



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 29/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 31 de julio de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN RELATIVA AL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR EUSKALTEL, S.A. CONTRA LA RESOLUCION DE 20 DE DICIEMBRE DE 2007 POR LA QUE SE PONE FIN AL PERIODO DE INFORMACION PREVIA INICIADO COMO CONSECUENCIA DE LA DENUNCIA PRESENTADA CONTRA FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. POR SUPUESTAS DEFICIENCIAS EN SU ROL DE OPERADOR DONANTE EN EL AMBITO DE LA PORTABILIDAD MOVIL.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Euskaltel, S.A. contra la Resolución de 20 de diciembre de 2007 por la que se pone fin al periodo de información previa iniciado como consecuencia de la denuncia presentada por Euskaltel, S.A. contra France Telecom España, S.A. por supuestas deficiencias en su rol de operador donante en el ámbito de la portabilidad móvil (DT 2007/369), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 29/08 del día de la fecha, la siguiente Resolución (AJ 2008/121):

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 20 de diciembre de 2007 el Consejo de esta Comisión aprobó una Resolución por la que acordó no iniciar un procedimiento sancionador contra France Telecom España, S.A. (en adelante, FTE) y proceder al archivo de una denuncia presentada por Euskaltel, S.A. (en adelante, Euskaltel) por supuestas deficiencias de aquella en su rol de operador donante en el ámbito de la portabilidad móvil.

SEGUNDO.- Con fecha 4 de febrero de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito presentado por Euskaltel por el que interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La recurrente fundamenta el recurso interpuesto en el supuesto de nulidad de pleno Derecho establecido en el apartado e) 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) por considerar que la decisión contenida en la Resolución de 20 de diciembre de 2007 consistente en la no iniciación de un procedimiento sancionador contra la denunciada, adolece de una adecuada motivación lo que le ha generado indefensión.

En base al fundamento expuesto en el párrafo anterior en primer lugar recuerda que en virtud de lo establecido en el artículo 54.1.c) de la LRJPAC, los actos de la Administración que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes deberán ser motivados. En aplicación de lo expuesto alega que la decisión impugnada difiere de la que se adoptó ante un supuesto de hecho idéntico al analizado en la Resolución de 20 de diciembre de 2007, en el marco de un procedimiento sancionador incoado a la entidad Telefónica Móviles España, S.A. (en adelante, TME) por el incumplimiento de las especificaciones técnicas aplicables a la conservación de la numeración en caso de cambio de operador en las redes telefónicas públicas móviles¹, Resolución en la que a pesar de la constatación de determinadas circunstancias atenuantes, se concluyó que la actuación de la citada entidad había constituido una infracción muy grave.

En segundo lugar manifiesta que en la Resolución de 20 de diciembre de 2007 no se tuvieron debidamente en cuenta los siguientes hechos:

1) Que el plazo de 8 días hábiles empleado por FTE para la resolución de las incidencias *“supera ampliamente el plazo máximo establecido por las especificaciones de portabilidad móvil y por lo tanto supone un claro incumplimiento de las mismas”*.

2) Que el número de incidencias analizadas por esta Comisión en la decisión impugnada debería haber sido contrastado por esta Comisión teniendo en cuenta que se basaba únicamente en las alegaciones de una de las partes y que en cualquier caso lo que resultaba claro era que *“los incumplimientos de FTE han perjudicado especialmente a los clientes de Euskaltel respecto a los de otros operadores receptores”*.

En relación con lo anterior manifiesta que *“A los efectos de considerar improcedente la incoación de un expediente sancionador a FTE, la CMT parece que únicamente ha tenido en cuenta el volumen de incidencias denunciadas y*

¹ Resolución de fecha 26 de julio de 2007 sobre el procedimiento sancionador incoado a la entidad Telefónica Móviles España, S.A. por el supuesto incumplimiento de la Resolución de 8 de junio de 2000, sobre las especificaciones técnicas aplicables a la conservación de la numeración en caso de cambio de operador en las redes telefónicas públicas móviles (RO 2006/1173).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

no el hecho de que el plazo medio de resolución de las mismas ha superado el plazo máximo señalado por la especificación de portabilidad. Resultando claro que se ha infringido la especificación de portabilidad móvil, y que esto ha producido un claro perjuicio a Euskaltel y a sus clientes, el volumen de incidencias sólo debería ser relevante para graduar la sanción. Dado que la infracción existe, tal y como reconoce la propia CMT, debería abrirse expediente sancionador y sancionar a FTE cuanto menos en grado mínimo". Y añade que "No vemos en la Resolución que recurrimos la expresión de las razones de derecho que justifiquen y funden la decisión de la Comisión, convirtiéndola claramente en arbitraria".

