



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 16 de enero de 2003, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA EL ACTO DE TRÁMITE DEL INSTRUCTOR DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR AJ 2002/7247 POR EL QUE SE DECLARA LA APERTURA DEL PERÍODO DE PRUEBA.

En relación con el recurso de alzada interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra el acto de trámite del Instructor del procedimiento sancionador AJ 2002/7247, por el que se acuerda la apertura del período de prueba, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 02/03 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 16 de enero de 2003, recaída en el expediente AJ 2002/ 7247.

HECHOS

PRIMERO.- Inicio del procedimiento sancionador. Con fecha 18 de julio de 2002 el Consejo de la CMT ha acordado iniciar expediente sancionador



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contra la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU), por el presunto incumplimiento de la Resolución de 24 de enero de 2002, sobre control de precios aplicados por TESAU a la operadora VIC TELEHOME, S.A., recaída en el expediente RO 2001/5734.

SEGUNDO.- Acuerdo de apertura de período de prueba. Con fecha 29 de noviembre de 2002, el Instructor del procedimiento sancionador de referencia ha acordado la apertura de un período de prueba. En el acuerdo de apertura de período de prueba, se prevén las siguientes pruebas:

“1ª TESTIFICAL:

Consistente en que se tome declaración a las siguientes personas:

- *Representante legal de la empresa PLASTIC CARDS SYSTEMS, S.L.*
- *Representante legal de la empresa ESCOITÓFONO, S.L.*
- *Representante legal de TESAU para las cuestiones de telefonía de uso público.*
- *Representante legal de AOTEP.*

La declaración versará sobre los hechos a que se refieren las páginas 49 a 53 de la Resolución de 18 de julio de 2002 correspondiente al expediente OM 2001/ 5789, a que alude TESAU en el apartado cuarto de su propuesta de prueba.

2ª DOCUMENTAL:

Consistente en que los Servicios de Inspección de Telecomunicaciones del Ministerio de Ciencia y Tecnología realicen labor de inspección acerca de las siguientes cuestiones:

1.º La publicidad a favor de Telefónica que se realice en los terminales de uso público de las empresas de telefonía de uso público asociadas a la AOTEP, o en los locales comerciales abiertos al público en los que esos terminales se encuentran instalados.

2.ª Las facturas que, por el concepto de la publicidad prestada, han emitido con cargo a TESAU las mencionadas empresas asociadas a la AOTEP; las facturas cuyo abono ha tenido que afrontarse por parte de tales empresas por razón del tráfico telefónico cursado con TESAU a través de los terminales de uso público; así como los justificantes de los ingresos bancarios correspondientes a tales facturas.”

El acuerdo de apertura de período de prueba termina señalando lo siguiente:
“Conforme con el artículo 81 de la LRJPAC se comunicará al interesado con



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

antelación suficiente, el inicio de las actuaciones necesarias para la práctica de las pruebas admitidas.”

Este acuerdo fue notificado a TESAU el día 2 de diciembre.

TERCERO.- Solicitud de inspección dirigida al Ministerio de Ciencia y Tecnología. Con fecha 29 de noviembre de 2002 el Instructor del procedimiento ha acordado solicitar la intervención de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Ciencia y Tecnología la práctica de una inspección relativa a las siguientes cuestiones:

“1.ª La publicidad a favor de Telefónica que se realice en los propios terminales de uso público de las empresas de telefonía de uso público asociadas a la AOTEP, o en los locales comerciales abiertos al público en los que esos terminales se encuentran instalados.

2.ª Asimismo, para el conocimiento de los hechos objeto de denuncia, se necesita conocer tanto las facturas que, por el concepto de la publicidad prestada, han emitido con cargo a TESAU las mencionadas empresas asociadas a la AOTEP, como las facturas cuyo abono ha tenido que afrontarse por parte de tales empresas por razón del tráfico telefónico cursado con TESAU a través de los terminales de uso público; así como los justificantes de los ingresos bancarios correspondientes a las mismas.”

Esta inspección, según consta en la solicitud dirigida al Ministerio de Ciencia y Tecnología, habría de desarrollarse en los siguientes términos:

“Cuestión 1.ª:

La inspección se realizará personándose en las direcciones que se relacionan en el Anexo I a este escrito (correspondientes a locales comerciales abiertos al público), al objeto de examinar el terminal de uso público que existe en los mismos y comprobar los siguientes aspectos:

- a) La empresa de telefonía de uso público que se identifica en el terminal o junto al terminal. Habrá de indicarse, asimismo, si, adicionalmente a la identificación de la empresa, se identifica a la AOTEP como asociación a que la empresa pertenece.*
- b) Si, ya en el propio terminal de uso público, ya en algún otro lugar del establecimiento abierto al público en que este terminal se encuentra (así, p.e., en la puerta o las cristaleras del establecimiento), figura publicidad de Telefónica (incluida la presencia de pegatinas alusivas al teléfono de uso público con los colores corporativos de Telefónica: verde y azul).*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Habrá de indicarse, si existiera la publicidad, en qué consiste la misma.

Cuestión 2. :

La inspección se realizará recabando de las empresas que se identifican en el Anexo II a este escrito copia de los siguientes documentos:

- a) Las facturas que cada una de estas empresas hayan emitido con cargo a Telefónica por el concepto de actividad publicitaria, o por cualquier otro concepto. Estas facturas serán las correspondientes al período que va desde febrero de 2002 hasta la fecha en que tenga lugar la inspección.*
- b) Las facturas que Telefónica haya emitido a cargo de estas empresas por el concepto del consumo telefónico efectuado desde los terminales de uso público de estas empresas. Estas facturas serán las correspondientes al período que va desde febrero de 2002 hasta la presente fecha.*
- c) Los justificantes bancarios de los ingresos realizados por estas empresas a favor de Telefónica en el período que va desde febrero de 2002 hasta la presente fecha.*
- d) La justificación bancaria de los abonos realizados por Telefónica a favor de las mencionadas empresas en el período que va desde febrero de 2002 hasta la presente fecha.”*

Con relación a los mencionados Anexos I y II, la solicitud de inspección señala:
“Asimismo, a los efectos de vista del expediente sancionador de referencia por parte del imputado, los Anexos al presente escrito se califican como confidenciales hasta tanto lugar la realización de la inspección.”

CUARTO.- Notificación a TESAU de la práctica de la prueba documental. Con fecha 3 de diciembre de 2002, se notificó a TESAU la solicitud de inspección dirigida al Ministerio, en los siguientes términos:

“Por lo que se refiere a la práctica de la prueba documental se pone en su conocimiento que el mismo día 29 de noviembre de 2002 se ha solicitado la intervención de los Servicios de Inspección de Telecomunicaciones del Ministerio de Ciencia Y Tecnología.

Para su conocimiento y a efectos de lo dispuesto en el artículo 81 (apartados 1 y 2) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se les da traslado de una copia del escrito dirigido a los Servicios de Inspección en fecha 29 de noviembre de 2002.”

QUINTO.- Notificación a TESAU de la práctica de prueba testifical. Con fecha 3 de diciembre de 2002 se notificó a TESAU fecha, hora y lugar para



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la práctica de la prueba testifical, advirtiéndole que podría asistir el representante legal de TESAU, acompañado de los técnicos que estime convenientes.

SEXTO.- Vista de TESAU del expediente. Con fecha 10 de diciembre de 2002, TESAU ha tomado vista del expediente, de la que quedaron excluidos los Anexos I y II del escrito de 29 de noviembre de 2002 por el que se solicita la intervención de los Servicios de Inspección de Telecomunicaciones.

SÉPTIMO.- Interposición del recurso de alzada. Con fecha 11 de diciembre de 2002 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU por el que interpone recurso de alzada contra el acto del Instructor del procedimiento por el que se procede a la apertura del período probatorio. El recurso se basa en dos motivos:

a) Vulneración del artículo 24 de la Constitución Española:

Con relación a este motivo, el recurrente manifiesta lo siguiente:

- Que *“Tanto la declaración de confidencialidad como la imposibilidad de tomar vista del expediente causan a mi representada indefensión al impedirnos participar en la prueba de cargo que se está practicando por parte de esta CMT”*.
- Que *“Existe vulneración del Art. 24 CE lo que relacionado con el Art. 62.1.a) de la Ley 30/92 hacen del acto que acuerda la apertura del período de probatorio que sea nulo de pleno derecho”*.

b) Vulneración de los artículos 35, 37 y 81 de la Ley 30/1992:

- Que los artículos 35 y 37 de la Ley 30/1992 *“reconocen el derecho de los ciudadanos a acceder a archivos y registros públicos y a documentos que formen parte de un expediente”* y que *“este derecho podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, intereses de tercero más digno de protección o cuando así lo disponga la Ley”*, añadiendo que *“ninguno de estos supuestos se da en el caso que nos ocupa”*. Asimismo, indica que *“el mismo artículo exige que la denegación del ejercicio de tal derecho se dicte por el órgano competente mediante resolución motivada”*, requisitos que –según el recurrente- no se han producido.
- Que *“el Art. 81 L. 30/92 establece que la Administración comunicará a los interesados, con antelación suficiente, el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas; en la notificación se consignará el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba, con la advertencia, en su caso, de que el interesado pueda nombrar técnicos para que le asistan”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Expuestos estos motivos el recurrente solicita lo siguiente:

“SUPLICO: tenga por presentado recurso de alzada contra el acto que declara la apertura del período probatorio y en su virtud tras los trámites legales pertinentes estime el mismo y acuerde la apertura del período probatorio con plena intervención de mi representada.

OTRO SÍ DIGO de conformidad con el Art. 111 L 30/92 solicitamos la suspensión del acto recurrido al existir motivos de nulidad de pleno derecho y porque si la prueba se realiza sin nuestra intervención causará un perjuicio irreparable cual es la indefensión causada.”

OCTAVO.- Nueva notificación a TESAU relativa a la práctica de la prueba documental. Con fecha 11 de diciembre de 2002 le fue notificado a TESAU escrito del Instructor del procedimiento en el que se expresa lo siguiente:

“Con fecha 10 de diciembre de 2002, TESAU ha tomado vista del expediente, de la que se han excluido los Anexos al escrito de 29 de noviembre, por el que se solicita la inspección, Anexos que han sido calificados como confidenciales.

No obstante lo anterior, se le significa que la declaración de confidencialidad está realizada –al objeto de no desvirtuar la inspección- a los solos efectos de vista del expediente por el interesado y hasta tanto tenga lugar dicha inspección, según consta en el escrito notificado el día 3 de diciembre, sin que esta declaración de confidencialidad excluya la posibilidad de que el interesado conozca -si así le interesa, por medio de su asistencia a la inspección- la ubicación de los correspondientes terminales en el mismo momento en que vaya a practicarse su inspección, tal y como se señaló en el mencionado escrito notificado el 3 de diciembre en referencia al artículo 81 de la LRJPAC.

Todo lo cual se señala sin perjuicio de la competencia del Ministerio de Ciencia y Tecnología para la realización de este trámite.”

NOVENO.- Práctica de la prueba testifical. El día 12 de diciembre de 2002 tuvo lugar la práctica de la prueba testifical con la asistencia del representante legal de TESAU, quien formuló preguntas a los declarantes.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Primero.- Calificación del escrito presentado por TESAU.

El recurrente califica expresamente su escrito de 11 de diciembre de 2002 como **recurso de alzada**, solicitando la anulación del acto de fecha 29 de noviembre de 2002 por el que el Instructor del procedimiento acuerda la apertura de un período de prueba.

Puesto que el acto impugnado es un acto de trámite dictado por el Instructor del procedimiento, con lo que, en consecuencia, no pone fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado por TESAU como recurso de alzada, a tenor de lo establecido en el artículo 114 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), que prevé que cuando los actos administrativos no pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en alzada ante el órgano superior jerárquico del que los dictó.

Segundo.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 114 de la LRJPAC, la competencia para resolver el presente recurso de alzada corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo superior jerárquico del que dictó el acto impugnado.

El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de tres meses contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 115.2 de la misma Ley. Si bien, a efectos de la suspensión solicitada, conforme a lo dispuesto en el artículo 111.3 de la LRJPAC, la ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado resolución expresa al respecto.

Tercero.- Inadmisión a trámite.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados recursos de alzada o potestativos de reposición –según proceda-, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El recurrente considera que el acto de trámite por el que se acuerda la apertura de un período de prueba le ha ocasionado indefensión, y que ello es debido a que la declaración de confidencialidad realizada respecto los Anexos I y II al escrito de 29 de noviembre, por el que se solicita la inspección al Ministerio de Ciencia y Tecnología, le impide participar en la prueba que se está realizando.

Al respecto ha de señalarse que en el acuerdo de apertura del período de prueba, de fecha 29 de noviembre de 2002, no se contiene la declaración de confidencialidad a que hace referencia el recurrente, y tampoco se establece ninguna medida que impida al interesado participar en la realización de la prueba. Por medio de dicho acto, se acuerda, meramente, la realización de una prueba testifical y la realización de una prueba documental que consistirá en solicitar informe de los Servicios de Inspección de Telecomunicaciones del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Dicho acuerdo de práctica de prueba se notifica debidamente al recurrente en fecha 2 de diciembre.

En definitiva, no concurre, en el acto de apertura del período de prueba, aspecto alguno por el que se pueda causar indefensión al interesado, por lo que no procede anular dicho acto.

Ahora bien, con relación a la prueba documental, en otro acuerdo de fecha 29 de noviembre de 2002, por el que se solicita el informe al Ministerio de Ciencia y Tecnología, se declara la confidencialidad de dos documentos anexos (uno, en el que consta la ubicación de los teléfonos de uso público que van a ser objeto de inspección por el Ministerio, y otro, en el que constan las entidades de las que se van a recabar facturas y justificantes bancarios).

Pues bien, esta declaración de confidencialidad se realiza, exclusivamente, *“a los efectos de vista del expediente sancionador de referencia por parte del imputado”*, para que, con ocasión de la vista del expediente por parte del interesado, no puedan conocerse esas ubicaciones y empresas con anterioridad a la realización de la inspección, con riesgo, así, de que pudiera desvirtuarse la prueba a practicar.

Nada se acuerda, entonces, sobre la imposibilidad del interesado de participar en la prueba que se está realizando. Antes bien, en fecha 3 de diciembre de 2002, se notificó a TESAU la solicitud de inspección dirigida al Ministerio. Se comunicaba, así, el hecho de que el Ministerio iba a realizar esta prueba, lo que se ponía en conocimiento del interesado *“a efectos de lo dispuesto en el artículo 81*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(apartados 1 y 2) de la Ley 30/1992 –precepto relativo a la comunicación a los interesados del inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas, al objeto de que puedan asistir a las mismas-“. En esta línea, el 11 de diciembre se reitera a TESAU que la declaración de confidencialidad no excluye “la posibilidad de que el interesado conozca -si así le interesa, por medio de su asistencia a la inspección- la ubicación de los correspondientes terminales en el mismo momento en que vaya a practicarse su inspección”.

Ha de concluirse, por tanto, que- a diferencia de lo que alega el recurrente- no se ha realizado ningún acto por el que se impida al interesado participar en la prueba.

Es de destacar, además, que el acceso al expediente administrativo, y la obtención de copia de los documentos que obran en el mismo, es independiente de la participación o no por el interesado en la prueba acordada, y que, en este sentido, bien podría tomarse vista de los Anexos confidenciales y luego no asistir a la práctica de la prueba, al igual que puede participarse en la prueba sin necesidad de tomar vista previa de los citados Anexos.

Tras el acuerdo de práctica de la prueba, con fecha 10 de diciembre TESAU manifestó su interés en tomar vista de la información contenida en los Anexos confidenciales. En esta línea, TESAU funda el recurso ahora interpuesto en esta imposibilidad de acceder a la información contenida en los Anexos, indicando que *“Tanto la declaración de confidencialidad como la imposibilidad de tomar vista completa del expediente causan a mi representada indefensión al impedirnos participar en la prueba de cargo que se está practicando por parte de esta CMT”.*

Ya se ha señalado al respecto que la declaración de confidencialidad en nada obsta a la participación del interesado en la práctica de la prueba, y que, además, dicha declaración resulta necesaria para asegurar la correcta comprobación de los hechos objeto del expediente, y ya se ha señalado, también que, respecto a la práctica de la prueba documental, se ha cursado al interesado notificación de la misma a los efectos de posibilitar su asistencia.

Queda desvirtuado, por tanto, el presupuesto a que se refiere el recurrente para fundamentar su alegación de indefensión, al no haberse impedido al interesado participar en la prueba, sino tan sólo tomar vista de los Anexos confidenciales, y ello hasta tanto tenga lugar la realización de la inspección.

Por ello, no puede hablarse de vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, y, por ende, no puede pretenderse la nulidad del acto administrativo impugnado sobre la base de que se han lesionado derechos y libertades



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

susceptibles de amparo constitucional (causa prevista en el artículo 62.1 a) de la LRJPAC, a la que se refiere el recurrente).

Resta por señalar, además, que para poder apreciar indefensión, sería necesario que la indefensión fuera efectiva, y concurriera materialmente, considerando, para ello, globalmente, las distintas actuaciones practicadas en el procedimiento. Esta doctrina ha llevado a la jurisprudencia a no apreciar la alegación de indefensión aun en casos en los que –a diferencia del supuesto objeto del presente recurso– no ha mediado notificación al interesado sobre la práctica de la prueba, siempre que en el procedimiento en cuestión el interesado tuviera la oportunidad de contradicción de los hechos objeto de imputación.

Así lo estima el Tribunal Supremo en la Sentencia de 4 de junio de 1996 [recurso núm. 347/1991], con relación a un procedimiento sancionador en el que se había practicado una actuación inspectora que no se notificó al interesado. El Tribunal Supremo, acogiendo los Fundamentos de Derecho de la Sentencia recurrida, valora que el interesado tuvo, en el seno del mencionado procedimiento, la oportunidad de contradicción respecto a las manifestaciones contenidas en el acta de inspección, por lo que desestima el recurso interpuesto contra la Sentencia de instancia, la cual confirmaba la sanción impuesta por la Administración:

“La actora, que no discute la norma aplicada ni la valoración de los árboles arrancados, fundamenta exclusivamente su pretensión de nulidad de la resolución recurrida en la presunción constitucional de inocencia, negando los hechos que se le imputan, así como validez al acta levantada en 26 de junio de 1989, por el Ingeniero Técnico Forestal señor F. J., Agente Forestal don Francisco R. Z., y Letrado don Antonio C. F., base de la resolución impugnada, por haberse llevado a cabo sin su intervención, lo que estima le produjo indefensión, ...

*(...) Frente a estas confusas y, como decimos, contradictorias manifestaciones la **prueba aportada en el expediente y ratificada contradictoriamente**, en este recurso, a instancias, precisamente de la actora manifiesta claramente la veracidad de los hechos sancionados, en cuanto a la extensión de la zona roturada y árboles arrancados, no desvirtuada por el dictamen antes citado del Perito Agrícola señor L. M...*

(...)

*...; basadas [las resoluciones administrativas recurridas] en una denuncia de unos hechos de apreciación directa e inmediata de los agentes forestales objeto de un juicio pericial, de los propios denunciantes completado por una posterior **inspección**, para la que **no fue citada la propietaria de la finca** como debió hacerse según lo dispuesto en el artículo 88.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo; no obstante lo cual no se puede inferir indefensión para la*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

apelante, que aportó un dictamen pericial al expediente que no desvirtúa la certeza de los hechos denunciados ratificados en sus propios términos por dicha acta, que por informe forense tampoco resulta desvirtuado por la valoración que procede hacer de ese dictamen, emitido en esta apelación, según las reglas de la sana crítica -artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- que en este caso obligan a mantener el criterio en que se sustenta las resoluciones de la Administración y el del Tribunal de Instancia;...”

En la misma línea se manifiesta el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la Sentencia de 28 de junio de 1999 [recurso núm. 3241/1998], con relación a un procedimiento sancionador en el que la declaración de los testigos se practicó sin conocimiento del interesado. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña valora la oportunidad de contradicción que el interesado tuvo en el procedimiento administrativo y aprecia la prueba practicada en el conjunto del procedimiento; sobre esta base, el Tribunal desestima el recurso interpuesto:

*“Según los actores la lesión, del derecho de defensa se habría concretado en la práctica de determinadas diligencias probatorias -fundamentalmente las declaraciones testificales- sin su asistencia, puesto que se llevaron a cabo por el instructor del expediente disciplinario antes de la formulación del pliego de cargos, y, aun alguna, con anterioridad al propio acuerdo de incoación de aquél.
(...)”*

*Mas no ha acaecido así en el presente supuesto. Y si bien es cierto que los testigos prestaron sus declaraciones ante el Instructor del expediente disciplinario, sin que a tales actos fueran citados los funcionarios expedientados; también lo es que, recogidas en lo esencial las manifestaciones de aquéllos en el correspondiente pliego de cargos, dióse a los expedientados la oportunidad de proponer en su descargo cuantas pruebas entendieran oportunas entre las cuales nuevas testificales, incluso la de los propios funcionarios policiales que ya habían prestado declaración con anterioridad en el expediente disciplinario.
(...)”*

Pues bien, desde esta plenitud de jurisdicción que, como «Juez ordinario de amparo» corresponde a esta Sala, y en atención a lo supra considerado, no cabe sino concluir que el acto sancionador que en este recurso se impugna no ha lesionado los derechos fundamentales que por los actores se invocan y se ajusta al ordenamiento jurídico al acoger como prueba de cargo bastante en que fundar la resolución sancionatoria toda la prueba practicada en el expediente disciplinario; antes y después de la formulación y notificación del pliego de cargos a los funcionarios expedientados, a instancia de parte o de oficio por el instructor, y que resulta valorada y apreciada en la resolución sancionadora conforme a las reglas de una sana crítica.”

De acuerdo con todo lo anterior, ha de rechazarse la alegación del recurrente relativa a la existencia de indefensión. El recurrente ha estado informado de las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

actuaciones que se han practicado por parte de esta Comisión en materia probatoria –tanto en lo que afecta a la prueba documental como en lo que afecta a la prueba testifical-, sin que se le haya impedido la participación en la práctica de dichas pruebas. Asimismo, el recurrente ha dispuesto, y dispone, en el seno del procedimiento, de las diferentes garantías que le reconocen las normas sobre el procedimiento administrativo, a efectos de articular su defensa.

Por ello, procede inadmitir el recurso interpuesto, ya que falta el requisito exigido en el artículo 107.1 para poder recurrir el acto impugnado (*acto de trámite que produce indefensión*).

Cuarto.- Sobre la solicitud de suspensión.

El recurrente solicita la suspensión del acto impugnado, al amparo de lo establecido en el artículo 111 de la LRJPAC.

El artículo 111.1 de la LRJPAC prevé que, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, la interposición de un recurso no suspende la ejecución del acto impugnado. No obstante, el órgano competente para resolver el recurso, ponderando los distintos intereses que se vean afectados, puede suspender de oficio o a solicitud del recurrente la ejecución del acto impugnado cuando concurren las circunstancias a que se refiere el apartado 2 de este artículo 111 de la LRJPAC.

Por su parte, el apartado 3 establece que la ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado resolución expresa al respecto.

Por tanto, la suspensión del acto impugnado es una medida de finalidad cautelar que se adopta hasta tanto no sea resuelto el recurso interpuesto (con efectos, por consiguiente, durante el tiempo en que se tramita el recurso), entendiéndose producida, si no se resuelve sobre la misma en un plazo de treinta días.

Toda vez que el recurso presentado por TESAU se inadmite y que dicha inadmisibilidad se resuelve antes de que transcurra el plazo de treinta días previsto en el artículo 111 de la LRJPAC, no procede pronunciarse sobre la solicitud de suspensión.

Quinto.- Sobre las cuestiones planteadas en el escrito de interposición.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente (sobre la inadmisión del recurso presentado), con relación a los argumentos aducidos por TESAU en el escrito de 11 de noviembre de 2002, relativos a la vulneración de los artículos 35, 37 y 81 de la LRJPAC, se estima conveniente manifestar lo siguiente:

a) *Sobre la alegación del recurrente relativa a la vulneración de los artículos 35 y 37 de la LRJPAC:*

Las determinaciones contenidas en el artículo 37 de la LRJPAC –que el recurrente cita como precepto infringido- no resultan de aplicación al objeto del presente recurso. Este artículo 37 regula el derecho de todo ciudadano a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, ***“siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud”***.

Estando el presente procedimiento en tramitación, no resulta de aplicación el artículo 37 de la LRJPAC (ni tampoco lo dispuesto en el correlativo artículo 35 h) de la propia Ley, donde se enuncia este derecho de acceso a los archivos y registros administrativos). Dicho esto, carecen de relevancia las alegaciones del recurrente sobre la no concurrencia de razones de interés público o de intereses de terceros más dignos de protección, que son previsiones que se contienen en ese artículo 37, como excepciones al ejercicio de ese derecho de acceso.

Ahora bien, el artículo 35 a) de la LRJPAC recoge un derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que se tenga la condición de interesado y a obtener copias de los documentos contenidos en ellos.

La declaración de confidencialidad realizada por el Instructor excluye la posibilidad de TESAU de obtener copia de ciertos documentos (los Anexos I y II al escrito de 29 de noviembre de 2002 por el que se solicita la intervención de los Servicios de Inspección del Ministerio). Dicha declaración de confidencialidad no es absoluta, sino que operará hasta que tenga lugar la inspección.

Esta medida se encuentra motivada por la necesidad de asegurar que la prueba se realiza sin que pueda tener lugar una manipulación previa del lugar objeto de inspección o de las empresas destinatarias del requerimiento de documentación, y es una medida que tiene apoyo en lo dispuesto en el artículo 78.1 de la LRJPAC, conforme al cual, en instrucción del procedimiento, se pueden realizar los ***actos que resulten necesarios para la comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución***.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Realizada la prueba, podrá tener lugar el acceso de parte del interesado a los documentos clasificados, y podrá obtenerse copia de los mismos.

No concurre, por tanto, vulneración del artículo 35 a) de la LRJPAC.

b) Sobre la alegación relativa a la vulneración del artículo 81 de la LRJPAC:

En cuanto al artículo 81 de la LRJPAC, en sus apartados 1 y 2 este artículo establece que la Administración comunicará a los interesados con antelación suficiente el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas, y que en la notificación se consignará lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba, con la advertencia, en su caso, de que el interesado puede nombrar técnicos que le asistan. El apartado 3 de este precepto se refiere al supuesto en que los gastos que implique la realización de las pruebas no deban soportarse por la Administración.

Se recoge, así, en este artículo, como ha puesto de relieve la doctrina, el derecho del interesado a intervenir en aquellas pruebas que, a diferencia de la prueba documental, requieren de un acto específico de realización, como puede ser la prueba testifical, la inspección ocular del instructor, o también determinadas pericias (en concreto, cuando la prueba pericial se sustente en una labor de examen a realizar en un acto específico: como el reconocimiento de lugares, de objetos, de personas..., tal y como prevé el artículo 345 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *“sin con ello [con la asistencia del interesado] no se impide o estorba la labor del perito y se puede garantizar el acierto e imparcialidad del dictamen”*).

Pues bien, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 81 de la LRJPAC, en fecha 2 de diciembre de 2002, se notificó a TESAU el acuerdo de apertura del período de prueba, de fecha 29 de diciembre, en el que constan cuáles son las pruebas a practicar.

Con relación a la prueba testifical, el día 3 de diciembre se notificó a TESAU, fecha, hora y lugar para la práctica de esta prueba. Con relación a la prueba documental, el mismo día 3 de diciembre se notificó a TESAU la solicitud de inspección dirigida al Ministerio.

Este último acto de notificación (el correspondiente a la prueba documental) no contenía comunicación de la fecha, hora y lugar para la práctica de la prueba, con indicación de que el interesado puede nombrar técnicos que le asistan.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ello es debido a que la prueba a practicar no va ser realizada materialmente por el Instructor del procedimiento, por corresponder la competencia para su realización al Ministerio de Ciencia y Tecnología, que es el órgano administrativo al que corresponde llevar a cabo (conforme al Real Decreto 557/2000, de 27 de abril, de reestructuración de Departamentos ministeriales) la inspección de las redes de telecomunicaciones y de los servicios de telecomunicaciones, así como de las condiciones de prestación de éstos, y también la inspección de los equipos, aparatos, instalaciones y sistemas civiles.

Conviene destacar, a este respecto, la naturaleza que tiene la prueba acordada. Se trata de una prueba de carácter documental, que se concreta en un informe que emite el Ministerio de Ciencia y Tecnología, como acto de trámite que tiene lugar en el seno de un procedimiento que tramita la CMT.

El artículo 76 de la LRJPAC (que lleva por rúbrica "*Funciones inspectoras y sancionadoras*"), establece que corresponde al Ministerio realizar las funciones inspectoras, y especifica, además, que, en materias de la competencia de la CMT, el Ministerio realizará las actividades de inspección que sean requeridas. Conforme a lo previsto en el apartado 2 de este artículo, se trata de una actuación que asumen los funcionarios del Ministerio con condición de autoridad pública.

Se contempla, por tanto, un acto de trámite de los recogidos en el artículo 82 de la LRJPAC (relativo a la petición de informes), así como en el artículo 17.4 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (que trata sobre la prueba que consiste en la emisión de un informe por parte de un órgano administrativo o entidad pública).

En principio, para la emisión de estos informes no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 81 de la LRJPAC. Ahora bien, en el presente caso, al sustentarse el informe que emite el Ministerio de Ciencia y Tecnología en una labor de inspección que realiza dicho Ministerio, puede considerarse legítimo, si con ello no se estorba la labor de inspección, el interés del imputado en asistir a la práctica de la inspección, en la medida en que ésta requiera de un acto específico para su realización (como es el caso de la inspección de los terminales de uso público -que exige personarse en un determinado lugar-).

A tal efecto, el 3 de diciembre se notificó a TESAU la solicitud de inspección dirigida al Ministerio.

Lo que no puede pretender el recurrente es que esa notificación contenga la comunicación de las circunstancias que se prevén en el apartado 2 del artículo 81 de la LRJPAC, porque la competencia para la realización de la inspección –y, por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ende, para la organización de la misma-, corresponde a los Servicios de Inspección del Ministerio de Ciencia y Tecnología. Será el Ministerio de Ciencia y Tecnología quien organice las actuaciones de inspección que se irán llevando a cabo para comprobar los terminales objeto de inspección, tal y como ha venido realizando hasta la fecha el Ministerio en todas las inspecciones que se le han solicitado de parte de esta Comisión.

En este sentido, la concreción de las fechas y horas en las que se realizarán las actuaciones de inspección, será una cuestión de la competencia del Ministerio, sin que puedan determinarse por esta Comisión, como pretende el recurrente. Por lo que se refiere al lugar, al objeto de no desvirtuar la prueba –conforme a lo dicho anteriormente-, el imputado no puede tener ninguna información previa sobre la ubicación de los terminales objeto de inspección, por lo que tampoco procede que esta información se le concrete por anticipado.

Finalmente, no puede desconocerse que, a los efectos de organización del trámite de inspección, pudiera haber algún aspecto relativo a la buena práctica de la misma que sea apreciado por el órgano competente y que afecte a la asistencia del interesado a la inspección. Así podría suceder, por ejemplo, respecto a la asistencia por parte del interesado a todas y cada una de las actuaciones de inspección de los terminales, o respecto a la asistencia de un número máximo de técnicos que acompañen al representante legal del interesado, o respecto a otras cuestiones que, a juicio del Ministerio, afecten a la buena práctica de la inspección. Lógicamente, la apreciación de estas cuestiones (y –en su caso- el establecimiento de la correspondiente medida que resultare necesaria) queda al Ministerio de Ciencia y Tecnología, como órgano competente para la realización de las actuaciones de inspección, sin que la CMT puede disponer sobre la determinación de las mismas.

En este contexto, la notificación al interesado sobre la práctica de la prueba da cumplimiento a lo previsto en el artículo 81 de la LRJPAC, si bien no contiene la comunicación de las circunstancias a que se alude en el apartado 2 de este artículo, por corresponder su concreción a otra Administración diferente, que es – conviene destacarlo- la que tiene la competencia en la materia. Ahora bien, la notificación realizada por la CMT sí posibilita al interesado el ejercicio de sus derechos, y, en particular, la asistencia a la inspección, si con ello no se perturba la realización de la misma.

En concreto, desde el día 2 de diciembre –fecha de notificación del acuerdo de apertura del período de prueba- TESAU sabe que iba a tener lugar la práctica de la prueba y que ésta iba a ser realizada por el Ministerio de Ciencia y Tecnología. Además, en dicho acuerdo ya se señaló al ahora recurrente, que, de acuerdo con



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

lo previsto en el artículo 81 de la LRJPAC, se le comunicaría, con antelación suficiente, el inicio de las actuaciones necesarias para la práctica de las pruebas admitidas, lo que posibilitará al interesado, en su caso, ejercitar el derecho de asistencia que le concede el artículo 81 de la LRJPAC:

“Conforme con el artículo 81 de la LRJPAC se comunicará al interesado con antelación suficiente, el inicio de las actuaciones necesarias para la práctica de las pruebas admitidas.”

Por lo que se refiere específicamente a la prueba documental, desde el día 3 de diciembre –fecha de notificación a TESAU de la solicitud de inspección– el interesado sabe que se había producido la notificación al Ministerio de la solicitud de realización de la inspección, y lo sabe por una comunicación en la que, a los efectos que le interesan, se hace remisión expresa a lo dispuesto en el artículo 81 de la LRJPAC, que ahora cita como infringido. El día 11 de diciembre se insiste al interesado en el hecho de que la declaración de confidencialidad no afecta a su derecho a participar en la prueba, pudiendo asistir para ello a la inspección, si así le interesa, aunque -como implica la declaración de confidencialidad- sin conocer por anticipado la ubicación de los terminales objeto de la misma, lo que se le señala sin perjuicio de la competencia que tiene el Ministerio para la organización de este trámite.

No puede considerarse, por tanto, que concurra infracción del artículo 81 de la LRJPAC, del que se da cumplimiento en aquello que resultaba aplicable a un supuesto, como el presente, en el que la prueba va a ser realizada por otra Administración, por ser ésta la competente para la actuación en cuestión.

No se aprecia tampoco que las actuaciones realizadas puedan ocasionar indefensión al recurrente, tal y como se ha señalado en el Fundamento de Derecho anterior de esta Resolución; especialmente, si, con relación a este punto, se tiene en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual no cabe apreciar indefensión si ésta es imputable al propio interesado, quien, tras conocer los medios para articular su defensa, adopta una *actitud pasiva* para obtener una ventaja de la marginación procesal en que se encuentra, o no realiza la actuación que, conforme a la diligencia exigible, habría de aplicar para articular su defensa. Así se puso de relieve en la Sentencia 123/1989, de 6 de julio, en la que el Tribunal Constitucional declaró que *“toda resolución dictada inaudita parte implica necesariamente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por causar indefensión, pues la indefensión que proscribe el artículo 24.1 de la Constitución es la material, esto es, la que se traduce en una real privación o limitación del derecho de defensa como directa consecuencia de una acción u omisión del Organo judicial, pero no aquella que es imputable al propio interesado que no actuó con la diligencia exigible para comparecer en el proceso tras conocer por otros medios distintos*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del emplazamiento la existencia del proceso, o que, pese a tal conocimiento, adoptó una actitud pasiva con el fin de obtener una ventaja de la marginación procesal en que se encontraba”.

c) Sobre la alegación relativa a la existencia de una causa de nulidad de pleno derecho de acuerdo con lo previsto en las letras a), b) y e) de la LRJPAC:

Con relación a las infracciones de los artículos 35, 37 y 81 de la LRJPAC, alegadas en el recurso, TESAU invoca la concurrencia de causas de nulidad de pleno derecho del acto impugnado de conformidad con lo establecido en el artículo 62.1 de la LRJPAC, letras a), b) y e).

Ya se ha señalado anteriormente que no concurre infracción de los artículos 35, 37 y 81 de la LRJPAC, alegados por el recurrente. Asimismo, ya se ha señalado que no concurre indefensión, por lo que no puede plantearse causa de nulidad de pleno de derecho al amparo de la letra a) del artículo 62.1 de la LRJPAC, que se refiere a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

En cuanto a lo dispuesto en la letra b) del artículo 62.1 de la LRJPAC, ha de ponerse de relieve que lo señalado en este artículo no se corresponde con las infracciones alegadas por el recurrente (artículos 35, 37 y 81 de la propia Ley). La letra b) del artículo 62.1 prevé la nulidad de pleno derecho de los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. Nada alega el recurrente que aclare en qué consistiría esa falta de competencia, y, en particular, cuál sería el órgano competente para adoptar el acto impugnado.

Es de destacar que la incompetencia que contempla este precepto, como causa de nulidad de pleno derecho, es una incompetencia por razón de la materia o del territorio, que además ha de ser manifiesta. Respecto a la incompetencia por razón del territorio, es claro que la misma no concurre; respecto a la falta de competencia material, ha de señalarse que la competencia de la CMT para la tramitación del presente procedimiento viene determinada por el artículo 84.1 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y, en sentido coincidente, por el artículo 1.dos.2 l) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de Telecomunicaciones, al tratarse de un procedimiento seguido por el presunto incumplimiento de una de las resoluciones adoptadas por esta Comisión.

En cuanto a la incompetencia de tipo jerárquico, no está contemplada como causa de nulidad de pleno derecho en el artículo 62 de la LRJPAC, siendo un vicio susceptible de convalidación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.3



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la LRJPAC. Ahora bien, dicha incompetencia de tipo jerárquico tampoco concurre en el acto impugnado, toda vez que el acto impugnado fue adoptado por el Instructor del procedimiento, que fue nombrado por Resolución de este Consejo de fecha 10 de octubre de 2002, Resolución que fue notificada al ahora recurrente el 18 de octubre de 2002, según consta en el expediente. Este nombramiento de instructor del procedimiento se efectuó en el marco de lo dispuesto en el artículo 134.2 de la LRJPAC, que, con relación a los procedimientos sancionadores, prevé la separación entre la fase instructora y la sancionadora, que habrán de encomendarse a órganos distintos.

Finalmente, en cuanto a lo dispuesto en la letra e) del artículo 62.1 de la LRJPAC, este precepto prevé la nulidad de pleno derecho de los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. Tampoco aclara el recurrente, con relación al acto impugnado, en qué consistiría esta infracción.

Pues bien, al respecto es claro que lo dispuesto con relación a la formación de la voluntad de los órganos colegiados no resulta de aplicación con relación al acto impugnado, que no se adopta por órgano colegiado. En cuanto a la previsión relativa al procedimiento legalmente establecido, lo que el precepto contempla es que, para adoptar el acto impugnado, se haya prescindido **“total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”**, con lo que difícilmente puede alegarse esta causa con relación a la impugnación de un acto de trámite del procedimiento –como hace el recurrente-. En cualquier caso, el acto de trámite impugnado, se ha dictado –como se ha señalado en el apartado anterior- respetando las normas que le son de aplicación.

Se rechazan, por tanto, las alegaciones efectuadas por el recurrente.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Único.- Inadmitir el recurso interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra el acto de trámite del Instructor del expediente sancionador AJ 2002/7247, por el que acuerda la apertura de un período de prueba.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, que resuelve un recurso de alzada, no puede interponerse, de conformidad con lo establecido en el artículo 115.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ningún otro recurso administrativo, salvo el recurso extraordinario de revisión en los casos establecidos en el artículo 118.1 de la misma Ley. 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 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones y la disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Vº. Bº. EL PRESIDENTE,

EL SECRETARIO,

Carlos Bustelo García del Real.

José Giménez Cervantes.