



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 43/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 21 de diciembre de 2011, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la

**Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Servicios Tecnológicos TIM, S.L, contra la Resolución de fecha 20 de octubre de 2011, sobre la cancelación de numeración para servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia a la recurrente (AJ 2011/2429).**

#### **I ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- Resolución de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional.**

Por resolución de fecha 15 de junio de 2011 la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (en adelante, SETSI) acordó declarar que la sociedad Servicios Tecnológicos TIM, S.L. (en adelante, TIMWE) había incumplido el Código de Conducta para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes (en adelante, el Código de Conducta).

Entre las consecuencias de ese incumplimiento se prevé la cancelación durante un año del número al que se refiere la resolución arriba mencionada por parte de esta Comisión, así como el bloqueo por los operadores de redes telefónicas públicas del acceso al número del que es titular el operador que presta servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes.

**SEGUNDO.- Resolución recurrida.**

La resolución recurrida, de fecha 20 de octubre de 2011, se dictó en cumplimiento de lo dispuesto en el punto i) de la letra c) del artículo 9 de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (Orden ITC/308/2008), tras recibir la comunicación de la anterior resolución de la SETSI.



### **TERCERO.- Recurso de reposición de TIMWE.**

Contra la resolución a la que se ha hecho referencia más arriba TIMWE ha presentado un recurso de reposición que ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión el día 7 de noviembre de 2011 y en que se solicita su anulación y, por lo tanto, el mantenimiento de la asignación cancelada. Subsidiariamente, se solicita que se declare la caducidad del procedimiento.

Los argumentos en que se fundamenta el recurso son los siguientes:

1. La infracción del principio de proporcionalidad. Para la recurrente, la cancelación de la asignación es una medida desproporcionada en relación con su conducta.
2. El carácter sancionador de la cancelación de la numeración. Para TIMWE, la resolución recurrida tiene carácter sancionador, en cuyo caso deberían tenerse en cuenta criterios para adecuar la consecuencia punitiva a la conducta infractora, tales como los principios de proporcionalidad y equidad.
3. La supuesta falta de ajuste a Derecho de la resolución de la SETSI, recurrida en vía contencioso-administrativa por la recurrente, así como la suspensión de su ejecutividad.
4. Subsidiariamente, la declaración de nulidad por haber caducado el expediente en el que recayó la resolución recurrida.

TIMWE también solicita, al amparo de lo previsto en los artículos 72 y 111 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC) la suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida. A su juicio, concurren los requisitos legales para su adopción.

### **CUARTO.- Suspensión cautelar de la ejecutividad de la resolución.**

Con fecha 1 de diciembre de 2011, el Consejo de esta Comisión acordó suspender cautelarmente la resolución recurrida.

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

## **II FUNDAMENTOS DE DERECHO**

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

#### **PRIMERO.- Calificación del escrito.**

El artículo 107 de la LRJAP y PAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, si éstos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley y que deberá cumplir las formalidades establecidas en su artículo 110.1.



A su vez, el artículo 116.1 de la LRJAP y PAC dispone que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado por TIMWE como un recurso de reposición contra la Resolución de fecha 20 de octubre de 2011, sobre la cancelación de la numeración para servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia al operador Servicios Tecnológicos TIM, S.L.

### **SEGUNDO.- Legitimación de la recurrente.**

El artículo 107 de la LRJAP y PAC exige la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. A su vez, el artículo 31 de la misma Ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

La recurrente ostenta la condición de interesada porque es la asignataria de la numeración cuya cancelación se acuerda en la resolución recurrida. Es por ello que se le reconoce legitimación activa para la interposición del recurso potestativo de reposición.

### **TERCERO.- Admisión a trámite.**

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJAP y PAC.

Asimismo, se ha presentado dentro del plazo de un mes desde su notificación previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que se admitió a trámite por resolución del Secretario de fecha 10 de noviembre de 2011.

### **CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.**

La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado (artículo 116.1 de la LRJAP y PAC).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.2 de la LRJAP y PAC, el recurso debe ser resuelto y su resolución notificada en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente al de su interposición. Tal como prevé el artículo 43.2 de la misma Ley, en defecto de notificación en plazo de la resolución expresa, el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio.



## II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

### **PRIMERO.- Sobre las consecuencias legales del incumplimiento del Código de Conducta.**

La resolución recurrida, en aplicación de lo previsto en el artículo 9 de la Orden ITC/308/2008, acordó cancelar la asignación del número 797271 a la recurrente por haber incumplido la normativa aplicable. Este incumplimiento no es otro que el declarado probado por la SETSI, tras el informe de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional, en su resolución de fecha 15 de junio de 2011. La normativa infringida es la propia Orden ITC/308/2008, que en su artículo 8.3 incluye, dentro de las condiciones generales de utilización de los números para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia, el cumplimiento del Código de Conducta.

Para TIMWE, semejante reacción excede la proporcionalidad exigible en la actuación de las administraciones públicas susceptible de incidir de forma negativa en los intereses de los administrados. Además, la resolución recurrida tendría para la recurrente un carácter sancionador porque sus consecuencias económicas suponen un elevado porcentaje de la facturación de la empresa.

En lo que se refiere al primer extremo, el principio de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, como acertadamente alega la recurrente, no sólo se predica de procedimientos sancionadores, sino que se extiende a todas las actuaciones de las administraciones en las que estén facultadas a elegir entre un rango de posibilidades la que más se adecúe a la actuación del administrado y a otra serie de circunstancias concurrentes. Ello excluye, en principio, situaciones en que las consecuencias de tal conducta estén tasadas en la norma, de manera que no exista un margen discrecional que permita la aplicación de criterios de proporcionalidad.

A juicio de esta Comisión, la cancelación de la asignación recurrida no es una opción entre una serie de posibilidades que le permitan elegir discrecionalmente aquélla que corresponda mejor en relación con la gravedad de la conducta cometida por la recurrente. Al contrario, la Orden ITC/308/2008 predetermina la decisión de esta Comisión al referirse, en el apartado 3º de su artículo 10, a las consecuencias de la infracción del Código de Conducta. El citado precepto señala tajantemente que *“el incumplimiento del código de conducta implicará la cancelación temporal del número”*. De esta manera, esta Comisión debe, al menos, cancelar el número en los términos descritos.

Esta conclusión es discutida por la recurrente, para quien la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puede proceder de manera diferente y no cancelar la asignación del número. A su juicio, el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (Reglamento de Numeración) y la propia Orden ITC/308/2008 lo permiten, pero no se trata de un acto con ese contenido obligatorio. Así, el artículo 62 del Reglamento de Numeración prevería la cancelación de la asignación de la numeración por causas imputables al interesado como, entre otras, el incumplimiento de la normativa aplicable, en particular la relativa a los derechos de los usuarios, o las condiciones generales o específicas impuestas al titular. Asimismo, considera que, en la apreciación de dichos motivos, esta Comisión debería utilizar criterios de proporcionalidad en atención a las circunstancias de la infracción.



El razonamiento de TIMWE debe rechazarse porque en el presente caso no nos encontramos ante una cancelación de asignación de numeración de aquellas a las que se refiere el Reglamento de Numeración para supuestos de incumplimiento de las condiciones de utilización de los números pertenecientes al Plan Nacional de Numeración Telefónica, sino de un supuesto específicamente previsto en la Orden ITC/308/2008 para el supuesto de incumplimientos del Código de Conducta. En efecto, el artículo 47 del Reglamento de Numeración limita la aplicación del procedimiento allí regulado a los recursos públicos de numeración correspondientes al Plan Nacional de Numeración Telefónica, entre los que no se incluye la numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia.

Sin embargo, lo cierto es que el artículo 9 de la Orden ITC/308/2008 tiene un contenido casi idéntico al artículo 62 del Reglamento de Numeración y reproduce los mismos supuestos de cancelación por causas imputables al interesado. Asimismo, debe destacarse que la resolución recurrida alude al artículo 9.c.i) de la citada disposición, que se refiere a la infracción de la normativa aplicable, y no a su letra d), que se remite a la comunicación de la SETSI del incumplimiento del Código de Conducta.

Ahora bien, de lo anterior no cabe concluir que esta Comisión pueda discrecionalmente ponderar la gravedad del incumplimiento de TIMWE a los efectos de cancelar o no la numeración. Y ello porque, esencialmente, el artículo 10 de la Orden de constante referencia vincula automáticamente esa consecuencia para el caso de falta de cumplimiento del Código de Conducta. La previsión aparentemente contradictoria contenida en el artículo 9 (*“podrá modificar o cancelar”* frente al rotundo *“implicará la cancelación temporal del número”* del artículo 10) debe entenderse, por tanto, referida con carácter general a todas las causas enumeradas con excepción de aquellas, como la de la letra d), en las que se prevé su carácter automático en la misma norma. En otras palabras: si la normativa incumplida es el Código de Conducta (causa a la que se remite la resolución recurrida) es evidente que las posibilidades valorativas de esta Comisión desaparecen porque el incumplimiento de éste supone la necesaria cancelación de la numeración por así ordenarlo el artículo 10 de la Orden ITC/308/2008.

Para la recurrente, aun cuando la infracción no pudiera ser objeto de nueva discusión en el procedimiento que nos ocupa, sí que debería entrarse a valorar las circunstancias concurrentes para decidir si se cumple o no el principio de proporcionalidad. Y, a su juicio, son varios los argumentos que sostienen sus tesis de que la consecuencia acordada no respeta el principio de proporcionalidad:

- a) En primer lugar, porque esta Comisión habría aplicado idéntica medida en supuestos de mayor gravedad, tales como el uso para servicios diferentes de los permitidos o su no uso.
- b) En segundo lugar, porque la cancelación de los números supone el incumplimiento de una norma de rango inferior al legal o al reglamentario más estricta que la Ley General de Telecomunicaciones o su normativa de desarrollo, sin que esté prevista en esta como sanción la cancelación de la numeración.

A este respecto, cabe señalar en los casos de cancelación de recursos de numeración telefónica, como los número cortos de formato 118AB a las que hace referencia TIMWE, no existe ninguna norma que anude de forma automática la cancelación de la asignación al incumplimiento de la normativa que regula su uso, sino que el artículo 62 del Reglamento de Numeración permite valorar la gravedad de la conducta en atención a las circunstancias concurrentes.



Pero, por otro lado, a esta Comisión no le corresponde valorar qué conductas suponen la infracción del Código de Conducta, pues éste ya diseña un esquema institucional en el que:

- La Comisión Permanente de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional, previa audiencia de los interesados, emite un informe en el que se especifican los motivos del incumplimiento.
- La SETSI ordena el bloqueo al acceso del número y comunica el incumplimiento a esta Comisión a los efectos oportunos.

De esta manera, se regula un procedimiento contradictorio en el que la recurrente ha podido alegar las circunstancias expuestas durante la instrucción del procedimiento en el que recayó la resolución recurrida y que reproduce con ocasión de su recurso. Estas alegaciones se refieren a la poca entidad de las infracciones del Código de Conducta y a las mismas se hará referencia más adelante en el apartado correspondiente a la relevancia de la declaración de la SETSI de haberse incumplido el Código de Conducta y la suspensión de la presente resolución.

Además del estricto respeto a las competencias de cada administración al que obliga el artículo 4.1.a) de la LRJAP y PAC, existe otra razón evidente para rechazar la pretensión de que esta Comisión efectúe una nueva valoración del incumplimiento reconocido por la SETSI, que no es otro que la presunción de legalidad de los actos administrativos, principio que entronca con los de objetividad y eficacia en la actuación de las administraciones públicas a los que se refiere el artículo 3.1 de la misma norma. Es cierto que TIMWE no pretende tanto que esta Comisión contradiga a la SETSI y reconozca que no se ha incumplido el Código de Conducta, sino más bien que pondere esa infracción a la vista de las circunstancias aplicando criterios de proporcionalidad. Ahora bien, la consecuencia inmediata de la falta de cumplimiento (la cancelación de la asignación) impide ese examen. En la práctica, lo contrario supondría una efectiva revisión del acto de la SETSI, pues la Orden ITC/308/2008 no prevé otra consecuencia diferente. De esta manera, si esta Comisión realizara ese análisis y llegara a la conclusión de que el incumplimiento no merece semejante reproche jurídico, se estaría vaciando de contenido el acto de la SETSI (y de paso un hipotético pronunciamiento jurisdiccional sobre el mismo) y dejando sin consecuencias el incumplimiento del Código de Conducta, en contra del criterio de la regulación de este tipo de números.

En lo que se refiere al carácter sancionador de la resolución impugnada, la Sala Octava de la Audiencia Nacional, en su reciente sentencia de fecha 24 de junio de 2011 ha rechazado expresamente que las cancelaciones de numeración como resultado de infracciones del Código de Conducta tengan una finalidad represiva (lo que descarta semejante carácter) en los siguientes términos:

*“En los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes ligados al uso de recursos de numeración, en vez de la retirada del número por el operador de red, se procede a la cancelación del número asignado. Es decir, la cancelación tiene una función coercitiva y disuasoria del incumplimiento y un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones, en palabras de la sentencia del Tribunal Constitucional citada, pero no es una sanción dada la ausencia de finalidad represiva, no resultando, por tanto, aplicables las garantías que para el ejercicio de la protesta sancionadora establece los artículos 24.2 y 25.1 de la Constitución”.*

Seguramente consciente de ello, TIMWE alega que *materialmente*, las graves consecuencias de la cancelación la equiparan a una medida punitiva para cuya aplicación es necesario considerar criterios de proporcionalidad.



Esta Comisión no comparte el criterio de la recurrente. En primer lugar, porque la doctrina constitucional alegada se refiere a un supuesto muy concreto –el recargo por ingreso extemporáneo de los tributos- que imponía obligaciones pecuniarias de cuantía similar a las sanciones previstas en la ley tributaria. Ello no sucede en el caso que nos ocupa, en el que la cancelación de la asignación del número no tiene un alcance pecuniario directo, sino el de la mera revocación de la facultad de uso exclusivo de un recurso público.

En segundo lugar, porque la cancelación de la asignación se fundamenta en razones de protección de los derechos de los consumidores y usuarios. Este es uno de los objetivos principales que la Administración persigue al establecer las condiciones de uso de la numeración para la prestación de los servicios de reenvío de mensajes sujetos a tarificación adicional y así lo reconoce la Orden ITC/308/2008. Es evidente que el Código de Conducta también conserva ese fin y por esta razón establece una serie de condiciones que los prestadores de estos servicios deben respetar y a cuyo cumplimiento se vincula la conservación de sus derechos de uso de la numeración asignada. Cuando existen incumplimientos de ese Código resulta razonable y justificado que la Administración, previa acreditación y suficiente motivación, pueda reaccionar bloqueando el acceso al número y acordando la cancelación de su asignación, ya que desaparece una de las condiciones esenciales que la motivaron –el cumplimiento del Código de Conducta-. Lo anterior nos lleva a concluir que las consecuencias que la Orden ITC/308/2008 previene no constituyen una sanción administrativa.

A idéntica consecuencia conduce el razonamiento contenido en el propio recurso según el cual la cancelación de la asignación de la numeración no está prevista como una sanción en la LGTel, lo que confirma su carácter no sancionatorio, pues no todos los actos administrativos susceptibles de crear un efecto negativo en el patrimonio jurídico del administrado suponen imponer una sanción.

En definitiva, nos encontraríamos ante un supuesto de revocación-sanción o “sanción rescisoria”, figuras que, pese a su tradicional denominación, no constituyen sanciones, sino que son meras consecuencias del incumplimiento del concesionario, licenciatario o, en este caso, asignatario de recursos públicos, de los términos en los que éstos fueron asignados. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) en su Sentencia de fecha 28 de septiembre de 2005, con cita de la doctrina constitucional:

*“Según la sentencia del Tribunal Constitucional 181/1990, de 15 de noviembre, aunque traza una línea divisoria entre la simple revocación de una licencia o la aplicación de una «revocación - sanción» puede resultar difícil, en tanto la revocación de una licencia (al igual que su no otorgamiento) se base en el incumplimiento de los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para el desarrollo de la actividad pretendida, no cabe afirmar que se esté ante una medida sancionadora, sino de simple aplicación del ordenamiento por parte de la Administración competente”.*

Pero, además, debe tenerse en cuenta que la incidencia en la economía del asignatario depende de la explotación que de los números asignados haga cada operador dentro de su libertad para organizar su negocio con los criterios que crea más convenientes. De esta manera, de atender el criterio expuesto en el recurso, los prestadores de servicios de envío de mensajes podrían disponer de las consecuencias de sus incumplimientos del Código de Conducta e impedir la cancelación de los números a través de la concentración de sus ingresos en un solo de ellos. En efecto, si la cancelación del número dependiese de su alcance sancionador por el grado de afección respecto de los ingresos de la empresa que lo explota, se crearía una discriminación, al tener una misma conducta consecuencias diferentes en función de un dato (el porcentaje de volumen de negocio generado por ese número sobre los ingresos totales) que depende de cada



asignatario, de las actividades que realice (puede darse el caso de una empresa con otras actividades) o de la forma en la que organiza y explota sus recursos.

**SEGUNDO.- Sobre la relevancia de la declaración de la SETSI de haberse incumplido el Código de Conducta y la suspensión de la presente resolución.**

Tal y como reconoce TIMWE, y en la línea de lo expuesto anteriormente, a esta Comisión no le corresponde analizar y valorar el incumplimiento del Código de Conducta. En ese sentido se ha pronunciado recientemente con ocasión de la resolución de dos recursos de reposición contra sendas resoluciones que cancelaban la asignación de números de idéntica naturaleza que los que nos ocupan<sup>1</sup>. No obstante, a juicio de la recurrente, y siguiendo la doctrina expuesta en esas ocasiones, la ejecutividad de la resolución de la SETSI se encuentra “*sub iudice*”, puesto que está pendiente de resolución el recurso contencioso-administrativo que presentó en su día contra la misma. Lo cierto es que una eventual anulación de esa resolución de la SETSI supondría necesariamente la reposición de la resolución recurrida, por cuando no es más que una consecuencia que la normativa anuda a aquélla.

Ahora bien, este argumento no supone un motivo de nulidad o anulabilidad de la resolución de esta Comisión que nos ocupa, por cuanto que los actos administrativos son inmediatamente ejecutivos y se presumen ajustados a derecho, salvo en los supuestos en los que se acuerde expresamente la suspensión de su ejecución, de conformidad con el artículo 94 de la LRJAP y PAC, principio éste el de legalidad que no deja de ser un reflejo del mandato constitucional de eficacia en la acción de las administraciones públicas. Todo ello sin perjuicio, en su caso, de la posibilidad de acudir a los medios previstos en la LRJAP y PAC para la rescisión de actos firmes, en especial al recurso extraordinario de revisión.

Si alguna influencia tuviera sobre la vida jurídica de la resolución recurrida la pendencia del proceso jurisdiccional en el que se valorará el ajuste a Derecho de la resolución de la SETSI sería la relativa a la posibilidad de suspender su ejecutividad para asegurar la efectividad de la decisión, al menos en vía cautelar, del tribunal que conoce del asunto. Precisamente este criterio ha sido tenido en cuenta en la Resolución de fecha 1 de diciembre de 2011, relativa a la petición de suspensión cautelar contenida en el recurso que nos ocupa.

Asimismo, debe señalarse que la resolución de la SETSI no está suspendida por silencio negativo al no haberse resuelto el recurso de reposición presentado en su día. Pese a que TIMWE oculta en su recurso dichos extremos, lo cierto es que por Resolución de la Subdirectora General de Recurso, Reclamaciones y Relaciones con la Administración de Justicia de fecha 26 de agosto de 2011, se desestimó el recurso de reposición presentado por TIMWE contra la resolución de la SETSI de constante referencia. Por lo tanto, la suspensión ganada por la falta de resolución en plazo concluyó con la notificación de esa resolución el día 30 de agosto de 2011.

---

<sup>1</sup> Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Alterna Project Marketing, S.L. contra la Resolución del Consejo de esta Comisión, de fecha 30 de junio de 2011, por la que se cancela la asignación a este operador del número 27640 para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (AJ 2011/1820) y Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Alterna Project Marketing, S.L. contra la Resolución del Consejo de esta Comisión, de fecha 30 de junio de 2011, por la que se cancela la asignación a este operador del número 25044 para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (AJ 2011/1821).



Al contrario, a fecha de hoy la resolución de la SETSI es un acto administrativo no suspendido y por lo tanto ejecutivo, pese a la pendencia de un proceso judicial sobre su ajuste a Derecho y la apertura de una pieza de suspensión cautelar.

### **TERCERO.- Sobre la caducidad del procedimiento.**

La recurrente plantea de forma subsidiaria este motivo de nulidad, puesto que desde el acuerdo de inicio hasta la notificación de la resolución recurrida transcurrió el plazo de tres meses al que se refiere el artículo 42.3 de la LRJAP y PAC. Dispone éste que cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo para recibir la notificación, éste será de tres meses. La Orden ITC/308/2008 no prevé un procedimiento propio para la resolución de los procedimientos de cancelación de las asignaciones, por lo que habrá de estarse al citado plazo general de tres meses.

Hay que tener en cuenta que el procedimiento en el que recayó la resolución recurrida se inició de oficio por esta Comisión a petición de la SETSI por acto de fecha 11 de julio de 2011, mientras que la resolución fue acordada el día 20 de octubre de 2011. Por lo tanto, habría transcurrido el plazo de tres meses previsto para este tipo de procedimiento y sus consecuencias no serían otras que las recogidas en el artículo 44.2 de la LRJAP y PAC, que dispone que en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. Asimismo, no consta acuerdo de ampliación del plazo para resolver ni concurre ningún motivo de suspensión de los previstos en el artículo 42.5 de la LRJAP y PAC.

Para TIMWE el procedimiento ha caducado porque la consecuencia de la resolución extemporánea de un expediente como el que nos ocupa, en el que pueden producirse efectos negativos para los interesados, no es otra que la necesaria declaración de su caducidad.

Con carácter general, la caducidad o perención del procedimiento ha sido definida por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo como *“un modo anormal de finalización del procedimiento administrativo, por su paralización durante el tiempo establecido en el que no se realizan los actos procesales por el órgano al que corresponde impulsar su prosecución”* (STS de fecha 1 de junio de 1998).

Ahora bien, el propio Tribunal Supremo ha advertido que *“el instituto de la caducidad, ha de administrarse con prudencia y moderación, puesto que su estimación impide conocer las razones que la Administración haya podido tener para obrar en un determinado sentido, que, en principio, se presume es acorde con el ordenamiento jurídico (principio de legalidad del acto administrativo), salvo en los supuestos de error, desviación de poder o ejercicio arbitrario de sus potestades y competencias (...)”*.

En todo caso, para declarar la caducidad del procedimiento debe tenerse en cuenta si la potestad administrativa es imprescriptible o no y si en su ejercicio concurre algún interés de carácter público. En el primer caso, la resolución tardía no podría perjudicar al interesado. Sin embargo, en el segundo supuesto, de declararse la caducidad, nada impediría a esta Comisión iniciar un nuevo procedimiento con el mismo objeto y para obtener idéntico resultado, lo que atentaría contra los principios de eficacia y economía del procedimiento.



En este sentido se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de fecha 11 de diciembre de 2007, que rechaza con estos mismos argumentos la caducidad del procedimiento en el que recayó una resolución de esta Comisión en los siguientes términos:

*“Pues bien, en el presente caso ya se dijo el efecto beneficioso que la orientación a costes tendrá para el mercado de la telefonía móvil, evitando que los operadores dominantes creen barreras de entrada a los otros operadores mediante la elevación abusiva de los precios de interconexión, con el grave detrimento que eso supone para una limpia, no discriminatoria y efectiva competencia, que son los principios sobre los que se asienta tanto a nivel nacional como europeo dicho mercado.*

*De otro lado, también debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la potestad que a través del acto impugnado ha ejercitado la CMT, es imprescriptible, lo que supone que, aunque se decrete la caducidad del procedimiento, tendría que nuevamente pronunciarse en el mismo sentido. Una declaración de caducidad llevaría a reabrir el procedimiento para obtener el mismo resultado con grave deterioro de la economía procesal”*

El interés general concurrente en este caso se desprende del hecho de que la resolución recurrida se vincula al incumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios de reenvío de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia. Impedir la utilización de recursos públicos de numeración para fines no ajustados a la normativa, al margen del hipotético perjuicio para los usuarios del servicio, supone un interés público más allá del genérico de que las decisiones administrativas se cumplan, interés que, por otra parte, se vería perjudicado en caso de no cancelar la asignación de la numeración y permitir que la recurrente siga utilizando recursos públicos incumpliendo el Código de Conducta que protege a los consumidores y usuarios.

En parecidos términos se pronuncia expresamente el artículo 92.4 de la LRJAP y PAC, que dispone que podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición o esclarecimiento. Si bien este artículo es aplicable, en principio, a los procedimientos iniciados de oficio, a él se remite el artículo 44.2 de la LRJAP y PAC en lo que se refiere a los efectos de la caducidad de los procedimientos iniciados de oficio.

Por otra parte, y aunque sería cuestionable en qué momento prescribe la facultad de esta Comisión para iniciar el procedimiento de cancelación de la asignación, pues nada dice la regulación de los números para la prestación del servicio de envío de mensajes al respecto, no se encuentran razones para considerar que esta prescripción opere en el supuesto que nos ocupa, en el que no hay fijado un plazo de prescripción y en el que no ha transcurrido más de un año desde la constatación del incumplimiento.

Así las cosas, de estimarse el recurso y producirse la pretendida declaración de caducidad del expediente, deberían repetirse los trámites con idéntico resultado.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión



**RESUELVE:**

**ÚNICO.-** Desestimar el recurso de reposición interpuesto por Servicios Tecnológicos TIM, S.L. contra la Resolución de fecha 20 de octubre de 2011, sobre la cancelación de numeración para servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia a la recurrente, que se confirma en todos sus extremos.

Este 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 fecha 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, 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, 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, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro recurso que estimen procedente en defensa de sus derechos en virtud 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.***