En atención a lo anterior concluye el recurso interpuesto manifestando que en lo que respecta a sus intereses legítimos le resulta crucial que se incoe un expediente sancionador, recordando que los hechos constitutivos de la infracción se produjeron en un *"momento esencial para el lanzamiento de Euskaltel como operador OMV"*, suponiendo las incidencias provocadas por FTE el descrédito de Euskaltel frente a sus clientes, con lo que *"para recuperar ante sus clientes la imagen dañada de Euskaltel como consecuencia de la actuación de FTE resulta totalmente necesario sancionar las infracciones en las que claramente incurrió FTE"*.

En virtud de lo expuesto solicita que se declare la nulidad de la Resolución de 20 de diciembre de 2007 y que se dicte Resolución acordando el inicio del procedimiento sancionador contra FTE por los graves incumplimientos de la especificación de portabilidad móvil incurridos por esta última en su rol de operador donante.

SEGUNDO.- Con fecha 5 de marzo de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de FTE por el que realiza alegaciones al recurso al que se refiere el antecedente de hecho anterior, señalando básicamente lo siguiente:

- 1) Sobre las sustanciales diferencias existentes entre las dos Resoluciones invocadas.

Señala que si bien en el marco del procedimiento sancionador iniciado contra TME *"se trataba entonces de sancionar una actitud unilateral de TME que decidió en unas fechas tan significativas como la Navidad y con la más que probable intención de "maquillar" los resultados netos de la portabilidad entre operadores durante el mes de diciembre, no tramitar durante tres días solicitudes de portabilidad, esto es, paralizar la actividad de TME en su rol de operador donante durante tres días. Algo muy distinto a un mero retraso de días en la gestión de la portabilidad, como ha sido el caso denunciado por Euskaltel.."*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Respecto a su caso señala que *“En el mismo, se hacía un trasvase de la práctica totalidad de los clientes de FTES en el País Vasco a Euskaltel a través de la herramienta de la portabilidad al mismo tiempo que se gestionaban las portabilidades habituales en el sector entre el resto de los agentes que, se realizaban sin ningún tipo de modificación, ni dilación, ni reducción de cupos”*.

Por tanto señala que si bien en el procedimiento iniciado contra TME quedó acreditada la mala fe de la denunciada, en su caso ha quedado probada la diligencia demostrada en la adaptación de las medidas necesarias para la resolución del problema técnico ocurrido y mientras en el caso de TME, todos los operadores actuantes entonces en el entorno de la portabilidad móvil denunciaron su actitud, en el procedimiento objeto de la presente Resolución únicamente apareció la denunciante como parte actora.

2) Sobre la ausencia de perjuicio causado a Euskaltel.

Señala que *“resulta poco verosímil”* creer el perjuicio supuestamente alegado cuando la práctica totalidad de los clientes en el País Vasco se portaron a Euskaltel y sobre todo cuando, muy al contrario, fueron los clientes de FTE los que se vieron impedidos puntualmente de realizar llamadas telefónicas.

Manifiesta que en cualquier caso, es absolutamente indiferente a quién pertenecían los clientes perjudicados ya que la existencia de perjuicio para uno sólo de ellos era suficiente para adoptar las medidas de contingencia que se tomaron, implementándose en consecuencia diversas soluciones para la efectiva resolución de cualquier incidencia existente.

Y concluye que ella misma era la primera interesada en que los clientes de FTE realizaran llamadas a cualquier número (portado o no) de cualquier operador.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Calificación del acto.

El artículo 107 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 cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

La recurrente califica expresamente su escrito con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 4 de febrero de 2008, como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que 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, calificar al escrito presentado como un



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007.

Segundo.- Competencia y plazo para resolver.

