



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JAIME VELAZQUEZ 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 20 de mayo de 2004, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DENIEGA LA PETICIÓN DE SUSPENSIÓN SOLICITADA POR LA ENTIDAD VIARMA, S.L. EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 11 DE MARZO DE 2004, POR LA QUE SE RESUELVE EL CONFLICTO DE ACCESO SUSCITADO POR LA EMPRESA CAPCOM INTERNACIONAL, S.L. RELATIVO A LA IMPOSIBILIDAD DE QUE LOCUTORIOS QUE CONTRATAN SU SERVICIO TELEFÓNICO CON VIARMA, S.L. PUEDAN CURSAR LLAMADAS SALIENTES CON OPERADORES DISTINTOS DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (RO 2003/1760).**

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso de reposición interpuesto por VIARMA, S.L. contra la citada Resolución de esta Comisión, de fecha 11 de marzo de 2004, por la que se resuelve el conflicto de acceso suscitado por la empresa Capcom Internacional, S.L. (RO 2003/1760), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 18/04 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 20 mayo de 2004, recaída en el expediente AJ 2004/742.

### HECHOS

**PRIMERO.-** Con fecha 11 de marzo de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha dictado la Resolución por la que resuelve el conflicto de acceso suscitado por la empresa Capcom Internacional, S.L. relativo a la imposibilidad de que locutorios que contratan su servicio telefónico con VIARMA, S.L. puedan cursar llamadas salientes con operadores distintos de Telefónica de España, S.A.U. (RO 2003/1760).

En la parte dispositiva de la mencionada Resolución se estableció lo siguiente:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **“RESUELVE:**

***Único.-** VIARMA no podrá impedir las funcionalidades de la preselección, selección de llamada o acceso a numeración de red inteligente cuando la línea de su titularidad, provista por el operador obligado a garantizar este tipo de funcionalidades, sea cedida a un usuario al que le provee tráfico telefónico.”*

**SEGUNDO.-** Con fecha 26 de abril de 2004 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado el 23 de abril de 2004 por el representante de la entidad VIARMA, S.L. en virtud del cual interpone recurso de reposición contra la Resolución de fecha 11 de marzo de 2004 mencionada anteriormente.

La entidad solicitante muestra su disconformidad con la Resolución impugnada alegando la nulidad de pleno de derecho de la misma por incurrir en las causas previstas en el artículo 62.1 b), c) y e) de la Ley 30/92, así como anulabilidad por incurrir en desviación de poder.

De acuerdo con la citada nulidad de pleno derecho y por causar perjuicios de imposible o difícil reparación, la entidad recurrente solicita se acuerde la suspensión de la ejecución de la referida Resolución impugnada hasta la resolución expresa del citado recurso de reposición interpuesto contra la misma.

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.**

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

En el escrito presentado por VIARMA, S.L. por el que se interpone recurso de reposición contra la Resolución de esta Comisión de fecha 11 de marzo de 2004, se viene a solicitar en el segundo punto del solicita la suspensión de la ejecución de la citada resolución impugnada.

El artículo 111 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) regula la suspensión de la ejecución de los actos administrativos, cuando éstos han sido objeto de cualquier recurso administrativo.

Habida cuenta que el recurso de reposición presentado por la entidad VIARMA, S.L., en el que se solicita la suspensión del acuerdo impugnado, se interpone



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

contra una Resolución de esta Comisión, 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 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 y, por tanto, la petición de suspensión en él contenido, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

## **II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.**

### **Primero.- Sobre la petición de suspensión de la Resolución recurrida.**

Conforme a lo expuesto en los antecedentes de hecho, la empresa VIARMA, S.L. solicita expresamente la suspensión de la ejecución de la Resolución por ella 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.

Por consiguiente, en aplicación del artículo citado, para determinar si procede o no acceder a la suspensión solicitada por la recurrente, esta Comisión ha de analizar, en primer lugar, si concurre alguna de las circunstancias señaladas con las letras a) y b) del artículo 111 de la LRJPAC. 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.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, cabe recordar que la eficacia del acto administrativo sometido a debate se tendrá que valorar desde la perspectiva del interés general, puesto que según la jurisprudencia dictada al efecto esta valoración constituye un presupuesto más para la adopción de una medida como la ahora solicitada, por formar parte este interés general del núcleo esencial en la aplicación del derecho administrativo en su conjunto.

Pues bien, ha de señalarse que VIARMA, S.L. ha invocado, por un lado, la nulidad de pleno de derecho de la Resolución recurrida por concurrir las causas señaladas anteriormente y, por otro, el grave perjuicio que se le causaría.

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.

### **Segundo.- Sobre las causas alegadas para impugnar la Resolución.**

La recurrente solicita la suspensión de la Resolución recurrida teniendo en cuenta las causas de nulidad en las que se basa su impugnación y el perjuicio que supuestamente se le causaría por la ejecución de la Resolución.

En concreto, y con base en el artículo 62.1 de la LRJPAC, la recurrente considera que la Resolución recurrida adolece de nulidad de pleno derecho por haberse dictado por la Comisión sin la habilitación competencial legalmente exigida, por tener la misma un contenido imposible y por haberse dictado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido para las disposiciones generales con efectos para una colectividad.

Como ya tiene establecido esta Comisión en anteriores resoluciones, cabe recordar que, para apreciar si el pretendido vicio determinante de la nulidad resulta patente y notorio, tal y como exige la consolidada doctrina jurisprudencial sobre la apariencia de buen derecho de la nulidad alegada, será preciso el análisis del contenido del motivo de impugnación con abstracción del fondo del asunto.

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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 de interpretación restrictiva, para la apreciación de dicha causa, establecido por la jurisprudencia. A este respecto cabe citar, entre otras muchas, el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1998 (RJ 1998\9735):

*“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”*

Pues bien, haciendo abstracción del análisis detenido de la legalidad del acto impugnado, reservado al procedimiento principal que se hará en la resolución del presente recurso, al analizar el contenido de los motivos de nulidad señalados, resulta que la presunta vulneración de preceptos reguladores del procedimiento administrativo alegados de contrario, no se deduce a primera vista, ni de manera evidente, sin requerir un examen detenido de las circunstancias concurrentes y de la normativa sectorial de aplicación, concretamente con relación a la intervención regulatoria de este Organismo en supuestos como el que se presenta ahora sobre conflictos y relaciones entre operadores.

En definitiva, a la vista de las alegaciones del recurso, y sin que suponga prejuzgar el fondo del asunto, existen elementos suficientes de duda razonable como para no aplicar la apariencia de buen derecho de la nulidad requerida. En el presente caso, sería necesario entrar en un análisis detallado de la legalidad del acto impugnado que, como ya hemos dicho, está “*reservado necesariamente al procedimiento principal*”, tal y como afirma el Tribunal Supremo en la citada Sentencia de 23 de marzo de 2001.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En virtud de las anteriores consideraciones, debe concluirse que no concurre en el presente caso la circunstancia prevista en el artículo 111.2 letra b) de la LRJPAC.

### **Tercero.- Sobre los perjuicios ocasionados por la Resolución.**

En el apartado quinto del recurso se argumenta que la ejecución de la citada Resolución, en concreto, de la imposición a la entidad VIARMA, S.L. de la obligación de no impedir el acceso a través de sus líneas de las funcionalidades de la preselección, selección de operador o llamadas a numeración de red inteligente, pudiera causarle perjuicios de imposible o difícil reparación.

La recurrente en su escrito no hace determinación alguna del perjuicio concreto que la ejecución le pudiera irrogar. Se limita a sostener genéricamente que, con la Resolución recurrida, tendría problemas para evitar una supuesta generación de deuda descontrolada en las líneas cedidas a los locutorios y para hacer un seguimiento y control de su cartera de clientes. Por último alega como perjuicio que, con esta medida, otros operadores se podrían beneficiar de la inversión y esfuerzo realizado para poner en marcha su negocio obteniendo un lucro correlativo.

Pues bien, a estos efectos resulta necesario aclarar que el hipotético perjuicio deberá ser manifiesto y concreto, con el fin de su valoración por el órgano competente para resolver el correspondiente recurso, en orden a ponderar el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión pretendida y el perjuicio que causaría a la recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido, según dispone el citado artículo 111 de la LRJPAC.

A este respecto cabe señalar, entre otras, lo manifestado por la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Auto de 26 de marzo de 1998 (RJ 1998\3216):

*"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 sobreviniencia 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."*

De esta manera no se aportan datos concluyentes ni se incluyen en su recurso razonamientos patentes y probados del perjuicio concreto que se alega, aún a nivel indiciario, sobre el carácter irreparable de los hipotéticos perjuicios irrogados, cuya existencia no queda, por tanto, debidamente justificada, ni





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

podría deducirse de la Resolución recurrida. En definitiva, se tratan de meras suposiciones de parte carentes de eficacia jurídica a los efectos de prevalecer frente a la eficacia de los actos administrativos en orden a la adopción de una media cautelar.

En definitiva, y a los efectos que ahora interesan, no resulta suficiente, en modo alguno, la alegación genérica que se esgrime en su escrito sobre el presunto perjuicio que le produciría a la recurrente la ejecución de la Resolución impugnada.

De todo lo anterior se desprende que tampoco concurre en el presente caso la circunstancia establecida en el apartado a) del artículo 111.2 de la LRJPAC para que se pueda acceder a la petición de suspensión.

Finalmente, y a pesar de que no concurren ninguna de las dos circunstancias exigidas por el artículo 111 de la LRJPAC (clara apariencia de nulidad de pleno derecho y existencia de perjuicios concretos de imposible o difícil reparación), esta Comisión considera que debe prevalecer el interés en evitar el perjuicio que se ocasionaría al interés general y a terceros de acordarse la suspensión de la Resolución, frente al supuesto perjuicio que se ocasionaría al interés particular de la empresa recurrente de no acordarse la suspensión.

Ello es así, por cuanto que se trata de una Resolución por la que esta Comisión interviene para resolver un conflicto planteado por un operador sobre la prestación de los servicios por un suministrador homologado del operador dominante en el mercado de la telefonía de uso público, que afectan a una pluralidad de agentes en dicho mercado y a la buena marcha del mismo.

Existe un claro interés público en el cumplimiento de la Resolución recurrida, en la medida en que dicha intervención regulatoria resulta necesaria en las relaciones entre operadores para garantizar la adecuación del acceso (artículo 11.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones), sin que pueda esta intervención venir condicionada por los intereses particulares de una empresa sino por los intereses generales de ese mercado de la telefonía de uso público, y, en este caso, con relación a las facilidades de la preselección, selección de llamada o el acceso a numeración de red inteligente, que esta Comisión deberá garantizar y proteger.

En atención a todo lo anterior, no procede acceder a la solicitud de suspensión planteada por VIARMA, S.L. en el recurso de reposición que trae causa, por lo que la Resolución sobre el conflicto de acceso suscitado por la empresa Capcom Internacional, S.L., objeto del presente recurso, es plenamente eficaz desde su notificación a los interesados.

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### RESUELVE

**ÚNICO.-** Desestimar la solicitud de suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución de esta Comisión de fecha 11 de marzo de 2004, sobre el conflicto de acceso suscitado por la empresa Capcom Internacional, S.L. (RO 2003/1760), incorporada al recurso potestativo de reposición interpuesto por VIARMA, S.L. contra la misma, siendo plenamente eficaz desde su notificación a los interesados.

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 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 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real