



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 34/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 4 de octubre de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Datatalk Comunicaciones S.L. contra la Resolución de 26 de julio de 2012 sobre la cancelación de numeración para servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia a la entidad recurrente (AJ 2012/1925).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Inscripción de la entidad recurrente en el registro de operadores y asignación de numeración por parte de esta Comisión.

Con fecha 11 de junio de 2010¹, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, Comisión) resolvió inscribir a Datatalk Comunicaciones, S.L. (en adelante, DATATALK) en el Registro de operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas como persona autorizada para la prestación del servicio de almacenamiento y reenvío de mensajes cortos. Posteriormente, el día 27 de mayo de 2011² se le asignó el número 795100 para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (en adelante, servicios de mensajes STA).

SEGUNDO.- Resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 21 de mayo de 2012 acreditativa de la infracción del Código de Conducta de Servicios de Tarificación Adicional.

Con fecha 30 de mayo de 2012, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito³ de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional (en adelante, CSSTA), por el que se ponía en conocimiento de esta Comisión la Resolución de 21 de mayo de 2012, del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (en adelante, Resolución de 21 de mayo de 2012). En esta resolución se constató el incumplimiento, por parte del servicio de tarificación adicional basado en el envío de

¹ RO 2010/962.

² DT 2011/977.

³ Expediente CSSMS_00012/11.



mensajes prestado a través del número 795100 por DATATALK, del artículo 6.1.1.3⁴ del Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes⁵.

En el escrito presentado por la CSSTA se solicitó a esta Comisión que adoptara la decisión de cancelar durante un año el número 795100, en cumplimiento del artículo 10.3º.b 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.

Asimismo, mediante Resolución de 21 de mayo de 2012, la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información ordenó a los operadores de redes telefónicas públicas a que con carácter inmediato procedieran a bloquear el acceso al número 795100.

TERCERO.- Inicio y trámite de audiencia del procedimiento de cancelación de numeración DT 2012/1126.

Con fecha 12 de junio de 2012, esta Comisión remitió a DATATALK un escrito mediante el que comunicaba el inicio del procedimiento administrativo DT 2012/1126 de cancelación de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia.

Asimismo, y en el mismo escrito de inicio, se dio traslado a DATATALK de un informe de los Servicios de esta Comisión, para que, en el plazo improrrogable de diez días, dicho operador efectuara alegaciones y aportase la documentación que estimare conveniente.

En el informe de los Servicios se proponía cancelar la asignación del código numérico 795100 a la entidad DATATALK, así como establecer un periodo durante el cual no sería asignado a ningún operador.

Con fecha 30 de junio de 2012, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de DATATALK en respuesta a la audiencia y mostrando su rechazo a las conclusiones del informe de los Servicios

CUARTO.- Resolución de 26 de julio de 2012.

Mediante Resolución de 26 de julio de 2012, recaída en el expediente DT 2012/1126, el Consejo de esta Comisión acordó:

***“PRIMERO.-** Cancelar la asignación del número 795100 a la entidad Datatalk Comunicaciones, S.L., cuyo estado en el Registro Público de Numeración pasará al de libre.*

***SEGUNDO.-** El número 795100 no podrá ser asignado a ningún operador hasta transcurrido un año desde la fecha de aprobación de la presente Resolución.”*

⁴ 6.1.1 (...) El contenido de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes no deberá: (...)

6.1.1.3 Llevar a conclusiones erróneas a consecuencia de su inexactitud, ambigüedad, exageración, omisión o similares.

⁵ Publicado mediante la Resolución de 8 de julio de 2009, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.



QUINTO.- Recurso de reposición interpuesto por DATATALK.

Con fecha 4 de septiembre de 2012 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de DATATALK, por el que se interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución de 26 de julio de 2012, recaída en el expediente DT 2012/1126, sobre cancelación al operador recurrente de numeración para servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia.

Los motivos de impugnación aducidos por DATATALK en su recurso de reposición pueden resumirse, fundamentalmente, en lo siguiente:

1º.- La existencia de dos resoluciones dictadas, una por esta Comisión y objeto del presente recurso y otra por el Secretario de Estado de las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información el 21 de mayo de 2012, vulnera el principio “non bis in idem” consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución.

2º.- La Resolución de 21 de mayo de 2012 se encuentra recurrida ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que la ejecución de la resolución impugnada provocaría a la entidad recurrente una situación irreversible y un perjuicio irreparable, vaciando de contenido y dejando sin efecto una eventual sentencia judicial favorable a los intereses de DATATALK.

3º.- No se ha acreditado debidamente el incumplimiento por parte del operador recurrente de la normativa reguladora de los mensajes basados en tarificación adicional, incumplimiento que ha justificado la cancelación de la numeración asignada en su día. Por otro lado, esta Comisión ha estimado ciertos los hechos que constan en la Resolución de 21 de mayo de 2012 sin realizar una mínima actividad probatoria y sin entrar en el fondo de la cuestión, infringiendo los derechos previstos en el artículo 135 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

4º.- La competencia para acordar la cancelación de la numeración asignada a la entidad recurrente es atribuida por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel) única y exclusivamente a esta Comisión, habiéndose arrogado indebidamente la CSSTA facultades que no le correspondían y no siendo legal la atribución efectuada a través de órdenes ministeriales.

5º.- El procedimiento de cancelación no ha respetado las garantías contenidas en los artículos 24 y 25 de la Constitución ni la tramitación reglamentariamente prevista.

6º.- Se han infringido los principios de tipicidad y legalidad, al haberse aplicado incorrectamente el apartado 9.c).i de la Orden ITC/308/2008 y no el previsto en el apartado d) del mismo artículo 9 de dicha orden.

SEXTO.- Notificación de inicio del procedimiento AJ 2012/1925.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión, fechado el día 12 de septiembre de 2012, se notificó a la entidad recurrente el inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso de reposición, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.



II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

Primero.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que *“contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos 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 esta Ley”*.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC prevé 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 entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, aludiendo a la concurrencia de varias causas de las previstas en los artículos 62 y 63 LRJPAC. Concretamente, las contempladas en el artículo 62.1.a)⁶, 62.1.b)⁷, 62.1.e)⁸ y 63.1 LRJPAC⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), las disposiciones y resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado por DATATALK como recurso potestativo de reposición.

Segundo.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesado por cuanto que ya lo era en el procedimiento en el marco del cual se dictó el acto objeto de impugnación.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a DATATALK para la interposición del recurso potestativo de reposición objeto de la presente resolución.

Tercero.- Admisión a trámite.

Además de los requisitos establecidos en el artículo 107.1 de la LRJPAC ya señalados en el Fundamento procedimental primero, los recursos administrativos que interpongan los interesados deberán contener los elementos formales que requiere el artículo 110 e interponerse en el plazo de un mes desde su notificación al interesado, tal y como dispone el artículo 117.1 de la LRJPAC.

En el presente caso, el recurso de reposición de DATATALK cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, por lo que procede su admisión a trámite.

⁶ Véanse Alegaciones Primera, Segunda y Tercera del recurso, páginas 2 a 9.

⁷ Véase Alegación Cuarta del recurso, páginas 9 a 12.

⁸ Véase Alegación Quinta del recurso, páginas 12 a 14.

⁹ Véase Alegación Sexta del recurso, páginas 14 a 17.



Cuarto.- Competencia y plazo para resolver.

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el recurso de reposición, al ser el acto impugnado una resolución dictada por ese mismo órgano, según prevé el artículo 116.1 de la LRJPAC.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.2 de la LRJPAC, 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, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo. 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.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre la presunta infracción del principio *ne bis in idem* previsto en el artículo 25 de la Constitución.

Con relación a la existencia de la Resolución de 21 de mayo de 2102 de febrero procedente de la SETSI y de la resolución recurrida de esta Comisión, la entidad recurrente afirma en la página 3 de su recurso que:

“la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un posible ilícito deja abierta la posibilidad, contraria al principio de non bis in idem, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado.”

El principio *ne bis in idem* está recogido expresamente en el artículo 133 LRJPAC, donde se dice que:

“No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.”

Como se desprende de la propia redacción del precepto, el principio citado es propio del ejercicio del procedimiento sancionador. Como se recuerda en recientes resoluciones de este Consejo¹⁰, no cabe hablar de ejercicio de facultad sancionadora alguna por parte de la Administración actuante en los casos de cancelación de asignación de numeración al tratarse de una actuación equivalente a una revocación de acto administrativo previo por inobservancia de requisitos o condiciones legales. Así se indica expresamente en la STC núm.181/1990, de 15 de noviembre, en las SSTS de 31 de octubre de 2009¹¹ y 10 de mayo de 2000¹² así como, entre otras, en las SSTSJ de Extremadura núm. 910/2000, de 8 de junio de 2000¹³ y de la Comunidad Valenciana núm.978/2007, de 30 de mayo de 2007¹⁴.

En la STS de 31 de octubre de 2009 el Alto Tribunal manifiesta que:

“La revocación por incumplimiento de las condiciones se encuentra, por lo tanto, perfectamente habilitada en la Ley, sin que pueda confundirse tal potestad, como sugiere la

¹⁰ Resolución de 5 de julio de 2012 (AJ 2012/1146) y 19 de julio de 2012 (AJ 2012/1275).

¹¹ RJ 2010\1243.

¹² RJ 2000\3880.

¹³ RJCA 2000\983, recurso contencioso-administrativo 79/1997.

¹⁴ RJCA 2007\709, recurso contencioso-administrativo 1341/2005.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

recurrente, con el ejercicio de la potestad sancionadora, sujeta por su naturaleza a reglas completamente distintas a las que autorizan la revocación de los actos administrativos inicialmente válidos cuando sobrevenidamente se han incumplido las condiciones impuestas al solicitante para su ejercicio. “

La cancelación de la asignación numérica a la entidad recurrente no tiene un alcance pecuniario directo sino el de mera revocación de la facultad de uso exclusivo de un recurso público escaso. Incluso la cancelación de la asignación de numeración no está prevista como una sanción en la LGTel, lo que confirma su carácter no sancionador, pues no todos los actos administrativos susceptibles de crear un efecto negativo en el patrimonio jurídico del administrado suponen imponer una sanción.

En virtud de lo anterior no procede aplicar el principio de *ne bis in idem* de los artículos 25.1 CE y 133 LRJPAC a este supuesto. Así fue indicado por la STS de 9 de marzo de 1987¹⁵, en la que se analizaron las resoluciones adoptadas por dos Administraciones distintas en defensa de la legalidad sectorial:

“la propia índole de las medidas recurridas demuestra la improcedente invocación del non bis in idem en relación al mismo (...) la resolución recurrida coincide con la demanda de la Administración del Estado en las dos medidas de suspensión o paralización de las obras y en la reposición restauración de la finca a su estado anterior, sin que con ello se haya violado el principio aludido, porque tales medidas no tienen naturaleza de sanción y en consecuencia es indiferente que sean reiteradas por una u otra Administración, pues su índole de medidas de defensa y garantía de la legalidad consienten e incluso hacen deseable, tal reforzamiento del mantenimiento de dicha legalidad.”

Por otro lado, y tal y como se indicó en nuestras anteriores Resoluciones de 13 de octubre de 2011¹⁶ y 19 de julio de 2012¹⁷, el procedimiento de control del cumplimiento del Código de conducta, regulado en el artículo 10.3º de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero¹⁸, es competencia exclusiva del Ministerio de Industria, limitándose la actuación de esta Comisión a llevar a efecto el resultado previsto para los casos de incumplimiento (cancelación de la asignación de numeración) y desempeñando un papel condicionado a la actuación previa del primero. Por este motivo no resulta razonable plantear que esta Comisión deba entrar a analizar el fondo de la cuestión y verificar por medios propios el incumplimiento. Esta función está expresamente atribuida, a través del correspondiente procedimiento de inspección, a la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional (CSSTA) por el artículo 7 de la Resolución de 8 de julio de 2009, de la SETSI, por la que se publica el Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes¹⁹.

¹⁵ RJ 1987\3516.

¹⁶ AJ 2011/1767.

¹⁷ AJ 2012/1275.

¹⁸ 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 (BOE núm.38, de 13 de febrero de 2008).

¹⁹ BOE núm.180, de 27 de julio de 2011.



SEGUNDO.- Sobre la impugnación ante la Audiencia Nacional de la Resolución de 21 de mayo de 2012 del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

En las páginas 3 a 4 de su recurso, DATATALK señala que la Resolución de 21 de mayo de 2012, por la que considera acreditado y resulta imputable a la recurrente un incumplimiento del Código de Conducta de 29 de junio de 2009, para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes, ha sido recurrida en tiempo y forma mediante la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, por entender que la misma no es ajustada a derecho y lesiona gravemente sus intereses. La entidad recurrente presenta como Anexo escrito sellado con la fecha de entrada de su escrito de interposición.

Al constituir la Resolución de esta Comisión de 26 de julio de 2012 un acto de ejecución o consecuencia necesaria de la Resolución de 21 de mayo, la solicitante estima indispensable arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar la protección del bien jurídico en el presente caso, esto es, la eficacia de la futura Sentencia que ponga fin al mencionado procedimiento contencioso-administrativo.

Esto es, en opinión de DATATALK, la impugnación de la Resolución de 21 de mayo de 2012 impediría realizar cualesquiera actos ejecutivos de la misma que pudieran desvirtuar la interposición del recurso y vaciar de significado cualquier fallo favorable al mismo. Dentro de dichos actos incompatibles se hallaría la Resolución de 26 de julio de esta Comisión y la plena ejecución de ésta última. Concretamente, en la página 4 del recurso la entidad impugnante declara que:

“la eventual ejecución de la resolución que acuerda cancelar la asignación por un año a mí mandante, provocaría la irreversibilidad de la situación creada por ella, en caso de que la resolución dictada por la Secretaría de Estado de las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 21 de mayo de 2012, fuera dejada sin efecto por la sentencia que en su día pudiera dictarse por el órgano jurisdiccional que tramita el recurso contencioso administrativo interpuesto por esta parte. Se produciría a esta parte un perjuicio, claramente, irreparable.”

Frente a estos argumentos debemos recordar primeramente, con relación tanto a la Resolución de 21 de mayo de 2012 como a la Resolución de 26 de julio del mismo año, el principio de inmediata ejecutividad de los actos y disposiciones administrativos, aunque los mismos hayan sido objeto de impugnación en vía administrativa (caso de la Resolución de 26 de julio) o contencioso-administrativa (supuesto de la Resolución de 21 de mayo).

El principio de ejecutividad está contenido, con carácter general, en los artículos 56, 57 y 94 LRJPAC. Dichos preceptos resultan aplicables a esta Comisión según disponen los artículos 8.4 LES y 48.1 LGTel así como la jurisprudencia recaída al respecto²⁰. En particular, en la STS de 6 de junio de 2007²¹ se recuerda la importancia del cumplimiento inmediato de las disposiciones dictadas por esta Comisión:

“la autoridad de la CMT en la defensa de los intereses públicos esenciales en el mercado de las telecomunicaciones, que impone la ejecutividad de las resoluciones dictadas en el ejercicio de sus competencias y su cumplimiento por los operadores.”

²⁰ Véanse las SSTS 20 de diciembre de 2006 (RJ 2007\166) y 13 de marzo de 2007 (RJ 2007\2572).

²¹ RJ 2007\3369. re de 2006 (RJ 2007\166) y 13 de marzo de 2007 (RJ 2007\2572).

²¹ RJ 2007\3369.



Resulta importante señalar que el interés público concurrente en este caso se desprende del hecho de que la resolución recurrida se vincule al incumplimiento de las normas que regulan la asignación de recursos públicos de numeración, como hemos señalado, en nuestras anteriores Resoluciones de 5 y 19 de julio de 2012²². Impedir la utilización de los citados recursos para fines no ajustados a la normativa supone un interés público más allá del genérico de que las decisiones administrativas se cumplan. Un interés que, por otra parte, se vería perjudicado en caso de no cancelar la asignación de la numeración o permitir que la recurrente siga utilizando recursos públicos incumpliendo las normas sectoriales.

Por tanto, el interés público, derivado de la ejecutividad de la Resolución dictada por esta Comisión y relativa a que los asignatarios de la numeración cumplan con la normativa aplicable para evitar así un agotamiento prematuro de los limitados recursos de numeración, no puede estar supeditado al interés particular del operador recurrente, que no es otro que el de mantener la numeración por medio de la cual presta servicios a los usuarios vulnerando la normativa aplicable.

En segundo lugar, la resolución recurrida no privaría de eficacia ni virtualidad a la sentencia que pueda dictarse en el procedimiento de impugnación de la Resolución de 21 de mayo de 2012, ya que en el apartado Segundo del Resuelve de la Resolución de 26 de julio de 2012 se prevé que:

“El número 795100 no podrá ser asignado a ningún operador hasta transcurrido un año desde la fecha de aprobación de la presente Resolución.”

La precaución de no asignar el número o números cancelados durante un determinado período de tiempo ha sido adoptada por esta Comisión en anteriores resoluciones, como en las de 17 de mayo²³ y de 28 de junio²⁴ de 2012.

Y en tercer y último lugar, debe recordarse que la Audiencia Nacional es, en estos momentos, la única instancia competente para acordar cualquier medida cautelar relacionada con la impugnación de la Resolución de 21 de mayo de 2008. Las medidas cautelares pueden ser instadas por la entidad recurrente en cualquier momento del procedimiento, según recuerda el artículo 129.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LRJCA)²⁵.

TERCERO.- Sobre la acreditación y verificación por esta Comisión del incumplimiento de la normativa reguladora de los mensajes basados en tarificación adicional.

En las páginas 6 a 7 de su recurso, la entidad recurrente niega la comisión de infracción alguna, señalando que:

“no hay ninguna vulneración del artículo 6.1.1.3 del código de conducta y las conclusiones a las que llega el informe se han elaborado sin respaldo en prueba alguna, ni denuncia de las entidades que según la CSSTA estarían sufriendo el uso ilegal de sus características distintivas (tipificado nada más y nada menos que en el artículo 274 del Código Penal) ni un informe técnico que valore las posibles similitudes de la promoción denunciada con la imagen corporativa de las entidades que se mencionan en el informe.”

²² AJ 2012/1146 y AJ 2012/1275.

²³ DT 2012/576.

²⁴ DT 2012/574 y DT 2012/577.

²⁵ “Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Y añadiendo en la página 8 que esta Comisión ha dado por acreditados los hechos constatados por la CSST, sin “una actividad mínima probatoria”.

Estas alegaciones se refieren al objeto y contenido del procedimiento de inspección y posterior informe realizados por la CSSTA así como a la Resolución de 21 de mayo de 2012 del Secretario de Estado, no siendo competente esta Comisión para pronunciarse al respecto, tal y como hemos señalado al final del Fundamento anterior. Se trata, además, de materia “sub iudice” objeto de recurso ante la Audiencia Nacional, como reconoce la propia entidad recurrente en la Alegación Primera de su recurso y acredita en el Documento anexo al mismo.

En el artículo 10.3º.B) de la Orden ITC/308/2008 se dice que:

“De conformidad con el apartado séptimo, el incumplimiento del código de conducta implicará la cancelación temporal del número al operador que presta servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes sujetos a tarificación adicional. A estos efectos, la resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información a que se refiere el apartado séptimo.2 se comunicará a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, para que ésta adopte la decisión de cancelar durante un año la asignación del número correspondiente. Asimismo, la citada resolución se notificará al operador que presta servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes y a los operadores de redes telefónicas públicas, que estarán obligados a bloquear el acceso al número en el plazo establecido en el apartado séptimo.3.”

Por su parte, en el apartado 4.3.1 del Código de Conducta se prevé que:

*“Cuando la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional, en el ejercicio de las funciones de control y seguimiento del cumplimiento del Código de Conducta, estime que se ha producido un incumplimiento de este Código por parte de un operador titular del número/s, emitirá, previa audiencia a los interesados, un Informe en el que se especificarán los motivos del incumplimiento, la identificación del operador titular del número/s, y la determinación del número sobre el que se ha producido el incumplimiento. Dicho informe se someterá a la consideración del Órgano Administrativo competente, quien, en su caso, **dictará Resolución, que ser comunicada a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, para que ésta adopte la decisión de cancelar durante un año la asignación del número correspondiente**.*

Asimismo, la citada resolución se notificará al operador titular del número/s y a los operadores de redes telefónicas públicas, los cuales estarán obligados a bloquear dicho acceso al número correspondiente.

A este respecto, los operadores de acceso, comunicarán al órgano administrativo competente, a través de la secretaría de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional la fecha exacta en la que procedieron al bloqueo del número afectado.”

Del texto de los dos preceptos citados se desprende claramente que esta Comisión no está facultada para llevar a cabo revisión o examen alguno del contenido del Informe elaborado por la CSSTA ni de la Resolución de 21 de mayo de 2012 del Secretario de Estado. Esta circunstancia ya fue advertida en la página 3 de la resolución objeto del presente recurso:

“En relación con las alegaciones de Datatalk a la audiencia relativas a la falta de acreditación del incumplimiento del código de conducta por parte de la CSSTA en los términos detallados en el Antecedente quinto, cabe decir que tales alegaciones son relativas al proceso de inspección y posterior informe realizados por la CSSTA no siendo, por tanto, objeto del actual expediente.”



Por tanto, abordar en la presente resolución las alegaciones planteadas por DATATALK en las páginas 3 a 4 de su recurso supondría una clara y manifiesta vulneración de los apartados a) y b) del artículo 4.1 LRJPAC²⁶.

CUARTO.- Sobre las competencias atribuidas a esta Comisión y a la Comisión de Supervisión de Servicios de Tarificación Adicional.

En las páginas 9 a 10 de su recurso, DATATALK alega que la actuación de la CSSTA que da lugar a la Resolución de la SETSI de 21 de mayo de 2012 supone “*una invasión de competencias por un órgano creado por medio de Orden del Ministerio de la Presidencia PRE 361/2002, de 14 de febrero*”.

No obstante, frente a lo aducido por el operador impugnante, debe señalarse que esta Comisión y la CSSTA tienen atribuidas competencias distintas y bien definidas.

Por una parte a la CSSTA le corresponden las funciones de control y seguimiento del cumplimiento del Código de Conducta, tanto por parte del operador que presta servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes sujetos a tarificación adicional, como por parte del operador que provee el acceso al servicio de mensajes al abonado y del operador responsable de su facturación²⁷. Y, por otra parte, a esta Comisión se le atribuyen competencias en materia de modificación y cancelación de numeración²⁸.

Y en este caso, no solamente se hallan bien delimitadas las competencias sino que también han sido correctamente ejercitadas por las Administraciones Públicas, como se desprende del examen conjunto de las Resoluciones de 26 de julio y 21 de mayo de 2012, de donde se extrae la siguiente sucesión de actuaciones administrativas:

1º.- Emisión por parte de la CSSTA, reunida con fecha 14 de marzo de 2012, de informe sobre incumplimiento de Datatalk del Código de Conducta.

2º.- Resolución de la SETSI de 21 de mayo de 2012 ordenando a los operadores de redes públicas el bloqueo del acceso al número origen de la infracción y titularidad de la entidad recurrente.

3º.- Resolución de esta Comisión de 26 de julio de 2012, de cancelación de numeración.

Como se observa, cada órgano y organismo administrativo actúa dentro de su ámbito competencial, sin producirse invasión alguna de atribuciones, por lo que no puede acogerse la alegación de DATATALK en este extremo.

Finalmente, al no tratarse la cancelación numérica de una competencia sancionadora sino supervisora, tal y como se ha razonado anteriormente en el Fundamento Primero, no cabe denunciar la vulneración del principio de legalidad del artículo 127 LRJPAC²⁹.

²⁶ “Las Administraciones públicas actúan y se relacionan de acuerdo con el principio de lealtad institucional y, en consecuencia, deberán: (a) Respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias; (b) Ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones (...).”

²⁷ Véase artículo 10 de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero.

²⁸ Véase artículo 9 de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero.

²⁹ Para la diferenciación de las potestades supervisora y sancionadora véase también la STS de 28 de abril de 2000 (RJ 2000\4953).



QUINTO.- Sobre la tramitación del procedimiento DT 2012/1126, origen de la resolución impugnada.

En su Alegación Quinta, DATATALK declara, por un lado, que en la tramitación del procedimiento administrativo DT 2012/1126, se han vulnerado los principios del Derecho administrativo sancionador causándole indefensión y sosteniendo, por otro lado, que no se ha seguido el procedimiento reglamentario de cancelación de numeración.

En la página 14 del recurso, el operador recurrente alega que esta Comisión:

“Realiza una cancelación administrativa decidida y ejecutada por la CSSTA y encubierta por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que no sigue, en absoluto, el procedimiento de cancelación de asignación de recursos de numeración establecido en el Reglamento de Comunicaciones Electrónicas.”

Concluyendo en la misma página que:

“Al no haberse tramitado un procedimiento sancionador ajustado a derecho, el presente expediente deberá ser archivado, so pena de nulidad de las actuaciones.”

Debe decirse, en primer lugar, que no puede tratarse de una presunta vulneración de principios de Derecho sancionador cuando el procedimiento que da origen a la resolución impugnada no es de naturaleza sancionadora, tal y como se ha indicado anteriormente en esta resolución.

Efectivamente, y en relación al artículo 24 de la Constitución, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han venido señalando que únicamente puede invocarse la presunta vulneración de este precepto o bien en sede de procedimientos judiciales o bien en los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora. Así se declara, entre otras, en las SSTC 175/1987 de 4 de noviembre y 103/1996 de 11 de junio así como en las SSTS de 30 de noviembre de 1999³⁰ y de 22 de septiembre de 2004³¹.

No obstante, y a pesar de no tener carácter sancionador el procedimiento DT 2012/1126, no cabe denunciar en este caso la presunta infracción del artículo 24 de la Constitución³², puesto que durante el procedimiento referido se dio audiencia al operador recurrente, habiendo presentado dicho operador escrito de alegaciones de fecha 29 de junio de 2012, según consta en el expediente administrativo. Y habiéndose observado este trámite, no es sostenible la alegación de indefensión, tal y como se desprende de las SSTS de 21 de junio de 2005³³ y de 20 de mayo de 2002³⁴.

Finalmente, en cuanto a la posible vulneración por parte de esta Comisión del procedimiento reglamentario de cancelación numérica, el artículo 62 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración prevé que:

“Mediante resolución motivada, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá modificar o cancelar las asignaciones efectuadas en los siguientes supuestos:

³⁰ RJ 2000\3200.

³¹ RJ 2004\6286.

³² Véase página 13 del recurso de DATATALK.

³³ RJ 2005\5033.

³⁴ RJ 2002\6217.



(...) c. Por causas imputables al interesado, que serán las siguientes: 1. Cuando el titular de los recursos públicos de numeración asignados incumpla la normativa aplicable, en particular la relativa a los derechos de los usuarios, o las condiciones generales o específicas.

(..) La cancelación o modificación de asignaciones se llevará a cabo previa audiencia de las partes interesadas (..)”.

En este caso concurre la causa contemplada en el apartado c.1) del precepto, al haberse constatado en Resolución de 21 de mayo de 2012 la inobservancia del Código de Conducta por parte del operador recurrente y habiendo tenido este último la posibilidad de efectuar alegaciones en el trámite de audiencia anterior a la resolución recurrida.

Por todo ello, no puede acogerse la alegación relativa a posibles incumplimientos procedimentales en la tramitación del expediente DT 2012/1126.

SEXTO.- Sobre la posible infracción de los principios de legalidad y tipicidad.

Sobre la presunta infracción del principio de legalidad del artículo 127 LRJPAC, nos remitimos a lo dicho en el Fundamento Cuarto de esta resolución. Esto es, al no tratarse la cancelación numérica de una competencia sancionadora sino supervisora, tal y como se razona en el Fundamento Primero, no cabe denunciar la vulneración del principio de legalidad del artículo 127 LRJPAC.

Por otra parte, en la página 16 de su recurso DATATALK denuncia la presunta infracción del principio de tipicidad al señalar que:

“esa Comisión, infringe manifiestamente el contenido del artículo 129 de la Ley 30/1992, que recoge el principio de tipicidad con el siguiente tenor literal “sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.”

La razón de la vulneración de dicho principio estriba, a juicio de la entidad recurrente, en que:

“un código de conducta que ha sido aprobado por la Comisión de Supervisión de Servicios de Tarificación Adicional no puede considerarse normativa legal aplicable sino un conjunto de conductas recogidas en un código tendentes a garantizar los derechos de los usuarios.”

Frente a esta alegación, debe recordarse, por un lado, que el carácter obligatorio del contenido del Código de Conducta de Servicios de Tarificación Adicional deriva directamente del artículo 10.2º de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, donde se dice que:

“De acuerdo con lo previsto en el apartado quinto.1 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, corresponde a la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional la elaboración y aprobación de un código de conducta para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes. La prestación de estos servicios se someterá a lo previsto en dicho código”

Y, por otro lado, porque un Código de Conducta, como se indicó anteriormente en la STSJ de Madrid de 5 de julio de 2006³⁵,

³⁵ RJCA 2007\393.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“no es sino el desarrollo y concreción, con participación del propio sector afectado de los deberes de información que la OM había configurado como básicos y que realmente no cambian en los sucesivos Códigos, sino que se concretan y desarrollan continuamente en tales Códigos dado lo mutable y sujeto a cambios de este mercado de las telecomunicaciones.”

Por último, en su recurso, DATATALK denuncia la aplicación errónea del Código de Conducta:

“el incumplimiento del Código de Conducta como precepto infractor que imputa esa Comisión a mí mandante, está recogido en todo caso, en el artículo 9.d) de la Orden ITC/308/2008 que prevé la cancelación de la asignación de numeración durante un año cuando “lo comunique la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información por el incumplimiento del código de conducta al que se refiere el artículo 10.2. de esta Orden”. En este sentido, la única sanción o medida que puede adoptar esa Comisión es proceder a la cancelación temporal de un año de la numeración objeto de la cancelación y no la cancelación definitiva (...)”

Según DATATALK el Resuelve de la resolución recurrida no se ajustaría a Derecho por cancelar la asignación del número de forma definitiva y no de manera temporal durante un año, como prevé el artículo 10.3.b) de la Orden ITC/308/2008, por lo que solicita que se deje sin efecto el mismo.

Frente a esta alegación, debemos reiterar lo dicho en nuestra anterior Resolución de 7 de septiembre de 2012³⁶, esto es, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.c).i) de la Orden ITC/308/2008 y en el artículo 62.1.c).1º del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, que regulan el procedimiento finalizado mediante la Resolución recurrida, esta Comisión podrá cancelar la asignación de una numeración cuando, entre otras causas, su titular incumpla la normativa vigente, como ha sucedido en el caso que ha originado la Resolución recurrida. Únicamente en el caso concreto previsto en el artículo 10.3, letra b), de la misma Orden ITC/308/2008, la cancelación de la numeración sería temporal, pero igualmente obligatoria; pero no ha sido el procedimiento seguido en el procedimiento impugnado objeto de la presente Resolución.

Es decir, en este caso la cancelación de la asignación recurrida no es una opción entre una serie de posibilidades graduables que le permitan a esta Comisión elegir discrecionalmente aquélla que corresponda mejor en relación con la gravedad de la conducta cometida por la recurrente. Al contrario, tanto el artículo 62.1.c).1º del Real Decreto 2296/2004 como el artículo 9.c).i) de la Orden ITC/308/2008 predeterminan la decisión de esta Comisión al referirse a las consecuencias de la infracción del Código de Conducta, señalando tajantemente que:

“Mediante resolución motivada, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá modificar o cancelar las asignaciones efectuadas en los siguientes supuestos: (...) Cuando el titular de los recursos públicos de numeración asignados incumpla la normativa aplicable”.

De esta manera, si existe un incumplimiento de la normativa aplicable (en este caso, de la Orden ITC/308/2008 y del Código de Conducta) y se ha acreditado un incumplimiento claro, consciente e indubitado de la citada normativa, las posibilidades valorativas o de graduación de esta Comisión desaparecen porque el incumplimiento de éste supone la necesaria cancelación de la numeración.

³⁶ AJ 2012/1655.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En definitiva, esta Comisión no puede optar entre cancelar o no la numeración de constante referencia o poner plazos a dicha cancelación, sino que debe cancelar el número por incumplimiento de la normativa vigente.

En cuanto al alcance temporal de la cancelación, la recurrente solicita subsidiariamente que la cancelación sea temporal por un año y no definitiva, de acuerdo con la letra del artículo 10.3.b) de la Orden ITC/308/2008, ya que entiende que la cancelación definitiva sería contraria a Derecho; y que se proceda a la “reserva” del número al objeto de que no sea asignado a ningún otro operador transcurrido el periodo de guarda.

Sin embargo hay que tener en cuenta que tanto en el artículo 62.1.c).1º del Real Decreto 2296/2004 como en el artículo 9.c).i) de la Orden ITC/308/2008 se regula el procedimiento de cancelación de la numeración por incumplimiento de la normativa vigente, y en el mismo no se prevé la posibilidad de cancelar “temporalmente” la asignación de la numeración.

Y en relación a la “reserva” del número solicitada por la recurrente al objeto de que no sea asignado a ningún otro operador transcurrido el periodo de guarda, esta Comisión no puede realizar la reserva del derecho de uso de numeración a un operador concreto debido a que no está contemplada ni en el Real Decreto 2296/2004 ni en la normativa sectorial vigente. Lo que sí puede hacer es no asignarlo a otro operador siempre que no exista escasez de recursos en ese rango de numeración, como es el caso, por lo que no se producen perjuicios a terceros.

Para salvar las cuestiones antes señaladas y en aplicación del procedimiento establecido en el artículo 62.1.c).1º del Real Decreto 2296/2004 y en el artículo 9.c).i) de la Orden ITC/308/2008, la Resolución recurrida canceló la asignación del número a DATATALK, incluyendo sin embargo un periodo de guarda de un año sin que dicho número pueda ser asignado a ningún otro operador, al objeto de evitar ocasionarle inconvenientes derivados de la comercialización previa de servicios mediante dicho número y de que, una vez transcurrido ese año, DATATALK tenga derecho a solicitar, si lo desea, la asignación de dicha numeración.

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por Datatalk Comunicaciones S.L. contra la Resolución de 26 de julio de 2012 sobre la cancelación de numeración para servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia a la entidad recurrente (DT 2012/1126).

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), 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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.