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado. El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, esto es, el 4 de febrero de 2008, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

Tercero.- Inadmisión del recurso interpuesto por ausencia de legitimación de la recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC establece el requisito de tener la condición de interesado para la interposición de un recurso potestativo de reposición. En relación con lo establecido en dicho artículo, el artículo 31 de la misma Ley establece que tendrán la condición de interesados en un procedimiento administrativo quienes puedan tener afectados en éste sus derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos.

A efectos de determinar si en la recurrente concurre el requisito de la legitimación es preciso tener en cuenta la naturaleza de la Resolución recurrida, constituida por un acto por el que se ponía fin a un periodo de información previa a un procedimiento sancionador.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica de las informaciones previas, esta Comisión ya ha manifestado en numerosas ocasiones² que en éstas, al no constituir un procedimiento administrativo *strictu sensu*, no pueden existir entidades que ostenten la condición de interesado por cuanto que dicha condición únicamente puede ser ostentada en un procedimiento administrativo.

Ahora bien, lo establecido en el párrafo anterior no puede llevar sin más a inadmitir el recurso interpuesto contra el acto impugnado ya que, tal y como ha establecido el Tribunal Supremo³, el acto por el que se acuerda el cierre de una información previa sin acordar el inicio de un procedimiento administrativo

² Por todas la Resolución aprobada por el Consejo de esta Comisión de fecha 10 de enero de 2008 por la que se resuelve el recurso potestativo de reposición interpuesto por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios contra el escrito del Secretario de la Comisión de fecha 24 de julio de 2007, por el que se archiva la denuncia presentada por aquélla por la subida de la cuota de establecimiento de llamada por parte de los operadores móviles (AJ 2007/990).

³ Auto del Tribunal Supremo de fecha 28 de septiembre de 1998.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

constituye un acto de trámite cualificado en los términos establecidos en el artículo 107.1 de la LRJPAC.

Sentado lo anterior habrá que analizar si Euskaltel se encuentra legitimada para recurrir la Resolución de 20 de diciembre de 2007 con la consiguiente solicitud de que se incoe un procedimiento sancionador contra FTE.

A efectos de determinar lo señalado en el párrafo anterior cabe señalar que tal y como se ha establecido jurisprudencialmente *“La clave para la determinación de si existe o no un interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución dictada en expediente abierto en virtud de denuncia de un particular por una hipotética responsabilidad, debe situarse en el dato de si la imposición de una sanción puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen, en esa esfera, y será así, en cada caso, y en función de lo pretendido, como puede darse la contestación adecuada”*⁴.

Así, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional (STC 143/1987 [RTC 1987,143] *“el interés legítimo a que se refiere el artículo 24.1 de la Constitución –y en el que debe de disolverse el concepto más restrictivo del art.28.1. a) de la Ley de esta Jurisdicción, del año 1956-, “equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta”*.

Teniendo en cuenta la línea judicial expuesta, no se puede admitir con carácter general que los denunciantes ostenten en el procedimiento administrativo sancionador el concepto de interesado, de modo que únicamente cuando la resolución del mismo pudiera afectar a los intereses legítimos o directos del denunciante, éste pasaría a ostentar tal condición.

En el ámbito concreto de las telecomunicaciones y ante un supuesto similar al del presente caso, los tribunales se vienen pronunciando en los términos expuestos anteriormente. A este respecto es de destacar lo dispuesto en la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 8ª de la Sala de lo contencioso-administrativo) de fecha 12 de febrero de 2004 en la que se manifiesta lo siguiente:

“...En el presente recurso contencioso-administrativo nos hallamos ante la impugnación de una resolución que acuerda el archivo de las denuncias formuladas por la actora y otra sociedad dirigidas contra otras empresas operadoras por supuesto incumplimiento de la obligación de facilitar el acceso a la línea 906. Por ello, debemos resolver si concurre el mencionado interés, en el sentido que, de prosperar la acción iniciada por la demandante, que pretende la apertura y tramitación del expediente sancionador, pueda obtener un beneficio a la desaparición del perjuicio. Pues bien, desde esta perspectiva, es evidente que no

⁴ Por todas la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 15 de julio de 2002.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*estamos ante un vínculo especial y concreto entre la demandante y el objeto del debate en este proceso, puesto que la recurrente no resulta directamente afectada en su actividad o intereses como consecuencia de estimarse la impugnación de la decisión de archivo y ello en la medida en que no es titular de un derecho subjetivo a obtener una sanción de las denunciadas. Tampoco cabe reconocerle un interés legítimo a que prospere su denuncia, conceptos que son los que configuran la legitimación. **Por ello no cabe apreciar que la demandante posea un real y actual interés en la medida que la impugnación, de prosperar, no hubiera supuesto un beneficio para la demandante. Dicho en otras palabras, la demandante no experimenta beneficio alguno ni evita un determinado perjuicio por la revocación de la resolución de archivo de la denuncia**⁵ y la continuación del expediente sancionador. Por tanto, una decisión estimatoria de la pretensión formulada de continuación de la tramitación del expediente, caso de tener éxito, no reportaría una ventaja o una utilidad trascendente para la recurrente, y desde esta óptica es evidente la falta de conexión entre su interés y el objeto de la impugnación, ya que la eventual anulación del acto no comporta un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro para la demandante...*⁶

En este mismo sentido el Tribunal Supremo⁷ se refiere a la relación unívoca entre el sujeto y el objeto con la que se define la legitimación comporta que el acto que en definitiva se dicte:

*“produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto (RJ 1454/1990), y presupone por tanto que la **resolución administrativa pueda repercutir directa o indirectamente pero de modo efectivo y acreditado**⁸, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona...”*

Teniendo en cuenta lo expuesto cabe recordar que el motivo que la recurrente aduce para que se inicie un procedimiento sancionador contra la denunciada es que la imposición de la sanción pertinente a aquella le permitiría recuperar su imagen ante sus clientes, imagen que se vio dañada como consecuencia de la actitud de FTE.

Respecto a la argumentación de la recurrente procede señalar que los supuestos efectos que tendría la imposición de una sanción a FTE en Euskaltel constituyen meras hipótesis ya que, cuando se ejerce la potestad sancionadora con el inicio del procedimiento y la imposición de una sanción a un operador por el incumplimiento de sus obligaciones en su rol de operador donante en el ámbito de la portabilidad móvil, este Organismo al dictar la correspondiente Resolución sancionadora no repara a la denunciante ningún perjuicio causado

⁵ El subrayado es nuestro.

⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de febrero de 2004.

⁷ Sentencia de fecha 29 de septiembre de 1997 (RJ 1997/7319).

⁸ El subrayado es nuestro.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por el mencionado incumplimiento, sino que tan sólo se limita a imponer al infractor una sanción por tal comportamiento.

De manera que, la imposición de una sanción a FTE en nada asegura que se vaya a efectuar una mejora de la imagen de Euskaltel ni mucho menos que se vayan a eliminar los perjuicios que supuestamente le fueron causados por no existir nexo directo entre ambas circunstancias. En el caso de que efectivamente se hubiera iniciado un procedimiento sancionador contra FTE y se hubiera acreditado la efectiva comisión de la infracción, se habría terminado por imponer una sanción pecuniaria a la denunciada y en su caso, se le podría haber inhabilitado temporalmente para el ejercicio de sus actividades. Pero en modo alguno, la Resolución por la que se le hubiera impuesto la sanción habría realizado mención alguna a la denunciante.

Esto es, la posible reparación de la imagen de Euskaltel como consecuencia de la sanción impuesta a FTE constituiría una mera hipótesis, algo que podría suceder o no, pero no existe una relación de causa efecto entre dichas circunstancias.

En consecuencia, en el presente supuesto no concurren los requisitos establecidos por la jurisprudencia para considerar que la recurrente está legitimada para impugnar la decisión de esta Comisión consistente en no iniciar un procedimiento sancionador contra FTE por no haber acreditado de manera real y efectiva que la sanción que se le hubiera podido imponer a FTE repercutiría en sus intereses procediendo, en consecuencia, inadmitir el recurso interpuesto.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Inadmitir el recurso potestativo de reposición interpuesto por Euskaltel, S.A. contra la decisión de no proceder a la apertura de un procedimiento sancionador contenida en la Resolución de esta Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007.

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 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera