



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 num. 37/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 15 de noviembre de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD ELEPHANT TALK COMMUNICATIONS, S.L., SOCIEDAD UNIPERSONAL, CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DE FECHA 28 DE JUNIO DE 2007, POR LA QUE SE PROCEDE A LA CANCELACIÓN DE DOS BLOQUES DE NUMERACIÓN 807 POR INCUMPLIMIENTO DEL CÓDIGO DE CONDUCTA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL (AJ 2007/991).

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad ELEPHANT TALK COMMUNICATIONS SL, Sociedad Unipersonal (en adelante, ELEPHANT) contra la Resolución aprobada por el Consejo de la Comisión el día 28 de junio de 2007, por la que se procede a la cancelación de dos bloques de numeración 807 por incumplimiento del Código de Conducta, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 37/07 del día 15 de noviembre de 2007, la siguiente Resolución:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Traslado de expedientes de denuncia relativos a ELEPHANT de la SETSI¹ a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

El día 15 de septiembre de 2006 tuvieron entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dos escritos del Director de la División de Atención al Usuario de Telecomunicaciones de la SETSI por los que se daba traslado de los expedientes de denuncia contra ELEPHANT tramitados en la misma y se solicitaba a la Comisión que adoptara *“la decisión de cancelar durante dos años, los números telefónicos de servicio de red de tarificación adicional 807 333 333 y 807 057 057, respectivamente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 17.1 del Real Decreto 225/1998², de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento de asignación y reserva de recursos públicos de numeración”* por incumplimiento del Código de Conducta para la prestación de Servicios de Tarificación Adicional³.

Los mencionados expedientes de denuncia concluyeron con las Resoluciones de la SETSI de 5 de abril de 2006 por las que se ordenaba a ELEPHANT la inmediata retirada de las numeraciones indicadas y se le requería para que diese cuenta de su cumplimiento.

SEGUNDO.- Apertura de un período de información previa (RO 2006/1144).

Mediante escrito del Secretario de la Comisión de fecha 26 de septiembre de 2006 se notificó a ELEPHANT el inicio de un período de información previa con el fin de conocer con mayor detalle las circunstancias concretas del asunto referenciado en el escrito remitido por la SETSI y, consecuentemente, determinar la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento de cancelación de numeración.

TERCERO.- Requerimiento de información a ELEPHANT en el marco del expediente de control del año 2006 relativo al uso de recursos de numeración asignados a los operadores (DT 2006/1451).

Con fecha 4 de diciembre de 2006, con objeto de llevar a cabo el control del año 2006 relativo al uso de los recursos de numeración asignados a los operadores, y en cumplimiento de la potestad conferida en el artículo 61 del Reglamento de Mercados le fue notificado a ELEPHANT un requerimiento de

¹ Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

² El Real Decreto 225/1998 ha sido derogado por la Disposición Derogatoria Única 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 (en adelante, Reglamento de Mercados).

³ Resolución de 15 de septiembre de 2004 de la SETSI por la que se dispone la publicación del Código de Conducta para la prestación de Servicios de Tarificación Adicional (BOE núm. 236 de 30 de septiembre de 2004).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

información sobre los datos contemplados en dicho precepto en relación con los recursos de numeración de los que era titular, sin que hubiese contestado a dicho requerimiento en el plazo fijado.

CUARTO.- Fin del período de información previa y apertura de un procedimiento de cancelación de los números asignados a ELEPHANT (DT 2006/1588).

Con fecha 21 de diciembre de 2006, el Consejo de la Comisión resolvió poner fin al período de información previa iniciado, acordando la procedencia de la apertura del correspondiente procedimiento de cancelación de los números 807-057-057 y 807-333-333 asignados a ELEPHANT, lo que dio lugar a la apertura del expediente DT 2006/1588, que fue comunicada a ELEPHANT el día 16 de enero de 2007.

QUINTO.- Actuaciones durante el procedimiento y Resolución adoptada por el Consejo de la Comisión acordando la cancelación de los números asignados a ELEPHANT, así como la iniciación de procedimiento sancionador contra dicha entidad.

Con fecha 19 de marzo de 2007 se comunicó a ELEPHANT la apertura del trámite de audiencia en el que se proponía cancelar los bloques de 1.000 números, 807.057 y 807.333 para la prestación de los servicios de tarificación adicional de los que era titular la operadora. Tras el plazo de 10 días concedido al efecto para que el interesado pudiese formular las alegaciones que estimase pertinentes, se procedió a publicar en el Boletín Oficial del Estado (BOE) con fecha 4 de mayo de 2007, anuncio de la Comisión por el que sometía a información pública el procedimiento de cancelación de los números aludidos, estableciéndose un plazo de 20 días para que todas aquellas personas o entidades que se consideraran afectadas pudieran tener acceso al expediente y formular alegaciones al respecto.

Transcurridos los plazos sin recibir alegación alguna, con fecha 28 de junio de 2007 el Consejo de la Comisión, tras analizar la situación de los números a cancelar, acordó adoptar, entre otras, las siguientes medidas:

***“Primero.-** Cancelar los bloques de 1.000 números, 807057 y 807333, para la prestación de servicios de tarificación adicional de los que es titular actualmente la entidad ELEPHANT Communications, S.L.*

***Segundo.-** Proceder a la modificación del Registro Público de Numeración, sustituyendo el estado de los bloques de numeración geográfica recogidos en el apartado anterior, asignados a ELEPHANT Communications, S.L., pasando de estar asignados al estado de libres,*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aunque no podrán ser asignados a ningún otro operador en el plazo de 2 años a partir de la fecha de aprobación de la presente resolución. Los operadores del servicio telefónico disponible al público, tanto fijo como móvil, deberán impedir el encaminamiento a los bloques de numeración cancelados en el resuelve anterior a la mayor brevedad a partir de la fecha de publicación del presente acuerdo en el BOE.

Tercero.- *Iniciar procedimiento sancionador contra ELEPHANT Communications, S.L. (RO 2007/854), como presunto responsable directo de una serie de infracciones administrativas calificadas como muy graves, tipificadas en los artículos 53.r, 53.w y 53.x de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y consistentes en el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, el incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración debidamente aprobados, y el incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulados por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones. Las citadas infracciones administrativas pueden dar lugar a la imposición por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de una sanción en los términos expresados en la iniciación de un procedimiento sancionador, apartado 3 de la presente Resolución.”*

SEXTO.- Escrito presentado por ELEPHANT en el marco del expediente DT 2006/1451.

Mediante escrito con fecha de entrada en el Registro de la Comisión el día 6 de julio de 2007 ELEPHANT manifiesta haber cumplido con las obligaciones de información sobre uso de numeración mediante el envío de un correo electrónico y de un fichero adjunto al mismo.

SÉPTIMO.- Recurso potestativo de reposición presentado por ELEPHANT contra la Resolución citada anteriormente.

Con fecha 6 de agosto de 2007 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito presentado por el representante de la entidad ELEPHANT, en virtud del cual interponía recurso de reposición contra la Resolución de fecha 28 de junio de 2007 por la que se procedía a adoptar, entre otras medidas, la cancelación de los bloques de 1.000 números, 807.057 y 807.333, y la iniciación de un procedimiento sancionador contra dicha entidad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En su escrito, ELEPHANT muestra su disconformidad con la Resolución impugnada alegando la nulidad de pleno de derecho de la misma por entender que vulnera los principios básicos que disciplinan el ejercicio de la potestad sancionadora, que se dio cumplida respuesta al requerimiento de información sobre el uso dado a la numeración realizado en el marco del expediente DT 2006/1451, y que la medida de cancelación de dos bloques de numeración de mil números cada uno resultaba totalmente desproporcionada. Así pues, los motivos que justifican, según la recurrente, la anulación de la Resolución impugnada en virtud del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) son:

1º.- La vulneración de los principios básicos que disciplinan el ejercicio de la potestad sancionadora debido a la inexistencia de infracción administrativa sancionable.

