



## 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 27/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 17 de julio de 2008, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN RELATIVA AL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR EUSKALTEL, S.A. CONTRA LA RESOLUCION DE FECHA 20 DE DICIEMBRE DE 2007 POR LA QUE SE ACUERDA EL CIERRE DE LAS INFORMACIONES PREVIAS ABIERTAS CONTRA EUSKALTEL, S.A. Y FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES DE 26 DE OCTUBRE DE 2006, 9 DE NOVIEMBRE DE 2006 Y 18 DE ENERO DE 2007.**

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Euskaltel, S.A. contra la Resolución de fecha 20 de diciembre de 2007 por la que se acuerda el cierre de las informaciones previas abiertas contra Euskaltel, S.A. y France Telecom España, S.A. por el presunto incumplimiento de las Resoluciones de 26 de octubre de 2006, de 9 de noviembre de 2006 y 18 de enero de 2007 (RO 2006/1468), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 27/08 del día de la fecha, la siguiente Resolución (AJ 2008/122):

### HECHOS

**PRIMERO.-** Con fecha 20 de diciembre de 2007 el Consejo de esta Comisión aprobó una Resolución por la que acordó el cierre de las informaciones previas abiertas contra Euskaltel, S.A. y France Telecom España, S.A. por el presunto incumplimiento de las Resoluciones de 26 de octubre de 2006, 9 de noviembre de 2006 y 18 de enero de 2007.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**SEGUNDO.-** Con fecha 4 de febrero de 2008 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de la entidad Euskaltel, S.A. (en adelante, Euskaltel) por el que interpone recurso de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

Como alegación previa realiza una extensa argumentación sobre su condición de interesado para interponer el citado recurso. Señala que su inclusión dentro del concepto de interesado se hace evidente por cuanto la Resolución que pudiera dictarse en el procedimiento sancionador incoado contra France Telecom España, S.A.U. (en adelante, FTE) implicaría reconocer su ausencia de responsabilidad en los perjuicios causados a sus clientes, sancionando *“a quien ha contravenido las resoluciones que trataban de impedir los referidos perjuicios”* y que no iniciar el correspondiente procedimiento sancionador supone el reconocimiento de que la actuación de FTE fue realizada en cumplimiento de las Resoluciones dictadas por esta Comisión.

Asimismo manifiesta que la Resolución recurrida parece dejar al arbitrio de FTE el cumplimiento en mayor o menor medida de las Resoluciones dictadas en el conflicto cuyo incumplimiento se encuentra tipificado como infracción. Señala que parece que baste con alegar dificultades en su cumplimiento para que esta Comisión renuncie a su exigencia y que lo que supone un daño causado a Euskaltel con la consiguiente pérdida de clientes ha de ser considerado como un beneficio para el infractor implicando, el archivo del expediente, aceptar como legítima la obtención de este beneficio.

De acuerdo con lo anterior señala que resulta clara la legitimación de Euskaltel para interponer el recurso por cuanto que el efecto que se produciría sobre su esfera jurídica cumple con lo establecido de forma reiterada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los requisitos exigibles para tener dicha legitimación, esto es, porque su *“situación jurídica experimenta una clara ventaja por el hecho de que se sancione a su competidor”*.

Sentado lo anterior, el fundamento que alega para interponer el recurso que ha dado lugar a la presente Resolución es la ausencia de la debida motivación de la Resolución impugnada con la consiguiente indefensión que dicha ausencia de motivación le ha producido. Ausencia que se ha producido en los siguientes aspectos:

- 1) Facturación doble de clientes que han optado por FTE.

Señala que si bien esta Comisión manifestó que no parecía haber indicios de incumplimiento por parte de Euskaltel de la Resolución de 9 de noviembre de 2006, lo que era evidente era que existían claros indicios de que dicha actuación debía considerarse un incumplimiento por parte de FTE, incumplimiento que fue calificado como falta de cooperación respecto de lo que



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

manifiesta que *“Considerar este flagrante incumplimiento de falta de cooperación cuando no se da ninguna opción a la otra parte, Euskaltel, a colaborar en evitar estas consecuencias resulta totalmente contrario a la obligación de la Comisión en la emisión de resoluciones de justificar mínimamente sus decisiones”*.

### 2) Imposibilidad de realizar recargas.

Señala que parece que esta Comisión ha justificado el incumplimiento de FTE en su supuesto derecho a inhabilitar el acceso a las herramientas que, de acuerdo con el AMC, eran necesarias para el cumplimiento correcto de la prestación del servicio telefónico móvil. Sin embargo alega que el AMC no habilita a FTE en ningún caso para dejar de garantizar el acceso a dichas herramientas en claro perjuicio de los usuarios.

Considera que los argumentos utilizados por esta Comisión para justificar la decisión de no iniciar procedimiento sancionador consistentes en la continua alegación de FTE de las dificultades en el cumplimiento de las resoluciones carecen del requisito de una adecuada motivación.

Por último señala que *“Por otro lado no justifica en ningún caso porque han de entenderse cumplidas las Resoluciones de 26 de octubre y 9 de noviembre respectivamente cuando se incumplen tal como señala la Comisión en parte”* y concluye que esta Comisión debería justificar porque considera que el cumplimiento parcial de sus resoluciones equivale a su completo cumplimiento.

### 3) Imposibilidad de acceso a la herramienta de gestión y control de operaciones de portabilidad.

Señala que esta Comisión *“Por una parte “justifica” el incumplimiento de FTE en la rescisión del Acuerdo y por otra en el siguiente párrafo señala la obligación de FTE de comunicar a Euskaltel los clientes que debía de gestionar para concluir que no existen indicios de infracción”*, manifestación que considera que le ha generado indefensión por cuanto no le permite conocer los argumentos que han llevado a esta Comisión a esta conclusión considerando que si existe alguna razón para que esta Comisión entienda justificado el incumplimiento, debería precisarla para poder tener la posibilidad de refutarla.

### 4) Imposibilidad de acceso a la funcionalidad de consulta de tarifa prepago vigente a través del número 232.

Señala que a pesar de que esta Comisión considera clara la obligación de FTE de facilitar dicho acceso, vuelve a concluir que no existen indicios de incumplimiento careciendo esta conclusión de cualquier justificación al margen de la supuesta dificultad en el restablecimiento de unos servicios que nuevamente y sin justificación considera esta Comisión que FTE tenía derecho a dejar de suministrar.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 5) No suspensión o interrupción temporal del servicio por impagos a Euskaltel.

Señala que “*resulta claro*” que esta Comisión considera la existencia de un incumplimiento pero parece que dicho incumplimiento para ser sancionable debe producir un perjuicio que en el momento en el que fue denunciado era imposible de evaluar. En consecuencia, las circunstancias que sin justificar aprecia esta Comisión como inexistentes y de falta de perjuicio económico deberían ser tenidas en cuenta, no en las actuaciones previas sino en el marco de un procedimiento sancionador como criterios a utilizar para la graduación de la sanción, intencionalidad y naturaleza de los perjuicios causados.

En virtud de lo expuesto solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución de 20 de diciembre de 2007 en lo que respecta a la decisión de no iniciar procedimiento sancionador contra FTE y dicte resolución acordando el inicio del citado procedimiento contra esta última por el incumplimiento de las Resoluciones mencionadas anteriormente.

**TERCERO.-** En relación con el recurso de reposición al que se refiere el antecedente anterior, FTE presenta alegaciones con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 5 de marzo de 2008, en el que invoca la “*ausencia absoluta de justificación del recurso interpuesto*” fundamentándolo en lo siguiente:

En primer lugar señala que sorprende la inexistencia de motivo legal alguno que fundamente dicho recurso al haber centrado su escrito en acreditar su condición de parte legitimada en la interposición del mismo sin aportar argumento alguno que rebata la decisión adoptada por esta Comisión, realizando únicamente un resumen subjetivo y parcial de su posición ya mostrada en el expediente de origen y desestimada por completo, sin justificar en modo alguno qué preceptos fueron vulnerados en la Resolución impugnada viciándola de nulidad.

En virtud de lo anterior señala que el escrito presentado por Euskaltel no constituye un recurso de reposición sino un escrito de interposición de un conflicto contra FTE por hechos anteriormente denunciados y ya juzgados y que el perjuicio que supuestamente ha sido causado a la imagen de la recurrente en ningún momento ha sido denunciado por las vías que legalmente procederían y que tampoco fueron objeto del procedimiento que finalizó en la Resolución recurrida.

Por último, sobre los incumplimientos que le son imputados manifiesta lo siguiente:

- 1) Sobre la imposibilidad de realizar recargas.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Señala que ha quedado demostrado que, o bien eran falsas las acusaciones realizadas por Euskaltel o bien FTE se atuvo en todo momento a lo dispuesto en el AMC, por lo que, reiterar de nuevo dicho aspecto únicamente podía ser debido a la inexistencia de argumentos en los que basar el recurso interpuesto.

- 2) Sobre la imposibilidad de acceso a la herramienta de gestión y control de operaciones de portabilidad.

Señala que ha quedado demostrado como FTE actuó siempre conforme a Derecho hasta el punto de no estar Euskaltel capacitada para tramitar nuevas altas sobre la red de FTE.

- 3) Sobre la imposibilidad de acceso al número 232.

Alega que ha quedado demostrado que el motivo por el que el usuario que llamaba al número referenciado en el epígrafe no recibía información tarifaria era precisamente por la negativa de Euskaltel de suministrar dicha información sobre el tipo de tarifas utilizadas por cada cliente.

- 4) Sobre la suspensión o interrupción temporal del servicio por impagos a Euskaltel.

Manifiesta que la recurrente, en lugar de aprovechar el recurso de reposición para justificar ese supuesto perjuicio, una vez más demuestra que no tiene ni un solo argumento justificativo y que nos encontramos ante un nuevo escrito de interposición de un conflicto.

A los anteriores hechos les son de aplicación los siguientes

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **Primero.- Calificación del acto.**

El artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, 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 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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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 requiere la condición de interesado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. En relación con lo establecido en dicho artículo, el artículo 31 de la misma Ley establece que tendrá la condición de interesado en un procedimiento aquel cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan verse afectados en el procedimiento en cuestión.

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 el que se analizaban las denuncias presentadas respectivamente por Euskaltel y FTE contra cada una de ellas.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica de las informaciones previas, esta Comisión ya ha manifestado en numerosas ocasiones<sup>1</sup> 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

<sup>1</sup> 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 aquella por la subida de la cuota de establecimiento de llamada por parte de los operadores móviles (AJ 2007/990).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

establecido el Tribunal Supremo<sup>2</sup>, el acto por el que se acuerda el cierre de una información previa sin acordar el inicio de un procedimiento administrativo 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 y para solicitar en consecuencia, que se declare la nulidad parcial de dicha Resolución en lo que respecta al acuerdo de no iniciación de 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”*<sup>3</sup>.

Así, tal y como ha manifestado 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*

<sup>2</sup> Auto de fecha 28 de septiembre de 1998.

<sup>3</sup> 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

*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 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<sup>4</sup> 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...**<sup>5</sup>*

En este mismo sentido el Tribunal Supremo<sup>6</sup> 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**<sup>7</sup>, 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 apertura de aquel implicaría reconocer la ausencia de responsabilidad de Euskaltel en los perjuicios sufridos por sus clientes. Esto es, alega que a *sensu contrario*, no sancionar a FTE implica reconocer que la actuación de esta última respetaba en todo momento el cumplimiento de las Resoluciones de esta Comisión y concluye señalando que, la apertura de un procedimiento

---

<sup>4</sup> El subrayado es nuestro.

<sup>5</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de febrero de 2004.

<sup>6</sup> Sentencia de fecha 29 de septiembre de 1997 (RJ 1997/7319).

<sup>7</sup> El subrayado es nuestro.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sancionador contra FTE le permitiría recuperar su imagen ante sus clientes, dañada como consecuencia de la actitud de FTE.

Respecto a la argumentación de la recurrente procede señalar que los supuestos efectos que tendría en Euskaltel la imposición de una sanción a FTE constituyen meras hipótesis ya que, cuando se ejerce la potestad sancionadora, este Organismo, al dictar la correspondiente Resolución, no repara a la denunciante ningún perjuicio causado por el mencionado incumplimiento, limitándose a imponer al infractor una sanción por tal comportamiento.

Esto es, la imposición de una sanción a FTE en nada asegura que se vayan a eliminar los perjuicios que supuestamente le fueron causados, por no existir nexo directo entre dichas 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 por ésta, 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 ningún caso la Resolución por la que se le hubiera impuesto la sanción habría realizado mención alguna a la denunciante.

De manera que, 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 en modo alguno existiría 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 esté 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 derechos o intereses legítimos procediendo, por tanto, 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 contra France Telecom España, S.A. contenida en la Resolución de esta Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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