la resolución recurrida.

Conforme a lo expuesto en los antecedentes de hecho, mediante otrosí, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2 de la LRJPAC, TESAU solicita expresamente la suspensión de la resolución impugnada.

Según lo establecido en el artículo 111.1 de la LRJPAC, la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado. No obstante, el órgano a quien compete resolver el recurso podrá, en virtud del artículo 111.2 de la LRJPAC, suspender la ejecución del acto impugnado, previa ponderación 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. Para ello, se señalan en el citado artículo dos circunstancias alternativas que deben concurrir para que sea posible la suspensión:

- 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 de la LRJPAC.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Al respecto ha de señalarse que TESAU ha invocado, tanto perjuicios de imposible o difícil reparación, en caso de producirse la ejecución de la resolución recurrida, así como causas de nulidad de pleno derecho de la Resolución que se impugna. Por ello, podrían concurrir en el presente caso las circunstancias que determinan la necesidad de que el órgano administrativo competente pondere, a solicitud de la recurrente, de forma previa y suficientemente razonada, el perjuicio que se causaría a TESAU como consecuencia de la eficacia del acto recurrido y el perjuicio que se causaría al interés público o a terceros de la suspensión instada.

Por consiguiente, en aplicación del artículo citado, para determinar si procede o no acceder a la suspensión solicitada por la recurrente, habrá de analizar, en primer lugar sin concurre alguna de las circunstancias señaladas con las letras a) y b). Y en el caso de que se compruebe la concurrencia de alguna de ellas, deberá analizarse, en segundo lugar, si debe prevalecer el interés público o de terceros o el del interesado 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.

No obstante, y por las razones que seguidamente se exponen, en el presente caso no concurren las circunstancias necesarias que determinarían la suspensión de la resolución recurrida al amparo de lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJPAC.

CUARTO.- Sobre las causas de nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada.

En su escrito de interposición TESAU alega, de un lado, la nulidad de pleno derecho de la Resolución objeto del recurso al entender que dicha Resolución es contraria a lo establecido en la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado.

De otro lado, la recurrente manifiesta que concurre nulidad de pleno derecho por aplicación del artículo 62 de la LRJPAC *“al ser una resolución contra los propios actos de la CMT que implica una revocación de una resolución anterior”*.

Analizando el contenido de estos motivos de suspensión de un modo tal que no se realiza el enjuiciamiento del fondo del asunto planteado, no se aprecia que el vicio determinante de la pretendida nulidad surja patente y notoriamente y sin necesidad de que deba realizarse nada más que la comprobación de hecho para constatar su existencia (doctrina jurisprudencial de la apariencia de buen



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

derecho), por lo que no se puede estimar que concurra el requisito de nulidad alegado por la recurrente para solicitar la suspensión del acto impugnado.

En este sentido se expresa la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001\3004) al indicar que:

“No resulta suficiente por último, en contra de lo que se alega, la simple invocación de la existencia de un vicio de nulidad de pleno Derecho de los acuerdos impugnados para que proceda acordar su suspensión cautelar. Esta Sala tiene declarado que la apariencia de buen Derecho sólo puede admitirse en casos en lo 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 las causas de nulidad alegadas por la recurrente debe tenerse en cuenta el criterio establecido por la jurisprudencia en el siguiente sentido:

“La apariencia de buen derecho, que también invocan las partes que solicitan la suspensión, al margen de que sólo puede ser un factor importante para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión de algún supuesto concreto, pero siempre que concurriera la existencia de daños o perjuicios de las características mencionadas, exige, según la jurisprudencia, una prudente aplicación cuando, como aquí sucede, se esgrime como argumento de aquella procedencia de la suspensión de la ejecución, lo que significa que, en general, sólo quepa considerar tal alegación cuando el acto impugnado se haya dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula, o cuando se impugna un acto idéntico a otros que ya fue jurisdiccionalmente anulado – lo que no concurre en el supuesto de autos -, puesto que, en definitiva, cuando se postula la nulidad de un acto en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración o decisión en el proceso principal, lo que se pretende es que se prejuzgue la cuestión de fondo” (Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1998, RJ 1998\9735).

En cualquier caso, y a mayor abundamiento, cabe analizar cada uno de los dos motivos de nulidad de pleno derecho invocados por TESAU en su escrito de interposición de recurso, sin prejuzgar las cuestiones de fondo:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Sobre la vulneración de la Orden de 16 de marzo de 2002.

Respecto a la alegada vulneración de la Orden CTE/711/02, cumple señalar que, sin entrar en otro tipo de valoraciones de fondo que deberán ser objeto de la resolución del recurso de reposición interpuesto, no resulta patente ni evidente que la medida adoptada suponga una vulneración de la precitada norma.

Por tanto, analizando el contenido de este motivo de suspensión no puede concluirse que el vicio determinante de la pretendida nulidad surja notoriamente, y con la rotundidad exigida por reiterada jurisprudencia, sin necesidad de que deba realizarse nada más que la comprobación del hecho para comprobar su existencia.

En este sentido, ha de tomarse en consideración que la medida cautelar fue adoptada, según consta en los Fundamentos de Derecho de la propia Resolución impugnada, tras un análisis previo de cada uno de los elementos cuya concurrencia se exige por la norma – artículo 72 de la LRJPAC - para justificar la adopción de una medida de este tipo, a saber: la existencia de elementos de juicio suficientes, la necesidad de la medida para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, así como la inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

Dicho análisis se concretó, de acuerdo con la interpretación del Tribunal Constitucional al respecto, en la necesaria valoración, entre otros factores, de la razonabilidad y apariencia de buen derecho favorable a la adopción de la medida en cuestión. Como resultado pudo concluirse que las pretensiones que sirvieron de base para la adopción de la medida encuentran su fundamento en la normativa sectorial de telecomunicaciones, así como en la normativa analizada sobre defensa de la competencia.

Por lo tanto, para que sea posible entender que procede la suspensión es necesario, cuanto menos, la realización de un análisis detallado de la legalidad en el que se contrapongan a los argumentos esgrimidos por la Comisión en su Resolución de 26 de marzo las alegaciones vertidas en el escrito de interposición presentado por TESAÚ, lo que, en definitiva, *“está reservado al procedimiento principal”*, tal y como afirma el Tribunal supremo en la precitada Sentencia de 23 de marzo de 2001.

Lo anterior impide que pueda concluirse, que a todas luces el procedimiento del que trae causa la resolución implique una vulneración evidente y manifiesta del ordenamiento jurídico, tal y como sería necesario para que proceda acordar la suspensión cautelar del acto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Sobre la actuación de la CMT contraria a sus propios actos.

Respecto a la *“vulneración del principio de los propios actos”* alegada por TESAU, esta Comisión entiende, en primer lugar, que dicho motivo no responde a ninguno de los supuestos recogidos en el artículo 62 de la LRJPAC como causas de nulidad, no pudiendo enmarcarse, por tanto, dentro de los requisitos exigidos por la norma para resolver la suspensión del acto administrativo.

En segundo lugar, TESAU alega que la Resolución impugnada supone una revocación de resoluciones anteriores (en concreto, de la Resolución de 27 de junio de 2002), la cual se habría llevado a cabo *“vulnerando frontalmente los límites del artículo 105 de la Ley 30 /1992”* consiguiendo, a su juicio, *“una extraña suerte de revisión de oficio, olvidándose de los estrictos límites de los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992”*. Sin embargo, tampoco esta argumentación se ajustaría a los requisitos señalados por la jurisprudencia para que puedan entenderse causa suficiente que determine la necesaria suspensión del acto, puesto que ha de considerarse que los mismos parten de una mera y errónea suposición de TESAU, cual es establecer que con la adopción de la medida cautelar recurrida se pretendía la revocación de un acto anterior, pretensión que en ningún caso parece desprenderse de la Resolución impugnada.

QUINTO.- Sobre los alegados perjuicios de imposible reparación.

Sostiene TESAU que la medida a la que quedaría obligada de acuerdo con el Resuelve segundo de la resolución impugnada, (obligación de TESAU de suministrar de manera gratuita el servicio de consulta asociado a la base de datos E 115, así como de suministrar de forma gratuita acceso al servicio de consulta telefónica prestado a través del 11818, para aquellos datos que no figuren en dicha base de datos), supondría un perjuicio tanto para el cliente final – dado que al resultar mayor el tiempo de operación presumiblemente aumentarían sus costes– como para TESAU, en tanto que *“no solamente no obtiene ingresos, sino que le supone gasto”*.

Para que pueda entenderse que existen perjuicios de imposible reparación para el solicitante de la suspensión los mismos han de ser manifiestos, concretos y susceptibles de valoración por el órgano concreto. Por el contrario, TESAU no realiza actividad probatoria ninguna, ni determina cuáles serían los perjuicios concretos que se derivarían de tal medida, aduciendo únicamente una alegación genérica al respecto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin embargo, la medida cautelar adoptada por la Resolución objeto de impugnación y cuya suspensión se solicita, analizó con abundante detalle los perjuicios que se ocasionarían a terceros competidores de TESAU en caso de que la medida no llegase a adoptarse. En este sentido, se analiza, de un lado, la necesidad y urgencia de la medida. A tal fin se consideran las consecuencias que se producirían si no se adoptase la medida cautelar, entre las que se señalan: *“i) la imposibilidad de los proveedores de servicios de consulta de información sobre números de abonado de prestar dichos servicios con un nivel de calidad adecuado y equiparable al ofrecido por TESAU y/o ii) en la necesidad de realizar cuantiosas inversiones para acceder a bases de datos de abonados alternativas a la proporcionada a esta Comisión y poder ofrecer así el citado nivel de calidad”*. Todo ello implicaría, en definitiva, una pérdida de competitividad que, en última instancia, podría impedir a los operadores del mercado de servicios de consulta, en el presente caso Conduit Europe, S.A, participar de dicho mercado.

De otro lado, la resolución impugnada tuvo en cuenta, la posible existencia de *“perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”*, concluyéndose que la adopción de esta medida cautelar no supone para TESAU perjuicio alguno de imposible o difícil reparación, sin que en ningún momento haya sido acreditado lo contrario por la citada entidad.

Por ello, cabe concluir que no sé da ninguno de los dos supuestos previstos en la Ley para plantear la suspensión, como queda dicho.

SEXTO.- Sobre la ponderación entre el interés público y el perjuicio que se causaría al recurrente.

La conclusión anteriormente alcanzada, esto es que no concurre ninguna de las dos circunstancias exigidas por el artículo 111 de la LRJPAC (causa de nulidad de pleno derecho y existencia de perjuicios de imposible o difícil reparación) conlleva *per se* que esta Comisión deniegue la suspensión solicitada por TESAU, todo ello sin que proceda ponderar ningún tipo de perjuicio.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Único.- Denegar la suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución del Consejo de fecha 26 de junio de 2003.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, 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 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 del 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 SECRETARIO

Vº Bº

LA VICEPRESIDENTA

Jaime Velázquez Vioque

Elisa Robles Fraga