Sostiene la recurrente que la Resolución impugnada incurre en vulneración del derecho a la presunción de inocencia contemplado en el artículo 24.2 de la Constitución Española y materializado en el artículo 137.1 de la LRJPAC, así como el principio de tipicidad contemplado en el artículo 129.2 de la misma Ley.

Este motivo se fundamenta en las siguientes alegaciones:

1. ELEPHANT ha cumplido con lo dispuesto en el Código de Conducta para la Prestación de Servicios de Tarificación Adicional.
- 1.1 *Información sobre la identidad de los prestadores de servicios de tarificación adicional*⁴.

En el punto 3.1.5.1 del Código de Conducta se obliga a informar sobre la identificación del prestador de servicios en cualquier soporte publicitario que contenga números de tarificación adicional, alegando la operadora que procedió a informar sobre la identidad y dirección de los prestadores del servicio de tarificación adicional cuando fue requerido para ello por parte de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional⁵ de la SETSI el 7 de febrero de 2006.

⁴ El titular de los recursos públicos de numeración es el operador de red de tarificación adicional. El artículo cuarto de la Orden PRE 361/2002 define al “operador del servicio de red de tarificación adicional” como “el operador que tiene asignados los recursos públicos de numeración pertenecientes a rangos atribuidos a los servicios de tarificación adicional y suministre números de este tipo al prestador de servicios de tarificación adicional [...]”. Asimismo, se define al “prestador de servicios de tarificación adicional” como el “abonado llamado beneficiario de la remuneración” por la prestación de servicios de información, comunicación u otros.

⁵ Artículo primero, párrafo 4 de la Orden PRE/361/2002: **Comisión de Supervisión de Servicios de Tarificación Adicional**: órgano colegiado de carácter interministerial integrado en el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, al que se encomienda el desempeño de las siguientes competencias:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(Se aporta copia del requerimiento y de la contestación a la SETSI).

1.2 *Información sobre el precio máximo por minuto de la llamada y retirada de los números 807.057.057, 807.333.333, 807.333.777 y 807.057.777 cuando fue requerido por la SETSI.*

En el punto 3.2.1 del Código de Conducta se establece que el prestador del servicio debe informar en todo soporte publicitario que incluya números de tarificación adicional sobre el precio máximo por minuto de la llamada. Habiéndose entendido por la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional de la SETSI que se había producido un incumplimiento de lo dispuesto en el referido punto, mediante Resoluciones notificadas el día 7 de abril de 2006 se ordenó a ELEPHANT la retirada, con carácter inmediato, de los números 807.057.057, 807.057.777, 807.333.333 y 807.333.777, y se le requirió para que diera cuenta de la retirada de los mismos.

La recurrente alega que cumplió oportunamente retirando los números de servicio (el 807.333.777 y 803.057.777 estaban ya fuera de servicio con anterioridad al requerimiento de la SETSI) y que los servicios prestados a través de los números 807-057-057 y 807-333-333 (siendo la entidad PHONE TONE la prestadora del servicio de tarificación adicional) cumplían con lo establecido en el Código de Conducta dado que los mismos fueron retirados del servicio para subsanar las deficiencias apuntadas por la SETSI, lo que fue puesto en conocimiento de ésta, y fueron puestos de nuevo en servicio como si se tratase de un nuevo servicio de tarificación adicional, una vez comprobado que PHONE TONE había dado cumplimiento a las obligaciones de información y publicidad previstas en el Código.

(Se aporta copia de las Resoluciones de fecha 7 de abril de 2006 por las que se ordena la retirada de los números, así como copia de la denuncia formulada por el Instituto Nacional de Consumo y los correspondientes informes emitidos por la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional. Asimismo, aporta la

1. Elaboración, aprobación y, en su caso, modificación, de un Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional, que estará basado en los principios de la protección de la infancia y de la juventud, así como en la protección de los derechos de los consumidores. En este Código de Conducta se establecerán, entre otras cuestiones, los criterios para la adscripción de estos servicios a cada uno de los códigos de tres o cuatro cifras que se atribuyan y las cláusulas pertinentes para el cumplimiento de las obligaciones de información establecidas en el punto 5 del apartado decimotercero, así como las condiciones de prestación de estos servicios a las que hace referencia el apartado decimotercero bis de esta Orden.

2. Control y seguimiento del cumplimiento del Código de Conducta, tanto por parte de los operadores, como por parte de los prestadores de servicios de tarificación adicional.

3. Presentación de un informe público anual comprensivo de sus actuaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

recurrente copia del fax remitido a la SETSI el día 29 de abril de 2006 poniendo en su conocimiento la subsanación de las situaciones de incumplimiento del Código de Conducta, y solicitando a la SETSI que le confirmaran que una vez rectificadas las deficiencias, no sería necesario proceder al bloqueo de los números al cumplir los servicios de tarificación adicional con lo dispuesto en el Código de Conducta).

2. La utilización de un número 807 para la prestación de un servicio de comunicaciones internacional no supone incumplimiento del Código de Conducta.

En el punto 5.3.3 del Código de Conducta se establece que los servicios que se presten bajo los códigos de acceso telefónico 807, reservados para prestar servicios profesionales, deben cumplir con una serie de normas, señalando a tal efecto ELEPHANT que la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional y el Instituto Nacional de Consumo no determinaron que el uso dado a los números 807.057.057 y 807.333.333 infringiese el referido punto del Código de Conducta. Más aun señala que el servicio prestado no necesariamente debe asimilarse con el Servicio Telefónico Disponible al Público (en adelante, STDP) por el mero hecho de prestarse a través de un terminal telefónico y que se encuentra incluido dentro de las actividades que tienen la consideración de servicios profesionales a efectos de su prestación a través de un 807.

3. Los números 807057807 y 807333807 no han sido puestos en servicio al público.

Sostiene ELEPHANT que los referidos números nunca han sido puestos en servicio al público y que, a pesar de que estaban activados, nunca habían sido objeto de explotación habiéndose únicamente habilitado a efectos de pruebas.

En cualquier caso, habiéndose advertido que el menú de inicio provisional no contenía toda la información necesaria los números fueron retirados por ELEPHANT en el mes de mayo de 2007.

2º.- Cumplimiento con el requerimiento de información sobre el uso dado a la numeración.

Sostiene ELEPHANT que el día 24 de abril de 2007 remitió vía e-mail a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la información



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

correspondiente al control del uso de la numeración que se les había requerido en el marco del expediente de cancelación DT 2006/1588.

Dicha información fue igualmente comunicada por escrito a esta Comisión el día 7 de julio de 2007 en el marco del expediente DT 2006/1451 relativo al control del uso de la numeración.

3º.- Desproporción de la medida de cancelación de dos bloques de numeración de 1.000 números cada uno.

Manifiesta en último término la entidad recurrente que no ha cometido conducta infractora alguna, tal y como ponen de relieve los siguientes hechos:

- Inexistencia de incumplimiento del Código de Conducta.
- Cumplimiento de las Resoluciones de la SETSI.
- El servicio prestado a través de los números 807 que tiene asignados, es un servicio consistente en actividades empresariales en donde cabe encajar el de las comunicaciones internacionales.
- Inexistencia de vulneración de los derechos de los consumidores o de algún otro operador.
- Habilitación necesaria para prestar dicho servicio y cumplimiento con las obligaciones relativas a dicho servicio.
- Privación a la recurrente de su legítimo derecho a explotar el resto de los números del bloque afectado.
- Innecesariedad, desde el punto de vista técnico, de cancelar todo el bloque de numeración en vez de cancelar exclusivamente los números 807-057-057 y 807-333-333.

Las afirmaciones anteriores ponen de manifiesto, a juicio de la recurrente, que la cancelación de 2000 números por una infracción inexistente resulta totalmente desproporcionada, privándosele de su derecho a explotar el resto de los números de los bloques afectados.

De igual modo, entiende la recurrente que resulta desproporcionada la imputación a la misma de tres infracciones muy graves, teniendo en cuenta que la operadora cumplió con las órdenes de la SETSI de retirada de los números, así como con el Código de Conducta y con el requerimiento de información efectuado por la Comisión.

En virtud de los motivos expuestos anteriormente, se solicita por ELEPHANT que se tenga por interpuesto el recurso y, además, se estime el mismo declarando la nulidad de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 28 de junio de 2007 por la que se procedía a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cancelar los dos bloques de tarificación adicional 807 que habían sido previamente asignados a dicha entidad.

Además de la pretensión de nulidad, la entidad recurrente solicita en su escrito, a través del primer otrosí digo, la suspensión de la Resolución impugnada en virtud de lo dispuesto en el artículo 111.2 b) de la LRJPAC, sin más consideraciones que *“por concurrir las circunstancias previstas en el precitado artículo no produciéndose perjuicio a los consumidores y sin embargo aceptado de forma difícilmente reparable a ELEPHANT y a los prestadores de servicios afectado y en particular por fundamentarse la impugnación en alguna de las causas de nulidad del Art.62.1 de la citada Ley”*.

OCTAVO.- Comunicación de apertura del procedimiento.

Mediante escrito del Secretario de la Comisión de fecha 20 de agosto de 2007 (con fecha de salida del Registro de 28 de agosto), se pone en conocimiento de ELEPHANT la apertura del procedimiento para la resolución del recurso en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC.

NOVENO.- Resolución sobre la petición de suspensión de la Resolución del Consejo de esta Comisión de 28 de junio de 2007.

Con fecha 6 de septiembre de 2006, el Consejo de la Comisión dictó Resolución en relación con la solicitud efectuada por ELEPHANT de suspender la ejecución de la Resolución de 28 de junio de 2007 (DT 2006/1588) por la que se acordaba cancelar los bloques de 1000 números 807 057 y 807 333 de los que era titular.

Tras constatarse que no concurrían perjuicios de imposible o difícil reparación para la recurrente y que tampoco adolecía la Resolución impugnada de alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC y necesarias para proceder a la suspensión de la ejecución de una resolución, se acordó por el Consejo:

“Desestimar la solicitud de suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución de esta Comisión, de fecha 28 de junio de 2007, sobre la cancelación de dos bloques de tarificación adicional 807 a la entidad ELEPHANT Communications, S.L., por incumplimiento del Código de Conducta (DT 2006/1588), incorporada al recurso potestativo de reposición interpuesto por la citada entidad contra la misma.”

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERA.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones (entre otros actos) 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.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece 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 potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), las resoluciones de la Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito presentado por ELEPHANT como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de la Comisión de fecha 28 de junio de 2007, por la que se procedió a cancelar dos bloques de 1.000 números cada uno para la prestación de servicios de tarificación adicional de los que era titular ELEPHANT, se procedió a la modificación del Registro Público de Numeración.

SEGUNDA.- Legitimación de la entidad recurrente.

En el escrito de ELEPHANT en virtud del cual interpone recurso de reposición contra la Resolución de la Comisión de fecha 28 de junio de 2007, se solicita que se declare la nulidad de la citada Resolución, dejando sin efecto los términos de la misma.

En aquella Resolución se acuerda cancelar los bloques de 1.000 números, 807.057 y 807.333 para la prestación de servicios de tarificación adicional de los que era titular de su derecho de uso la entidad ELEPHANT, así como modificar el Registro Público de Numeración e iniciar un procedimiento sancionador contra la mencionada entidad, de modo que, en la medida en que ya era interesada en el procedimiento que dio como resultado la Resolución



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

objeto de impugnación, debe entenderse que la entidad recurrente ostenta también la condición de interesada en la presente fase de recurso.

TERCERA.- Competencia para resolver.

En virtud del artículo 116 de la LRJPAC, corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el recurso de reposición interpuesto por ELEPHANT contra la Resolución de 28 de junio de 2007, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

CUARTA.- Admisión a trámite del recurso contra la decisión de cancelación de la numeración e inadmisión a trámite del recurso contra la decisión de acordar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

De conformidad con lo dispuesto en el 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

En el presente caso, la pretensión de la recurrente de que se declare la nulidad de pleno derecho de la Resolución de 28 de junio de 2006 se ejercita, tal y como consta en el solicita de su escrito, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.1 de la LRJPAC.

Aun cuando la recurrente no alude expresamente a ninguna de las causas de nulidad previstas en dicho artículo, en virtud del principio antiformalista que rige la actividad de la Administración Pública, corresponde a la Comisión determinar si concurriría alguna de aquellas causas o, en su defecto, si la Resolución impugnada incurriría en infracción del ordenamiento jurídico determinante de su anulabilidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 63 de la LRJPAC.

De igual modo, el artículo 107.1 de la LRJPAC establece como requisito de los recursos administrativos que los mismos se interpongan contra resoluciones o 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.

En relación con dicho requisito, debe tenerse en cuenta que en la Resolución impugnada, además de cancelarse los bloques de 1.000 números 807.057 y 807.333 de los que era titular la recurrente y de modificarse el Registro Público de Numeración (Resuelve Primero y Segundo), se acordó el inicio de un procedimiento sancionador contra la citada entidad al concurrir determinadas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

circunstancias que indicaban la posible comisión por la operadora de varias infracciones tipificadas en la LGTel como muy graves (Resuelve Tercero).

Sin embargo, procede señalar en relación con la naturaleza de los acuerdos de inicio de procedimientos sancionadores, que, tal y como ha entendido el Tribunal Supremo, los mismos son actos de trámite que con carácter general no tienen carácter cualificado y que, por tanto, no son susceptibles de impugnación.

Concretamente, en Sentencia de 11 de mayo de 1999 [RJ 1999, 4918] el citado Tribunal afirmaba lo siguiente:

*“CUARTO.- En aplicación de estos principios, la jurisprudencia reiterada de esta Sala considera como actos de trámite no susceptibles de ser impugnados en vía contencioso-administrativa aquéllos mediante los que se acuerda la iniciación de los expedientes sancionadores o disciplinarios, así como las propuestas de resolución, pliego de cargos o acuerdos sobre audiencia al sancionado o expedientado (Sentencias de 5 de mayo de 1998 [RJ 1998, 4624], recurso de casación número 6874/1993, 19 diciembre 1996 [RJ 1996, 584], recurso de apelación número 7872/1991, 3 de noviembre de 1992 [RJ 1992, 8745], recurso número 8795/1990, de 28 de abril de 1989 [RJ 1989, 3302], 27 de diciembre de 1984 [RJ 1984, 6732], 17 de octubre de 1984 [RJ 1984, 5720], 22 de febrero de 1984 [RJ 1984, 1112], 15 de febrero de 1983 [RJ 1983, 884], 8 de junio de 1982 [RJ 1982, 4777], 8 DE JULIO DE 1981 [RJ 1981, 3238] y 23 de enero de 1980 [RJ 1980, 269] y Auto de 23 de enero de 1991 [RJ 1991, 573]. Se exceptúa el supuesto en el que en el acuerdo de incoación del expediente se adopta alguna medida que afecta de manera inmediata a los derechos de la persona afectada (como ocurre con las medidas cautelares de suspensión). **[El subrayado es nuestro]**.*

En virtud de la doctrina anteriormente expuesta, los acuerdos de inicio de procedimientos sancionadores que se tramitan en el seno de la Comisión tienen la consideración de acto de trámite, que, además, será cualificado (y, por tanto, impugnabile) cuando en el mismo se adopte alguna medida que pudiera afectar de modo inmediato a los derechos de la persona afectada.

En el presente supuesto, al no adoptarse medida cautelar alguna que afecte de manera inmediata a ELEPHANT en el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, y en tanto acto separable en relación con la cancelación acordada en la Resolución impugnada, debe considerarse que dicho acuerdo de inicio tiene la consideración de acto de trámite no cualificado (en tanto no se da ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 107.1 de la LRJPAC) y, por tanto, contra él no cabe interponer recurso potestativo de reposición.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, a pesar de que este acuerdo de inicio del procedimiento administrativo sancionador (RO 2007/854) está contenido dentro de la resolución que pone fin a un procedimiento administrativo común (el de cancelación), no deja de ser un mero acto de trámite dentro del expediente sancionador RO 2007/854, siendo, por tanto, en éste donde se deberán observar todas las garantías que la LRJPAC prevé en relación con los procedimientos de tal naturaleza. Como se ha dicho, en el caso de que ELEPHANT considere que en el citado procedimiento no se están cumpliendo aquéllas garantías podrá poner tales hechos de manifiesto en aquél o finalmente en sede del recurso que, en todo caso, podrá presentar contra la resolución que ponga fin a dicho procedimiento.

Estas posibles infracciones están siendo en estos momentos objeto de estudio en el procedimiento sancionador incoado (el RO 2007/854), y es en aquél donde la recurrente puede alegar y acreditar todas las circunstancias que, a su juicio, considera que determinan la inexistencia de infracción administrativa y, por tanto, la imposibilidad de sancionar.

Sin que corresponda en la presente fase de recurso adelantarse al futuro pronunciamiento que deba recaer para poner fin al procedimiento sancionador actualmente en tramitación, procede señalar únicamente en lo que se refiere al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador que tuvo lugar en la Resolución impugnada, que, en ningún caso, la calificación efectuada en aquél constituye la imputación con carácter definitivo a ELEPHANT de las infracciones que se citan en la misma, obedeciendo dicho pronunciamiento al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 del Real Decreto 1398/193, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, con arreglo al cual todo acuerdo de inicio de un procedimiento sancionador debe contener, entre otros, los hechos sucintamente expuestos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, todo ello, según se establece en el referido precepto *“sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción”*.

Por todo lo demás, habida cuenta de que el recurso de reposición presentado por la entidad ELEPHANT cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, procede su admisión a trámite en cuanto se refiere a la impugnación de la decisión adoptada en los Resolves Primero y Segundo de la Resolución de 28 de junio de 2006 relativos a la cancelación de la numeración.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero.- Sobre la vulneración de los principios básicos que disciplinan el ejercicio de la potestad sancionadora debido a la inexistencia de infracción administrativa sancionable.

Se alega por ELEPHANT que la Resolución impugnada le impone una sanción administrativa sin acreditar las infracciones que presuntamente ha cometido.

En particular, manifiesta la recurrente que la Resolución impugnada vulnera el artículo 129.2 de la LRJPAC, que establece que *“únicamente por la comisión de infracciones administrativas se podrán imponer sanciones”*, entendiendo la recurrente que en aquélla se les *“impone una sanción sin que se haya acreditado la comisión de infracción alguna”*. Asimismo, entiende la operadora que se habría infringido el artículo 137.1 de la LRJPAC según el cual *“los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario”*, que se deriva del derecho a la presunción de inocencia contemplado en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

Como se ha expuesto anteriormente, la entidad recurrente solicita la anulación de la Resolución de 28 de junio de 2007 *“por fundamentarse la impugnación en alguna de las causas de nulidad del Art. 62.1 de la citada Ley”*, sin indicar claramente cuál de las causas citadas en dicho precepto concurrirían, a su entender, en el presente caso.

En tal sentido, se advierte que, de los tres motivos expresados por la recurrente en su escrito (vulneración de los principios básicos del ejercicio de la potestad sancionadora, cumplimiento del requerimiento de información efectuado por la Comisión, y carácter desproporcionado de la cancelación acordada), únicamente en el primero de ellos que se analiza en el presente apartado podría incardinarse la invocación de alguna de las causas de nulidad contempladas en el artículo 62.1 de la LRJPAC, a saber, la consistente en la lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (letra a), al manifestarse por ELEPHANT que el principio de presunción de no existencia de responsabilidad administrativa previsto en el artículo 137.1 de la LRJPAC, que se considera infringido por aquella entidad, deriva del derecho fundamental a la presunción de inocencia contemplado en el artículo 24.2 de la Constitución. No obstante, en virtud del ya citado principio antiformalista, correspondería analizar si la Resolución impugnada ha incurrido en alguna infracción del ordenamiento jurídico que resultase determinante de la anulabilidad de aquélla.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De este modo, y sin perjuicio de lo señalado sobre la inimpugnabilidad del acuerdo de inicio del procedimiento sancionador adoptado en la Resolución impugnada, procede efectuar una serie de consideraciones en relación con las alegaciones de la recurrente relativas a que la decisión impugnada viene a imponerle una sanción sin cumplir con los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora.

La Resolución recurrida se dicta en el marco del expediente DT 2006/1588 relativo a la *“Cancelación de los números 807·057·057 y 807·333·333 a la entidad ELEPHANT COMMUNICATIONS, S.L.”*, sin que el mismo tenga la consideración de procedimiento administrativo sancionador en los términos regulados en el Título IX de la LRJPAC.

El Reglamento de Mercados, en su Título IV, viene a desarrollar lo dispuesto en el artículo 48.3 b) de la LGTel, entre otros aspectos, en lo relativo a la numeración, direccionamiento y denominación, señalándose en su artículo 28.1, que corresponde a la Comisión la gestión y control de los planes de numeración. Asimismo, la cancelación de numeración aparece regulada en el artículo 62 del Reglamento de Mercados como medida que puede adoptar la Comisión cuando se de alguno de los supuestos establecidos en dicho precepto. A falta de un procedimiento específico en la Ley o en el Reglamento que resulte de aplicación para cancelar la numeración, serán de aplicación las normas del procedimiento administrativo común previstas en la LRJPAC.

Por el contrario, el ejercicio de la potestad sancionadora y los procedimientos derivados del mismo están sujetos al cumplimiento de los principios previstos expresamente en el Capítulo II del Título IX de la LRJPAC, destacándose a los efectos que aquí interesan por haber sido considerados vulnerados a entender de la recurrente, el principio de tipicidad contemplado en el artículo 129 y el principio de presunción de inocencia recogido en el artículo 137 de la misma Ley.

El principio de tipicidad recogido en el artículo 127 de la LRJPAC dispone que *“La potestad sancionadora de las Administraciones públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio (...)”*. Se requiere, por tanto, que toda potestad sancionadora sea reconocida expresamente por una norma con rango de Ley, y que la misma se ejerza siguiendo el procedimiento establecido.

Por su parte, el principio de presunción de inocencia conlleva, en palabras del artículo 137.1 de la LRJPAC, *“la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario, lo que entraña la*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

necesaria consideración de la inexistencia de infracción administrativa en tanto los hechos constitutivos de dicha infracción no resulten acreditados.

Los principios citados resultan únicamente de aplicación en los procedimientos de naturaleza sancionadora, por lo que el resto de los procedimientos que no sean sancionadores no se regirán por aquéllos sino por las normas que los regulen con carácter específico y, en su defecto o supletoriamente, por las normas del procedimiento administrativo común previstas en la LRJPAC (Título VI).

En tal sentido, y en relación con la invocada vulneración del principio de tipicidad, procede señalar que la LGTel no prevé ningún tipo infractor para el que se establezca como sanción la cancelación de numeración.

El hecho de que la LGTel no contemple la cancelación como sanción dentro del régimen sancionador previsto en la misma es suficientemente revelador de la voluntad del legislador de excluir las cancelaciones de numeración de la aplicación de dicho régimen. Y aunque para determinar cuál es la naturaleza de una determinada figura no es decisivo el “*nomen iuris*” que le dé la Administración (STC 239/1988) o que le asigne el legislador, no concurren en el presente supuesto los requisitos que la Jurisprudencia exige para entender que una determinada medida impuesta por la Administración tiene la naturaleza de sanción.

Como se señaló en la STC 276/2000, de 16 de noviembre (RTC 2000, 276) es precisamente la función represiva, retributiva o de castigo lo que caracteriza a las sanciones administrativas, siendo dicha función lo que las distingue “*de otras resoluciones administrativas que restringen derechos individuales con otros fines (coerción y estímulo para el cumplimiento de las leyes; disuasión ante posibles incumplimientos; o resarcimiento por incumplimientos efectivamente realizados)*”.

Entre las resoluciones administrativas que restringen derechos individuales y que no tienen naturaleza sancionadora, ha situado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo las revocaciones de títulos administrativos habilitantes para ejercer una determinada actividad.

Partiendo de la STC 181/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990/181) en la que se señala que en la medida en que la revocación de una licencia se base en el incumplimiento de los requisitos establecidos por el ordenamiento para el desarrollo de la actividad pretendida, no cabe afirmar que se esté ante una medida sancionadora, sino de simple aplicación de ese ordenamiento por parte de la Administración competente, el Tribunal Supremo ha afirmado que “*no todo acto de contenido o consecuencias desfavorables puede considerarse que*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

constituya una sanción, sino que existen otros supuestos distintos de restricción de su esfera jurídica, como es el de la licencia municipal que crea una relación estable y bilateral entre el autorizado y la Administración otorgante, que se otorga sometida al cumplimiento de determinadas condiciones, procediendo a revocarla si no siguen cumpliéndose aquellos requisitos, y el consecuente acto de revocación no tiene la naturaleza de sanción normativa” (Sentencia de 9 de julio de 2007- JUR 2007/236492).

Por lo que se refiere a la figura de la cancelación de numeración, su adopción también requiere, al igual que sucede con el otorgamiento de los títulos habilitantes a los que se refiere la Jurisprudencia citada, de la existencia de una previa decisión administrativa de asignación. En toda decisión de tal carácter se establecen las condiciones determinantes de la asignación y de la utilización de numeración, obligándose el asignatario a cumplir con los derechos y obligaciones que la normativa exige en materia de numeración.

Así, en la Resolución de fecha 11 de noviembre de 2005 (DT 2005/1310) por la que se autorizaba la transmisión de numeración a ELEPHANT por parte de otra entidad, la operadora asumió cumplir con las obligaciones derivadas del uso de la numeración, establecidas principalmente en la LGTel y en el Reglamento de Mercados. Este último establece, además, en su artículo 59 e), entre las condiciones generales para la utilización de los recursos públicos de numeración, la de respetar la normativa aplicable.

La falta de cumplimiento de dichas obligaciones por parte del operador en tanto requisito indispensable para que el mismo mantenga su condición de asignatario de la numeración justifica la decisión administrativa por la que se cancela la numeración. De ahí que el Reglamento de Mercados establezca en su artículo 62.1 c) que, mediante resolución motivada, la Comisión podrá cancelar la numeración que previamente hubiera asignado por causas imputables al interesado *“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”*.

De acuerdo con ello, en el caso que nos ocupa se estimó conveniente proceder a la cancelación de los bloques 807.057 y 807.333 *“por un incumplimiento manifiesto de la normativa aplicable del titular de dichos recursos públicos de numeración”*, en tanto que tal incumplimiento es uno de los supuestos en los que la Comisión, si aprecia su concurrencia, puede proceder a la cancelación, tal y como reconoce el Reglamento de Mercados en su artículo 62.1 c), al señalar que serán causas de cancelación de la numeración, entre otras, el incumplimiento de la normativa aplicable por parte del asignatario.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Concretamente, como más adelante se expondrá, se apreció la existencia de tal incumplimiento al haberse constatado los siguientes hechos:

- Incumplimiento de la obligación de retirar los números una vez transcurridos 8 días naturales desde la notificación de las Resoluciones de la SETSI en las que se ordenaba la retirada de aquéllos.
- Falta de remisión a la Comisión sobre el uso de la numeración asignada.
- Utilización de los números 807.057.057, 807.333.333, 807.057.111 y 807.333.222 para prestar servicios de llamadas internacionales.
- En los números 807.057.111 y 807.333.222: Identificación en la página web de un prestador del servicio de tarificación adicional (PHONETONE) que no se corresponde con la identificación del prestador de tarificación adicional en las locuciones.
- En los números 807.057.807 y 807.333.807: falta de identificación del prestador final del servicio en la locución de las llamadas.

Resulta, por tanto, que la falta de cumplimiento por un operador de las condiciones relativas al uso de la numeración, entre las que se encuentra, el cumplimiento de la normativa vigente, justifica la cancelación de aquélla en el momento en que dejan de cumplirse aquellas condiciones por el asignatario de la numeración.

Pero el objetivo de la cancelación no es sancionar al operador por dicho incumplimiento sino velar por la correcta utilización de los recursos públicos de numeración, cuya naturaleza limitada justifica que debe garantizarse por parte del poder público un uso de los mismos lo más eficiente posible (en la medida en que está asignada al operador que la utiliza indebidamente no puede ser asignada a otro operador) y, en todo caso, conforme con la normativa vigente.

Ello explica que, con independencia del supuesto de cancelación previsto en el artículo 62.1 c) 1ª del Reglamento de Mercados, la LGTel contemple en el artículo 53, en la letra w), como infracción muy grave susceptible de ser objeto de sanción, la del incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración, entre las que se encuentra sin duda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59 e) del Reglamento de Mercados anteriormente citado, el respeto de la normativa vigente.

De ahí que, aun cuando efectivamente la cancelación de numeración restringe el derecho de su asignatario a su uso, no se ha introducido por la legislación sectorial de telecomunicaciones con intención de castigar o penar a aquél, sino, entre otras razones, por el carácter limitado de los recursos públicos de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

numeración que justifica en mayor medida que ante un uso indebido de los mismos la Administración pueda dejar sin efecto su decisión previa de asignación. Téngase en cuenta que la asignación no comporta un derecho de propiedad sino sólo de uso.

Procede advertir, por tanto, como se señala en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de noviembre de 1995 (RTC 1995, 164) **“la improcedencia de extender indebidamente el concepto de sanción con la finalidad de obtener la aplicación de las garantías constitucionales propias de este campo a medidas que no responden verdaderamente al ejercicio del ius puniendi del Estado. Así, en la STC 239/1988 (RTC 1988\239), dijimos que «los postulados del art. 25 CE no pueden aplicarse a ámbitos que no sean los específicos del ilícito penal o administrativo, siendo improcedente su aplicación extensiva o analógica, como resulta de las SSTC 73/1982 (RTC 1982\73), 69/1983 (RTC 1983\69) y 96/1988 (RTC 1988\96), a supuestos distintos o a actos, por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del ius puniendi del Estado o no tienen un verdadero sentido sancionador».**

En virtud de lo anteriormente expuesto, la cancelación de la numeración acordada en la Resolución impugnada no conlleva la imposición de una sanción a ELEPHANT por la comisión de una infracción administrativa, por lo que no puede entenderse que concurra en relación con aquella infracción alguna del principio de tipicidad de las sanciones invocado por la recurrente.

Por otro lado, por lo que se refiere a la vulneración del principio de presunción de inocencia alegada por la recurrente, resulta únicamente de aplicación, en el marco de la actuación administrativa, dentro del ámbito del procedimiento sancionador. No cabe, pues, hablar, en este caso, del principio de presunción de inocencia, porque es un principio propio del procedimiento administrativo sancionador.

Si bien es cierto que en la Resolución impugnada se acordaba el inicio de un procedimiento sancionador, procede reiterar que el mismo tiene carácter de acto administrativo de trámite inimpugnable, pudiendo la operadora alegar y acreditar lo que tenga por conveniente en el seno de dicho procedimiento y, en su caso, en el recurso procedente contra la resolución que ponga fin al mismo.

En conclusión, teniendo en cuenta que la cancelación de numeración acordada en la Resolución impugnada no tiene la consideración de sanción administrativa, procede desestimar el motivo de impugnación invocado por ELEPHANT que alude a la vulneración por la Resolución de 28 de junio de 2007 de los principios que disciplinan el ejercicio de la potestad sancionadora.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Procede analizar ahora en relación con las alegaciones formuladas por ELEPHANT si la Resolución impugnada ha incurrido en infracción del ordenamiento jurídico al acordar la cancelación de la numeración asignada a la operadora:

a) Sobre el cumplimiento por ELEPHANT del Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional.

Alega ELEPHANT que dio cumplimiento a lo dispuesto en el Código de Conducta para la prestación de servicios de tarificación adicional, al haber atendido los requerimientos de la SETSI de informar sobre la identidad de los prestadores de servicios de tarificación adicional y sobre el precio máximo por minuto de las llamadas, así como de retirar los números 807.057.057, 807.333 333, 807.333.777 y 807.057.777.

Sin embargo, frente a las anteriores manifestaciones, la remisión por la SETSI de los expedientes de ELEPHANT solicitando la cancelación de la numeración se basaba en el incumplimiento de las órdenes de retirada de los números que se llevaron a cabo por el incumplimiento de aquel Código de Conducta, en particular, de lo dispuesto en su punto 3.2.1 que obliga al prestador de servicios a informar a los usuarios del precio máximo por minuto de las llamadas. También la Orden PRE 361/2002⁶ establece esta obligación en su artículo decimoctavo (apartado quinto) al señalar que tal prestador debe informar acerca del precio máximo por minuto de llamada, tanto desde redes fijas como móviles, en todos los anuncios publicitarios en prensa, radio, televisión o en cualquier otro soporte relativos a cualquier número telefónico que preste servicios de tarificación adicional.

Tras comprobar el incumplimiento de esta obligación relativa a la información sobre el precio máximo por minuto de las llamadas, la SETSI ordenó a ELEPHANT la retirada inmediata de los números y le requirió para que tras la retirada le diera cuenta de lo actuado. Todo ello en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7.2 de la Orden PRE 361/2002, que establece que ante el incumplimiento del Código de Conducta por el prestador del servicio de tarificación adicional y previo informe de la Comisión de Supervisión, la SETSI dictará Resolución que será notificada al operador del servicio de red de tarificación adicional, que estaría obligado a retirar con carácter inmediato el número telefónico suministrado al prestador del servicio de tarificación adicional. Esta obligación de retirada inmediata de los números se contempla también en el punto 2.2.9 del Código de Conducta.

⁶ Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, del título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ELEPHANT afirma que procedió a la retirada de los números 807-057-057 y 807-333-333 cuando fue requerido para ello (el 807.333.777 y 803.057.777 estaban ya fuera de servicio con anterioridad al requerimiento de la SETSI), y que una vez comprobado que el prestador PHONETONE había dado cumplimiento a las obligaciones de información y publicidad del servicio en la página web y en el menú inicio, restableció el servicio prestado a través de dichos números, solicitando a la SETSI que le confirmara que una vez rectificadas las deficiencias, no resultaría necesario proceder al bloqueo de los números.

Las Resoluciones de la SETSI en las que se ordenaba la retirada de los números fueron aprobadas de acuerdo con lo dispuesto en el punto 3 del artículo Séptimo de la Orden PRE 361/2002. Dicho precepto establece que si transcurridos 8 días naturales desde la notificación de la Resolución de la SETSI al operador del servicio de red de tarificación adicional correspondiente, éste no hubiese procedido a la retirada del número telefónico, la SETSI daría traslado de dicha Resolución a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para que procediera a cancelar el número telefónico al operador del servicio de red de tarificación adicional.

Al no haber cumplido con dichas Resoluciones en el plazo indicado, la SETSI remitió los expedientes a este Organismo dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 7.3 de la Orden PRE/361/2002.

El fundamento último de esta previsión normativa es asegurar la retirada de los recursos de numeración que no cumplan con lo dispuesto en el Código de Conducta en todos sus términos, y teniendo presente que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el organismo competente para proceder a la cancelación, tal y como se establece en el artículo 62 del Reglamento de Mercados, le correspondía, tras la remisión de los expedientes por la SETSI, pronunciarse sobre la procedencia de la cancelación examinando las circunstancias concurrentes en el caso y determinando si concurría alguno de los supuestos previstos en la normativa para proceder a la cancelación.

Como se analizó en el período de información previa RO 2006/1144 abierto a efectos de determinar la conveniencia o no de la apertura de un procedimiento de cancelación y se confirmó en la Resolución impugnada, el incumplimiento por parte de ELEPHANT de su obligación de retirada de los números en el plazo de 8 días desde que fue requerido para ello por la SETSI suponía un incumplimiento de la normativa aplicable, al haber mantenido en funcionamiento una numeración que incumplía lo dispuesto en la Orden PRE 361/2002 y en el Código de Conducta (se le ordenó retirar la numeración por incumplimiento de las obligaciones previstas en él en relación con la información sobre el precio de las llamadas).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Y como el artículo 62 del Reglamento de Mercados establece los supuestos en los que procede la cancelación de la numeración previamente asignada a un operador, encontrándose entre ellos aquél en que por causas imputables al interesado se incumple la normativa aplicable, en particular, la relativa a los derechos de los usuarios, o las condiciones generales o específicas (apartado 1 c) 1ª), en la medida en que ELEPHANT habría incumplido la Orden PRE 361/2002 y el Código Conducta, tal y como señalaba la SETSI en sus Resoluciones, sin haber procedido en el plazo señalado a retirar la numeración, resultaba procedente, por tanto, cancelarle aquélla.

Pero debe precisarse que no se trata, en el presente caso, como pretende hacer ver la recurrente, de una cancelación acordada en relación con una numeración que, tras los requerimientos de la SETSI, cumplieron con las obligaciones previstas en la Orden PRE 361/2002 y en el Código de Conducta (se aporta por ELEPHANT copia del fax remitido a la SETSI el día 29 de abril de 2006 poniendo en su conocimiento la restauración de las situaciones de incumplimiento del Código de Conducta).

Con independencia del cumplimiento posterior por ELEPHANT y por el prestador del servicio de tarificación adicional en lo que se refiere a la obligación establecida en el artículo decimoctavo (apartado cinco) de la Orden PRE 361/2002 y en el artículo 3.2.1 del Código de Conducta de informar sobre el precio máximo por minuto de las llamadas cuyo incumplimiento dio en principio lugar a las órdenes de la SETSI de retirada de los números, la operadora incumplió en todo caso las mismas al poner en funcionamiento los números sin que constara en tales órdenes dicha posibilidad.

Y no sólo se incumplieron las órdenes de retirada de los números sino también el artículo 7.2 de la Orden PRE 361/2002, que establece expresamente la obligación de que el operador del servicio de red de tarificación adicional retire inmediatamente los números cuando constate el incumplimiento del Código de Conducta. Tampoco establece dicho precepto que una vez retirados los números, el operador pueda volver a ponerlos en funcionamiento si se da cumplimiento a lo establecido en el Código.

Debe afirmarse, por tanto, que ELEPHANT habría incurrido en el incumplimiento de la normativa aplicable a los bloques de numeración de tarificación adicional 807-057 y 807-333, en concreto, de la Orden PRE 361/2002 y del Código de Conducta al no haber retirado de manera inmediata, tal y como le había requerido la SETSI, los números de tarificación adicional 807-057-057 y 807-333-333, por lo que procedería la cancelación de la numeración asignada a ELEPHANT en virtud de la causa 1ª de la letra c) del apartado primero del artículo 62 del Reglamento de Mercados.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, y dado el interés de la recurrente en demostrar que dio cumplimiento a las órdenes de retirada de los números aunque tardíamente (según manifiesta ELEPHANT, habiéndosele notificado las Resoluciones de la SETSI el día 7 de abril de 2006, fue el día 29 de abril de 2006 cuando remitieron el fax comunicando la retirada) procede matizar también que resulta irrelevante, a efectos de la decisión correspondiente en relación con la cancelación de la numeración, el hecho de que se diera cumplimiento a las órdenes de retirada de los números dentro o fuera del plazo de los 8 días previstos en el artículo 7.3 de la Orden PRE 361/2002.

Resulta cierto que el artículo 7.3 de la Orden PRE 361/2002 establece que si transcurridos 8 días naturales desde la notificación de la Resolución de la SETSI, sin que el operador del servicio de red de tarificación adicional hubiera procedido a la retirada inmediata de los números, se remitirán las actuaciones a la Comisión para que adopte la decisión de cancelar durante un período de dos años la numeración asignada, lo que *a sensu contrario* podría entenderse en el sentido de que si la numeración se retirase con anterioridad a aquel plazo no se remitirían las actuaciones a la Comisión y, por tanto, no procedería cancelar la numeración.

Pero como ya se señaló en la Resolución que puso fin al período de información previa anterior al procedimiento de cancelación, aun cuando la Orden PRE 361/2002 sigue vigente⁷ debe entenderse que continúa en vigor únicamente en todo aquello que no vulnere lo dispuesto en las normas posteriores y de rango superior (artículo 2.2 del Código Civil).

En tal sentido, debe tenerse en cuenta que el Reglamento de Mercados atribuye a la Comisión la competencia para cancelar la numeración sin imponer límites en cuanto al período temporal en que puede ser cometida su función, por lo que el mero incumplimiento por parte de un operador de la normativa (uno de los supuestos en los que puede procederse a la cancelación) podría justificar *per se* la cancelación de numeración.

Así pues, lo relevante a efectos de la cancelación acordada en la Resolución impugnada es que se incumplió por parte de ELEPHANT la Orden PRE 361/2002 y el Código de Conducta para la prestación de servicios de tarificación adicional, al haber incumplido las obligaciones relativas a la información del precio máximo por minuto de los servicios y al no haber retirado los números de conformidad con lo previsto en aquéllas.

⁷ Esta Orden se aprobó en desarrollo del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprobaba el Reglamento Universal, pero no se derogó expresamente ni por la LGTel ni por el Reglamento de Mercados o el Reglamento del Servicio Universal (Real Decreto 424/2005, de 15 de abril) aprobados en desarrollo de dicha Ley.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Procede reseñar, además, que la cancelación acordada en la Resolución de 28 de junio de 2007 no tuvo lugar únicamente por el incumplimiento de la obligación de informar sobre el precio máximo por minuto de las llamadas y, consecuentemente, de la obligación de retirada de los números, que fueron constatados por la SETSI, sino por otros incumplimientos advertidos por la Comisión durante la tramitación del expediente de cancelación DT 2006/1588.

En primer término, en relación con la obligación de identificar a los prestadores del servicio de tarificación adicional, sin perjuicio del cumplimiento dado al requerimiento efectuado en su día por la SETSI, se comprobó con posterioridad por la Comisión, tras efectuar llamadas a los números asignados a ELEPHANT y visitas a las páginas web de la operadora y de los prestadores del servicio de tarificación adicional, que a pesar de que en las locuciones de llamadas se indicaba que para los números 807.057.111 y 807.333.222 (que no estaban en los requerimientos que efectuó la SETSI para que se identificase al prestador) era la propia ELEPHANT la prestadora del servicio de tarificación adicional, en la página web de PHONETONE aparecía esta entidad como prestadora final del servicio.

Asimismo, en relación con los números 807.057.807 y 807.333.807, como se indicó en la Resolución impugnada, tras realizar diversas llamadas a los mismos, se constató que no se informaba en las locuciones sobre la identificación del prestador final del servicio.

Con independencia de lo manifestado por ELEPHANT en relación con la no puesta en servicio de estos últimos números, tales hechos suponen un incumplimiento de la Orden PRE 361/2002, en cuyo artículo decimotercero (apartado quinto) y decimotercero bis (letra b de su apartado segundo) se establece la obligación de facilitar información suficiente en los soportes publicitarios sobre el servicio, así como de proporcionar al usuario llamante la identificación del prestador del servicio de tarificación adicional.

Asimismo, como se puso de manifiesto en la Resolución impugnada, se produjo un incumplimiento por parte de ELEPHANT al no garantizar información a los usuarios llamantes de la identidad del titular del número telefónico llamado, tal y como se establecía en el apartado primero del artículo decimotercero bis de la Orden PRE 361/2002.

No cabe, por tanto, estimar el motivo de impugnación invocado por ELEPHANT en relación con el cumplimiento por la operadora del Código de Conducta para la prestación del servicio de tarificación adicional.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b) Sobre la utilización de un número 807 para la prestación de un servicio de comunicaciones internacional.

Otro de los motivos por los cuales se procedió a cancelar la numeración a ELEPHANT fue la utilización de los números 807.057.057, 807.333.333, 807 057.111 y 807.333.222 para prestar servicios de llamadas internacionales.

ELEPHANT afirma que no había incumplido el Código de Conducta al utilizar tales números para un servicio de comunicaciones internacionales. Considera la operadora que la utilización de un número 807 para la realización de comunicaciones internacionales salientes tendría cabida dentro del actual Código de Conducta al no haber sido excluida explícitamente en dicho Código, sin que quepa asimilar dicha actividad con el servicio telefónico disponible al público.

Sin embargo, frente a dicha alegación, debe volver a reiterarse que la utilización de números 807 para la prestación de este tipo de servicios de llamadas internacionales no se adecua a lo previsto en la legislación vigente para los servicios de tarificación adicional, ya que éstos tienen un valor añadido con respecto al servicio telefónico disponible al público, lo que motiva que para ellos exista una retribución específica.

A diferencia de estos servicios, la prestación de un servicio de llamadas internacionales a otros países forma parte del servicio telefónico disponible al público, tanto en su modalidad de prestación directa como de reventa, al igual que en el caso de los prestadores de servicios telefónicos a través de tarjeta. Así se desprende de la definición número 30 recogida en el Anexo II de la LGTel, correspondiente al servicio telefónico disponible al público que alude al *“Servicio Disponible al Público a través de uno o más números de un Plan Nacional o Internacional de Numeración Telefónica, para efectuar y recibir llamadas nacionales e internacionales...”*, resultando lo dispuesto en ella prevalente sobre la inexistencia en el Código de Conducta de una exclusión explícita a la prestación este tipo de servicios con numeraciones 807.

Debe tenerse en cuenta, además, que de considerarse tal posibilidad, estaríamos en el presente caso ante una posible reventa encubierta del servicio telefónico disponible al público a PHONETONE, sin que ésta se encuentre inscrita en el Registro de Operadores como prestadora de aquel servicio, lo que está terminantemente prohibido por el ordenamiento sectorial.

Asimismo, se estaría produciendo un fraude para los usuarios llamantes, al cobrarles un precio que no es el que realmente correspondería por el servicio telefónico disponible al público. Tras la finalización de la locución del menú inicio se empezaría a facturar al usuario aunque éste todavía no habría ni siquiera marcado el número internacional con el que desearía establecer la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comunicación, por lo que se estaría facturando al usuario antes del establecimiento de la llamada, que no se sabe si se completaría con éxito, ya que el destino internacional podría estar no disponible (comunicando) o si, incluso, se rechazaría por congestión o fallo de la red. En estos casos se estaría remunerando al prestador por un servicio que no habría llegado a prestar, produciéndose un fraude al abonado llamado y un flagrante perjuicio económico al mismo.

Por último, para la prestación de este tipo de servicios de llamadas internacionales ya existen numeraciones específicamente atribuidas como son los números cortos para servicio de tarjetas o códigos de selección para la prestación del servicio telefónico disponible al público en acceso indirecto, por lo que el sentido de la atribución de los rangos 807 es el de permitir la prestación de nuevos servicios de valor añadido y no servicios para los que ya existen unos recursos de numeración específicos.

No procede, por tanto, dar acogida al motivo de impugnación manifestado por ELEPHANT en relación con la posible utilización del rango 807 para la prestación de servicios de comunicaciones internacionales.

Segundo.- Sobre el incumplimiento por ELEPHANT de su obligación de informar en relación con el uso dado a la numeración asignada.

Los artículos 40.2 y 61 del Reglamento de Mercados establecen la obligación de los operadores que sean asignatarios de recursos públicos de numeración de remitir a la Comisión en el mes de enero de cada año información relativa a la utilización prevista para los próximos tres años a la numeración asignada, así como la información respecto al año precedente, del uso dado.

A pesar de la obligación contemplada en los preceptos citados, como ya se ha expuesto en los Antecedentes de Hecho de la presente Resolución, la recurrente no aportó dicha información, por lo que con fecha 4 de diciembre de 2006, con objeto de llevar a cabo el control del año 2006 relativo al uso de los recursos de numeración asignados a los operadores, y en cumplimiento de la potestad conferida en el artículo 61 del Reglamento de Mercados, le fue notificado a ELEPHANT el requerimiento de información sobre los datos contemplados en dicho precepto en relación con los recursos de numeración de los que era titular.

Sin embargo, la operadora no dio contestación alguna a dicho requerimiento en el plazo fijado (31 de enero de 2007), sin que pueda considerarse que su remisión informal vía e-mail en abril de 2006 (una vez finalizado el trámite de audiencia del expediente de cancelación sin que la recurrente realizara ningún tipo de alegación) diera cumplimiento al mismo. Mediante escrito con fecha de entrada en el Registro de la Comisión el día 6 de julio de 2007 (y, por tanto, con posterioridad a la fecha de la Resolución impugnada) ELEPHANT manifestó



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

haber cumplido con las obligaciones de información sobre uso de numeración mediante el envío de un correo electrónico (el enviado en el mes de abril) y de un fichero adjunto al mismo.

Sin perjuicio de la posible repercusión que este envío tardío de la información pudiera tener a efectos de la calificación de la posible infracción consistente en el incumplimiento reiterado de los requerimientos de información en el marco del procedimiento sancionador actualmente abierto, procede en sede de recurso únicamente un pronunciamiento sobre la procedencia de la cancelación de la numeración asignada a ELEPHANT dado el incumplimiento de su obligación de facilitar información sobre el uso dado a la numeración.

Resulta claro que hasta el final de la tramitación del procedimiento de cancelación (con posterioridad al trámite de audiencia) la operadora no proporcionó información alguna relacionada con el uso que estaba dando a la numeración, hecho que suponía no sólo el incumplimiento del requerimiento de información efectuado sino también el de su obligación de remitir información sobre el uso de la numeración.

Esta obligación resulta vinculante para los asignatarios sin necesidad de que previamente se realice un requerimiento formal a tal efecto por la Comisión. De ahí que el Reglamento de Mercados (artículos 40 y 61) aluda a la obligación de los titulares de las asignaciones de numeración de remitir información sobre el uso dado, estando obligado, además, a responder a *“cualquier otra información que, justificadamente le requiera la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”*.

Resulta evidente que dado que dichas obligaciones se encuentran contempladas en los artículos 40.2 y 61 del Reglamento de Mercados, el incumplimiento de la mismas conlleva a su vez un incumplimiento de la normativa vigente, supuesto en el que como ya hemos reiterado resulta procedente la cancelación (artículo 61.1 c) 1ª del Reglamento de Mercados).

No procede, por tanto, estimar el motivo de impugnación invocado por ELEPHANT en relación al cumplimiento durante la tramitación del expediente de cancelación de su obligación relativa al uso de la numeración que tenía asignada.

TERCERO.- Sobre la desproporción de la medida de cancelación efectuada.

Otro de los motivos por los que la entidad recurrente se manifiesta en contra de la cancelación alude a la desproporción de la medida adoptada, por entender la recurrente que no incumplió el Código de Conducta ni las Resoluciones de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SETSI en las que se le ordenaba la retirada de los números, que se le ha privado de su legítimo derecho a explotar el resto de los números del bloque afectado y, por último, que no es necesario cancelar dos bloques de numeración de mil (1.000) números cada uno en vez de cancelar exclusivamente los números afectados por el presente procedimiento.

Sin embargo, tal y como se ha manifestado en los apartados anteriores, la cancelación de numeración acordada en la Resolución impugnada se efectuó en estricto cumplimiento de la normativa sectorial al aplicar uno de los supuestos de cancelación contemplados en el artículo 62 del Reglamento de Mercados (apartado 1 c) 1ª), sin que proceda ahora reiterar lo ya expuesto en los apartados anteriores sobre los incumplimientos en los que incurrió la recurrente.

Habiendo sido debidamente acreditados los múltiples incumplimientos de la operadora, resulta plenamente justificada la medida adoptada, sin que, además, pueda sostenerse la alegación de la operadora sobre la desproporción de la cancelación efectuada por su comportamiento cumplidor tanto con el Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional como con las Resoluciones de la SETSI que le ordenaban la retirada de los números, ya que en ningún caso podría acogerse la pretensión de calificación como desproporcionada de una medida que, a diferencia de lo que acontece con las sanciones, no puede ser aplicada con una mayor o menor graduación en función de si el incumplimiento de la normativa (supuesto que en este caso motiva la cancelación) ha tenido lugar con una mayor o menor gravedad o incidencia.

Debe añadirse, además, en relación con la alegación de la recurrente sobre la falta de motivación de la decisión adoptada, que la misma no puede ser acogida en tanto se explicitan minuciosamente en la Resolución impugnada las razones que llevaron a la adopción de tal medida.

Más allá de ello, como señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia 301/2000, de 13 de noviembre, *“el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundamentados de la decisión, es decir, la “ratio decidendi” que ha determinado aquélla...”*, añadiendo la Sentencia 187/2000, de 10 de julio, que *“no existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión”.

Sobre la privación del legítimo derecho de explotar el resto de los números de la numeración afectada por la cancelación y la cancelación de dos bloques de numeración de 1.000 números cada uno en vez de cancelar los números afectados exclusivamente, debe partirse de la competencia atribuida a la Comisión en los artículos 48.3 letra b) de la LGTel y 28 del Reglamento de Mercados para gestionar y controlar los planes nacionales de numeración que se materializa, entre otras, en la función de asignar y cancelar la numeración de conformidad con lo dispuesto en el mismo.

Así pues, la Comisión a la hora de asignar numeración a los operadores ha de tener en cuenta lo previsto en el Plan Nacional de Numeración Telefónica que se aprobó como Anexo al Reglamento de Mercados. En su apartado 6.5 el Plan establece con carácter general que las asignaciones a los operadores se efectuarán en bloques de 10.000 números o, en casos justificados, de 1.000 números, y en su apartado 9.2 prevé con carácter específico para los servicios con tarifas especiales, entre los que se encuentran los servicios de tarificación adicional, que los bloques asignados a los operadores tendrán, con carácter general, una capacidad de 1.000 números.

Por lo que se refiere a la cancelación, como se expuso en la Resolución impugnada, dado que la numeración para la prestación de servicios de tarifas especiales se asigna en bloques de 1.000 números, en la misma lógica se deberían cancelar también los bloques de 1.000 números. De lo contrario se imposibilitaría que ante un uso ineficiente de los mismos -lo que también acontecía en el presente caso al tener únicamente en funcionamiento 6 de los 2.000 números- pudieran ser asignados posteriormente los números no utilizados al tener que asignarse en bloques de acuerdo con lo dispuesto en el Plan.

No procede estimar, por tanto, el motivo de impugnación invocado por ELEPHANT relativo a la desproporción de la medida adoptada en la Resolución impugnada.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

PRIMERO.- Inadmitir a trámite el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad ELEPHANT TALK SL, Sociedad Unipersonal, contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 28 de junio de 2007, en relación con la impugnación del acuerdo de inicio de un procedimiento sancionador contra dicha entidad (RO 2007/854), como presunto responsable directo de una serie de infracciones administrativas calificadas como muy graves, tipificadas en los artículos 53.r, 53.w y 53.x de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

SEGUNDO.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por la entidad ELEPHANT TALK COMMUNICATIONS SL, Sociedad Unipersonal, contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 28 de junio de 2007, en relación con la cancelación de dos bloques de tarificación adicional 807 a dicha entidad por incumplimiento del Código de Conducta para la prestación de servicios de tarificación adicional.

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.

Vº Bº
EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu