



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. 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 21 de diciembre de 2000, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR AJ 2000/2937-3230 INCOADO A LA ENTIDAD JAZZ TELECOM, S.A. POR ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2000

Finalizada la instrucción del expediente sancionador AJ 2000/2937-3230 incoado a Jazz Telecom, S.A. por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 14 de septiembre de 2000 y, vistas la propuesta de resolución elevada a este Consejo por el Instructor del citado procedimiento sancionador y las alegaciones formuladas por la entidad inculpada, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 45/00 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 21 de diciembre de 2000, recaída en el expediente sancionador AJ 2000/2937-3230.

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por Acuerdo de 14 de septiembre de 2000, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolvió iniciar el expediente sancionador de referencia contra JAZZ TELECOM, S.A. (en adelante, Jazztel), como presunta responsable directa de una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), por el incumplimiento de la Resolución de 30 de marzo de 2000 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

La imputación de la mencionada infracción se fundamentó en los siguientes hechos:

1º. En relación con el expediente ME 1999/1742 (relativo la denuncia presentada por la Asociación de Internautas contra Telefónica de España, S.A.U. -en adelante, TESAU- por su actuación en la aplicación de los planes de descuento establecidos en la O.M. 11 de febrero de 1999 para determinados números de teléfono correspondientes a Centros de Acceso al Servicio Internet de Navegación, Alehop/Canal 21, Jazzfree y Uni2), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptó el Acuerdo de 30 de marzo de 2000 por el que se resolvía:

***“Primero.-** Telefónica deberá aplicar los Planes de descuento regulados por la O.M. de 11 de febrero de 1999 a los números denunciados por la ASOCIACIÓN DE INTERNAUTAS en sus escritos de fechas 1 de diciembre de 1999 y 24 de diciembre de 1999, siempre que se cumplan los requisitos que, con carácter general, quedan establecidos en los puntos siguientes.*

- a. TELEFÓNICA deberá aplicar los Planes de descuento regulados por la O.M. de 11 de febrero de 1999 a un solo número de teléfono de destino con tarifa metropolitana que solicite cada abonado de acceso directo. El abonado solo tiene que manifestar en su solicitud el número de teléfono de destino y el nombre del proveedor de acceso a Internet correspondiente.*
- b. TELEFÓNICA sólo podrá denegar ab initio la solicitud de un abonado cuando la tarifa aplicada a la llamada al número de teléfono de destino no sea metropolitana o si corresponde a un PSI que no tiene título habilitante para prestar el servicio.*
- c. Una vez contratado el Plan de descuento, TELEFÓNICA podrá cancelar el descuento si comprueba que el número de teléfono de destino no pertenece a un acceso **CASI**.*

***Segundo.-** Los operadores LINCE, RETEVISIÓN, AIRTEL y JAZZTEL están obligados en este caso particular a suministrar los números que correspondan a un acceso **CASI** a TELEFÓNICA.”*

2º. Mediante escrito de fecha 4 de julio de 2000, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 7 del mismo mes y año, la Unión de Consumidores de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Madrid – UCE (en adelante, UCE-Madrid)* presentó denuncia contra Jazztel, debido a que esta entidad no estaba facilitando a TESAU los números de teléfono a ella asignados que corresponden a un acceso CASI (Centros de Acceso de Servicio Internet), y en concreto el número 91 2910101. En su escrito, UCE-Madrid solicitaba la iniciación de la instrucción del correspondiente expediente sancionador.

3º. En el expediente AJ 2000/2882, relativo a un procedimiento sancionador iniciado contra TESAU por el incumplimiento de la misma Resolución de 30 de marzo de 2000 de esta Comisión, obran varios escritos de denuncia en los que se pone de manifiesto la posible existencia de un incumplimiento, por parte de Jazztel, de la obligación de comunicar a TESAU los siguientes números correspondientes a accesos CASI: 944340101, 933938101, 912910101, 933930101, 951230101, 912910230, 932631194, 986160101, 971570101, 954320101, 980980101, 959870101, 976360101.

4º. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) y en el artículo 12 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (en adelante, Reglamento del procedimiento sancionador), aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, con fecha 11 de julio de 2000 se abrió un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar un procedimiento sancionador contra la entidad denunciada.

La existencia de la denuncia y la apertura del período de información previa fueron comunicados en fecha de 11 de julio de 2000 a Jazztel (documento núm.2), que envió un escrito de alegaciones que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 27 del mismo mes y año. En el escrito de alegaciones, Jazztel manifestaba que estaba procediendo a dar cumplimiento a la resolución de la Comisión, que no era su voluntad obstaculizar, demorar o incumplir el contenido de la misma y que había procedido a comunicar a TESAU los accesos CASI correspondientes a Jazzfree, aunque con cierto retraso derivado de la adaptación a las nuevas relaciones entre Jazztel y Jazzfree. Al citado escrito de alegaciones no se acompañaba elemento probatorio alguno.

* En la Resolución de inicio del expediente sancionador de referencia, se señala, por error, que fue la Asociación de Internautas quien presentó denuncia contra Jazztel por medio de escrito de 4 de julio de 2000. Dicha mención debería haberse realizado respecto a la Unión de Consumidores de Madrid - UCE, que fue quien, en la mencionada fecha, presentó la denuncia (la mención correcta a la UCE-Madrid figura en el escrito por el que se comunica a Jazztel la apertura de un procedimiento de información previa –documento núm. 2 del expediente-).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, la apertura del período de información previa fue comunicada al denunciante por escrito de 11 de julio de 2000 (documento núm.3). En su contestación de fecha 17 de julio (documento núm.4), la UCE-Madrid señaló que, por su parte, *“no queda más que aportar”*.

Del resultado de las actuaciones llevadas a cabo en el período de información previa se llegó a la conclusión de que había elementos de juicio suficientes para estimar que concurrían las circunstancias que justificaban la iniciación de un procedimiento sancionador contra Jazztel, por el presunto incumplimiento del apartado segundo de la parte resolutive de la Resolución de 30 de marzo de 2000 de esta Comisión, que imponía a la citada entidad el deber de suministrar a TESAU los números de teléfono que correspondan a un acceso CASI. Asimismo, se concluyó que dicho incumplimiento podía ser constitutivo de una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la LGTel.

SEGUNDO. Según consta en el expediente (documentos núms. 7, 8 y 9), el acuerdo de iniciación fue debidamente notificado al Instructor del procedimiento sancionador, a Jazztel y a los denunciantes.

TERCERO. Al amparo del artículo 16.2 del Reglamento del procedimiento sancionador, se practicaron de oficio por el Instructor del expediente diversas actuaciones que se consideraron necesarias para el examen de los hechos y la determinación de la eventual responsabilidad susceptible de sanción. Dichas actuaciones consistieron en lo siguiente:

A) Solicitudes dirigidas a los responsables de varias Direcciones de esta Comisión para que remitieran al Instructor cualquier documentación o información, obrante en sus respectivas Direcciones, que pudiera ser de interés para la mejor instrucción del procedimiento sancionador (documentos núms. 10, 11, 12 y 13 del expediente). Tales solicitudes fueron contestadas por la Dirección de Mercados mediante escrito del día 21 de septiembre de 2000 (documento núm.14), por la Dirección de Licencias mediante escrito de 25 de septiembre de 2000 (documento núm.15) y por la Dirección de Sistemas de Información mediante dos escritos de 25 y 26 de septiembre de 2000 (documentos núms. 17 y 19).

B) Solicitud dirigida al Director de Administración y Gestión Económica de esta Comisión para que remitiera copia compulsada de la declaración de ingresos brutos del ejercicio de 1999 presentada por Jazztel ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (documento núm.18). Esta solicitud fue cumplimentada mediante escrito de la citada Dirección de fecha 26 de septiembre de 2000, al que acompaña copia compulsada del documento solicitado (documento núm.20).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO. Con fecha de 25 de septiembre de 2000 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Jazztel (documento núm.16), por el que se expone que el 2 de junio de 2000 se produjo una comunicación previa a TESAU de numeración correspondiente a los accesos CASI de Jazztel, que con posterioridad Jazztel ha comprobado que no estaba completa; asimismo, se declara que la asignación de numeración correspondiente a los CASIs es extremadamente dinámica y que no se ha procedido con la suficiente diligencia por parte de Jazztel, y se expone que el día 21 de septiembre de 2000 se ha comunicado a TESAU la relación completa de la mencionada numeración, incluida, se añade, la adjudicada en fecha reciente a Jazztel y que todavía podía no estar en servicio. A este escrito se acompaña un mensaje de correo electrónico dirigido a TESAU acerca de la remisión de numeración CASI de Jazzfree, otro por el que TESAU confirma la recepción de la lista, y otro concerniente a la remisión de numeración de Jazztel correspondiente a accesos CASI.

El 26 de septiembre de 2000, el Instructor del expediente, de conformidad con lo establecido en el artículo 16.2 del Reglamento del procedimiento sancionador, confirió un plazo de diez días a Jazztel para que aportara, de una forma fehaciente, las relaciones de números de Jazztel correspondientes a accesos CASI que dicha compañía afirmaba haber remitido a TESAU en fechas de 2 de junio de 2000 y de 21 de septiembre de 2000 (documento núm.21).

Al escrito remitido por el Instructor el 26 de septiembre de 2000, Jazztel contestó el día 27 del citado mes y año. En su escrito (documento núm.22), en el que solicita que se dé por concluso el expediente sancionador sin aplicar ninguna sanción, Jazztel realiza las siguientes alegaciones:

1. Reitera que con fecha 2 de junio de 2000 Jazztel envió una comunicación de numeración CASI a TESAU, lo que puso en conocimiento de la Comisión en su escrito de alegaciones del día de 27 de julio de 2000 –documento núm.5-, comprobando con posterioridad que la numeración no estaba completa.
2. Asimismo, manifiesta que con fecha 21 de septiembre de 2000, Jazztel procedió a comunicar a TESAU, *“vía correo electrónico y por mensajero, todos los números pertenecientes a los accesos CASI de Jazztel, correspondientes tanto a los propios proveedores de servicio de Internet (PSI) de Jazztel como a aquellos a los que presta servicio esta empresa como proveedor de acceso, algunos de los cuales todavía no han entrado en servicio”,* y añade que *“en esta lista están incluidos todos los números asignados a Jazzfree, PSI perteneciente a YACOM INTERNET FACTORY,*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

uno de los cuales, el 9121910101, ha dado lugar a la apertura de este expediente”.

3. Por otro lado, afirma que, en la relación de números que se contiene en la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 14 de septiembre de 2000 por la que se inicia el expediente sancionador contra Jazztel, se incluye el número 932631194, que Jazztel manifiesta no le está asignado, y declara que el número 912910230 *“corresponde a un PSI al que Jazztel presta servicios como operador de acceso pero que no es Jazzfree”.*
4. Así mismo, se manifiesta que Jazztel no ha tenido en ningún momento intención de incumplir la Resolución de la CMT de 30 de marzo de 2000 y que la situación que se ha creado ha sido fruto de una desafortunada coincidencia de malentendidos y de falta de comprobación suficiente, declarando que *“lamentamos profundamente la situación creada y pretendemos que no se vuelva a repetir en ningún caso”.* También se expresa lo siguiente: *“La asignación de numeración CASI es un asunto en extremo dinámico, lo que provoca frecuentes cambios atendiendo a la apertura de numeración de Jazztel en nuevos distritos de tarificación o las solicitudes por los PSI de nuevos números. En este sentido, hemos de manifestar que no es posible distinguir entre la numeración concedida a los PSI que éstos destinan a accesos CASI y la que destinan, por ejemplo, a accesos remotos a RAS corporativos. En este sentido la Comisión en la respuesta a la consulta planteada por Retevisión sobre la interpretación de la Resolución de 30 de marzo de 2000 de la Comisión relativa a la aplicación por Telefónica de los planes de descuento ‘Bononet’ de 11 de mayo de 2000, ha entendido que en principio el operador de acceso no tiene por qué conocer qué números de teléfonos de sus clientes son utilizados por éstos para proveer el servicio de acceso a Internet”.*

Al mencionado escrito de alegaciones de 27 de julio de 2000, se acompañan copias de las relaciones de numeración CASI remitidas a TESAU en las fechas de 2 de junio de 2000 y de 21 de septiembre de 2000 (anexos 1 y 2 al documento núm.22 del expediente).

QUINTO. El Instructor del expediente consideró conveniente, para la determinación y comprobación de los hechos y eventual responsabilidad, que TESAU confirmara si había recibido en las fechas de 2 de junio de 2000 y 21 de septiembre de 2000 las relaciones de numeración CASI que Jazztel (en su escrito de 27 de septiembre de 2000) afirmaba haber remitido a TESAU. A tal efecto, por escrito de 24 de octubre de 2000 (documento núm.23), el Instructor del expediente concedió a TESAU un plazo de diez días para que confirmara este hecho, dando traslado a esta entidad de una copia de las relaciones de numeración CASI que Jazztel afirmaba haber enviado a TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por medio de escrito de 6 de noviembre de 2000 (documento núm.24), TESAU contestó al escrito de 24 de octubre del Instructor del expediente. En dicho escrito de 6 de noviembre, TESAU señala que *“en cumplimiento de lo requerido, viene a presentar mediante este escrito, la respuesta que esa CMT le solicita, confirmando que la información contenida en los citados documentos 1 y 2 coincide con la que Jazztel le remitió en las fechas indicadas”*. Asimismo, en el mencionado escrito se realizan las siguientes manifestaciones:

- Que, con respecto a la relación recibida por TESAU de Jazztel el 2 de junio de 2000, *“resulta claro que en la misma no figuran los números objeto de denuncia de la Asociación de Internautas”* (denuncias que obran en el expediente AJ 2000/2882, relativo a un procedimiento sancionador iniciado contra TESAU por el incumplimiento de la Resolución de 30 de marzo de 2000 de esta Comisión).
- Que, en lo relativo al documento en que se contiene la relación de numeración CASI que Jazztel afirmaba haber remitido a TESAU el 21 de septiembre de 2000, *“Telefónica de España también confirma la recepción del mismo en la fecha señalada por esa Comisión, es decir, el 21 de septiembre de 2000”*.
- Que, a partir de esa fecha, 21 de septiembre de 2000, *“Telefónica de España tuvo constancia de que los números incluidos en el documento 2 – la serie de números remitida el día 21 de septiembre- se corresponden con números CASI de Jazztel, por lo que mi representada procedió a dar de alta dichas numeraciones, introduciéndolas en la aplicación informática disponible al efecto y en la cual quedan reflejos los números CASI de todos los operadores, así como su titularidad”*.

SEXTO. No habiendo propuesto Jazztel la práctica de prueba alguna, ni habiendo considerado necesario el Instructor la práctica de oficio de la misma, no se ha acordado en el presente procedimiento la apertura de un período de prueba.

SÉPTIMO. Con fecha 14 de noviembre de 2000, el Instructor del expediente redactó la correspondiente propuesta de resolución en la que, tras relatar los antecedentes de hecho, fijar los hechos considerados probados y analizar los fundamentos de derecho aplicables al caso, propuso:

“PRIMERO. Que se declare responsable directa a Jazztel, S.A. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento del apartado segundo de la Resolución de esta Comisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de 30 de marzo de 2000, relativo a la obligación de los operadores LINCE, RETEVISIÓN, AIRTEL y JAZZTEL de suministrar los números que correspondan a un acceso CASI a TELEFÓNICA, S.A.U.

SEGUNDO. Que se imponga a Jazztel, S.A. una sanción por importe de VEINTICINCO MILLONES DE PESETAS (25.000.000 de pesetas) (150.253,026 euros)".

OCTAVO. La propuesta de resolución fue notificada a Jazztel el día 15 de noviembre de 2000, concediéndole el plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 19 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, para que pudiera formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimara pertinentes ante el Instructor del Procedimiento.

Con anterioridad a la finalización del plazo indicado, Jazztel presentó un escrito en el que se formulaban las siguientes alegaciones a la propuesta de resolución:

Primera. Respecto a la tipificación de los hechos declarados probados por el Instructor del procedimiento.

Jazztel manifiesta su disconformidad con lo señalado en la propuesta de resolución relativo a que *"Jazztel incumplió la Resolución de 30 de marzo de 2000, pues, desde la notificación de la Resolución, el 6 de abril de 2000, Jazztel tuvo conocimiento de la obligación en ella incluida, por lo que debió proceder, en un plazo razonable, a comunicar sus números CASI a TESAU y dicha comunicación no se produjo hasta el 2 de junio de 2000"*.

A juicio de Jazztel, S.A., la comunicación de números CASI a TESAU sí se hizo en plazo razonable pues se realizó una vez tuvo conocimiento de la Resolución de esta Comisión de 11 de mayo de 2000 que resolvía una consulta de Retevisión, S.A. sobre la interpretación de la Resolución de 30 de marzo de 2000. Jazztel alega que tuvo conocimiento de esta Resolución a través de la página WEB de esta Comisión, esto es, una semana después de que se adoptara y, *"únicamente pasadas dos semanas"* procedió a comunicar los números CASI a TESAU, esto es, el 2 de junio de 2000.

En consecuencia, estima Jazztel que, si hubo incumplimiento por su parte de la Resolución de 30 de marzo de 2000 fue únicamente porque la lista enviada a TESAU el 2 de junio de 2000 resultó posteriormente incompleta.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segunda. Respecto de la culpabilidad de Jazztel en la comisión de la infracción y ausencia de eximentes de responsabilidad.

Jazztel considera inapropiado que la propuesta de Resolución haga referencia a su intención, aún a título de mera negligencia, de no comunicar a TESAU los números CASI. Estima Jazztel que "intencionalidad" y "culpabilidad" son dos conceptos distintos, y su intención, en todo momento, fue la de cumplir la Resolución de 30 de marzo de 2000.

Tercera. Respecto a la sanción aplicable a la infracción.

Estima Jazztel que, teniendo en cuenta la inexistencia de circunstancias agravantes y la existencia de cinco circunstancias atenuantes, la sanción propuesta *"parece absolutamente desproporcionada"*. Así, propone una sanción mucho más cercana al límite mínimo (1 peseta), de acuerdo con el principio de proporcionalidad que rige la imposición de sanciones por parte de la Administración.

Finaliza Jazztel su escrito de alegaciones solicitando que se tengan por presentadas sus alegaciones en relación a la propuesta de resolución de referencia, así como realizadas las manifestaciones en ellas contenidas sobre la reducción de la sanción pertinente.

II HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente han quedado probados, a los efectos del procedimiento de referencia, los siguientes hechos:

PRIMERO. Que Jazz Telecom, S.A. no ha comunicado a TESAU la numeración que tiene asignada y que se corresponde a Centros de Acceso al Servicio Internet, tras la recepción de la notificación de la Resolución de 30 de marzo de 2000 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

La Resolución de esta Comisión (dictada en el expediente ME 1999/1742), de 30 de marzo de 2000 por la que se impuso a Jazztel, entre otros operadores, la obligación de notificar a TESAU la numeración que correspondiera a un acceso CASI, fue recibida por Jazztel el 6 de abril de 2000, según consta en el expediente de referencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante, tal y como la propia operadora reconoce en sus escritos de alegaciones remitidos a esta Comisión, hasta el 2 de junio de 2000, no procedió a remitir ninguna relación de números CASI a TESAU (aún cuando, según se analiza en el siguiente hecho probado, dicha relación fuera incompleta).

Este dato también fue confirmado por TESAU, en su escrito de 6 de noviembre, presentado en contestación al requerimiento de información que esta Comisión le practicó con fecha 24 de octubre de 2000 (documento núm. 24), pues en dicho escrito confirmó que únicamente había recibido dos relaciones de números CASI de Jazztel, una el 2 de junio de 2000 y otra el 21 de septiembre de 2000.

Asimismo, en los escritos de denuncia que dieron lugar al inicio del presente procedimiento sancionador, se pone de manifiesto que, con posterioridad al 6 de abril de 2000 (fecha de notificación de la Resolución de 30 de marzo de 2000), ninguno de los denunciantes pudo contratar los planes de descuentos Bononet para los números CASI de Jazztel que se citaban en dichas denuncias, pues TESAU alegaba que dichos números no le habían sido notificados por Jazztel.

Todas estas circunstancias acreditan que Jazztel no procedió a llevar a cabo aquello a lo que estaba obligada por el segundo Resuelve de la Resolución de 30 de marzo de 2000, esto es, comunicar a TESAU la numeración a ella asignada que correspondiera a un acceso CASI.

SEGUNDO. Que Jazz Telecom, S.A. ha remitido el 2 de junio de 2000 a TESAU una relación incompleta de la numeración que tiene asignada y que se corresponde a Centros de Acceso al Servicio Internet.

Este hecho resulta probado del análisis de los escritos de denuncia presentados y de la documentación remitida al Instructor del expediente sancionador por Jazztel en sus escritos de alegaciones, así como por TESAU en su escrito de 6 de noviembre de 2000, por el que esta entidad contesta al escrito que le fue dirigido por el Instructor el 24 de octubre:

Jazztel afirma en su escrito de alegaciones de 25 de septiembre de 2000 (documento núm.16) que el día 2 de junio del mismo año ha remitido a TESAU, en cumplimiento de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de marzo de 2000, una comunicación de numeración CASI; asimismo Jazztel reconoce que la relación de numeración remitida no estaba completa. En concreto, en el escrito aludido se afirma: *“Con fecha de 2 de junio de 2000 se produjo una comunicación previa de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

numeración a Telefónica de España, S.A., que hemos comprobado posteriormente que no era completa”.

Asimismo, en el escrito de alegaciones de 27 de septiembre de 2000 (documento núm.22), Jazztel reitera: *“Que con fecha 2 de junio de 2000, en cumplimiento de la resolución de la CMT de 30 de marzo de 2000, Jazztel envió una comunicación de numeración CASI a Telefónica. Se ha comprobado posteriormente que esta comunicación no recogía toda la numeración que se pedía, lo que ha dado lugar a la situación recogida en el expediente sancionador de referencia”.*

En consonancia con el hecho que reflejan estas afirmaciones, en su escrito de 27 de julio de 2000 (documento 5), por el que realiza alegaciones durante el período de información previa, Jazztel no afirma haber dado cumplimiento a la Resolución de esta Comisión de 30 de marzo de 2000, antes bien, reconoce *estar procediendo a dar cumplimiento a la misma*. Así lo expresa en la alegación segunda, señalando que *“JAZZTEL está procediendo a dar cumplimiento a dicha resolución –la Resolución de 30 de marzo de 2000-, si bien para ello necesita la colaboración del Proveedor de servicios de Internet alojado por JAZZTEL que es JAZZFREE, actualmente propiedad de YACOM INTERNET FACTORY, S.A. (en adelante, YACOM), que opera bajo el arco de numeración asignado a JAZZTEL y que debe comunicarle previamente sus correspondientes accesos CASI”.*

Por su parte, TESAU, en la manifestación segunda de su escrito de 6 de noviembre, tras confirmar que el 2 de junio recibió de Jazztel la relación de numeración que se le adjuntó como documento núm. 1 al requerimiento de información que esta Comisión le practicó con fecha 24 de octubre de 2000 (documento núm. 23), afirma que *“en la relación recibida por Telefónica de España de Jazztel el 2 de junio de 2000, resulta claro que en la misma no figuran los números objeto de denuncia de la Asociación de Internautas”.*

Este carácter incompleto que Jazztel reconoce que tiene la serie de números enviada el día 2 de junio se confirma, particularmente, con relación a los números a que se refiere el Hecho Tercero de la Resolución de 14 de septiembre de esta Comisión por la que se inicia el procedimiento sancionador de referencia: En efecto, referidas a cada uno de dichos números, existen denuncias (documento núm.1) en que se manifiesta que se ha intentado, con anterioridad a la fecha de 2 de junio de 2000, la contratación de alguno de los Planes de Descuento; sin embargo, se ha comprobado que ninguno de los mencionados números se recogió en la relación remitida por Jazztel a TESAU en la fecha de 2 de junio de 2000 (relación que se recoge en el anexo 1 al escrito de alegaciones de Jazztel de 27 de septiembre, y que TESAU confirma que es la misma relación que ha recibido en esa fecha de 2 de junio).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tales números, excepto el 932631194, corresponden a bloques de numeración que han sido asignados a Jazztel por diferentes Resoluciones de esta Comisión (lo que consta en el Registro de Asignaciones y Reservas de Recursos Públicos de Numeración que se lleva en esta Comisión). El número 932631194 figura en la Resolución de 14 de septiembre de 2000, de inicio del expediente sancionador de referencia, como un número asignado a Jazztel que presuntamente no ha sido suministrado a TESAU. En su escrito de 27 de septiembre de 2000, Jazztel manifiesta que dicho número *“es un número que no está asignado a Jazztel”*. Resulta probado, según consta en el mencionado Registro de Asignaciones y Reservas de Recursos Públicos de Numeración, que el número 932631194 no se encuentra asignado a Jazztel, sino a otro operador diferente.

De lo anterior, queda acreditado que Jazztel ha comunicado numeración CASI a TESAU el día 2 de junio de 2000, y que dicha numeración no estaba completa, como, por una parte, Jazztel y TESAU reconocen, y por otra parte, resulta de la confrontación de la relación enviada y las denuncias presentadas.

TERCERO. Que Jazz Telecom, S.A. ha remitido el 21 de septiembre de 2000 a Telefónica de España, S.A.U. una segunda relación de la numeración que tiene asignada y se corresponde a Centros de Acceso al Servicio Internet. En esta segunda relación figuran los números CASI asignados a Jazz Telecom, S.A. a que alude el Hecho Tercero de la Resolución de 14 de septiembre de esta Comisión por la que se inicia el procedimiento sancionador de referencia.

Este hecho resulta probado del análisis del anexo 2 al escrito de alegaciones de Jazztel de 27 de septiembre de 2000 y del escrito de TESAU de 6 de noviembre de 2000:

En su escrito de 27 de septiembre, Jazztel manifiesta que con fecha 21 de septiembre de 2000, Jazztel procedió a comunicar a TESAU, *“vía correo electrónico y por mensajero, todos los números pertenecientes a los accesos CASI de Jazztel, correspondientes tanto a los propios proveedores de servicio de Internet (PSI) de Jazztel como a aquellos a los que presta servicio esta empresa como proveedor de acceso”*. A dicho escrito de alegaciones, se acompañan copias de las relaciones de numeración CASI remitidas a TESAU en las fechas de 2 de junio de 2000 y de 21 de septiembre de 2000 (anexos 1 y 2 al documento núm.22 del expediente).

TESAU, por medio de su escrito de 6 de noviembre, manifiesta que el día 21 de septiembre de 2000 recibió la relación de numeración CASI asignada a Jazztel que figura en el anexo 2 al escrito de alegaciones de este operador



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de 27 de septiembre, anexo 2 cuya copia le fue remitida a TESAU por el Instructor del expediente para que confirmara si había recibido dicha relación.

En la relación de numeración mencionada figuran todos los números a que alude el Hecho Tercero de la Resolución de 14 de septiembre de 2000, por la que se inicia el procedimiento sancionador de referencia, excepto el número 932631194, que no se encuentra asignado a Jazztel, tal y como se ha señalado anteriormente.

De este modo, ha quedado acreditado que Jazztel envía una segunda serie de números CASI a TESAU el día 21 de septiembre de 2000. Asimismo, ha quedado acreditado que en esta segunda comunicación se incluyen los números que, estando asignados a Jazztel, eran objeto de denuncia y figuraban en la Resolución por la que se dio inicio al presente procedimiento sancionador.

CUARTO. Que Jazz Telecom, S.A. ha obtenido en el ejercicio de 1999 unos ingresos brutos de explotación anuales de 3.896.521.000 pesetas.

Tal hecho resulta de la declaración de los ingresos brutos obtenidos por Jazz Telecom, S.A. en el ejercicio de 1999. Dichos ingresos se corresponden a la prestación a terceros de los servicios objeto de la autorización general de tipo C que esta entidad ostenta (24.521.000 pesetas de ingresos brutos) y de licencia individual de tipo B1 que igualmente ostenta (3.872.000.000 pesetas de ingresos brutos, cantidad que incluye los ingresos brutos obtenidos con la autorización general de tipo A de la que, asimismo, Jazztel es titular), cuya suma arroja la cantidad de 3.896.521.000. La declaración de los ingresos brutos correspondientes a tales actividades fue presentada ante esta Comisión por el representante legal de Jazz Telecom, S.A. mediante dos escritos de 4 de abril de 2000 (anexos al documento núm.20), que tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión el 5 de abril del mismo año.

III

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para resolver el presente procedimiento sancionador.

El pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador a tenor de lo establecido en los artículos artículo 76.1 y 84.1.a) de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones y el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

artículo 1, apartado Dos.2.I en relación con el apartado Tres del mismo, de la Ley 12/1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones según el cual, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a través de su Consejo, el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de la instrucciones dictadas para salvaguardar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los acuerdos y resoluciones que adopte en ejecución de las funciones públicas que se le atribuyen; así como por el incumplimiento de los requerimientos de información formulados por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

SEGUNDO. Tipificación de los hechos probados.

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral, previo sometimiento voluntario de las partes.

La infracción al artículo 79.15 de la Ley 11/1998 se concreta, en el presente caso, en el incumplimiento del apartado segundo de la parte resolutive de la Resolución de 30 de marzo de 2000 de esta Comisión dictada en el expediente ME 1999/1742 (relativo la denuncia presentada por la Asociación de Internautas contra TESAÚ por su actuación en la aplicación de los planes de descuento de la O.M. 11 de febrero de 1999 para determinados números de teléfono correspondientes a Centros de Acceso al Servicio Internet de Navegalia, Alehop/Canal 21, Jazzfree y Uni2).

En los Fundamentos de Derecho de la citada Resolución de 30 de marzo de 2000 se señalaba que, de acuerdo con el tenor literal de la Orden Ministerial de 11 de febrero de 1999 (sobre un criterio general y el programa de descuentos para tarifas de acceso a Internet a través de la red telefónica fija de Telefónica, S.A.), los requisitos para que los abonados tengan acceso a los planes de descuentos eran los siguientes:

- Elección por el abonado de un único número de teléfono de destino con tarifa metropolitana.
- Que el número de teléfono se corresponda con un centro de Acceso al Servicio Internet perteneciente a los diferentes proveedores de este último servicio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cuanto al segundo de los requisitos expuestos, la Resolución de referencia señalaba que *"es necesario que el número de destino pertenezca a un Proveedor de Acceso a Internet y que dicho número se corresponda con un CASI"*. Para ello, continuaba la Resolución, *"se considera oportuno que sea Telefónica la que en sus relaciones bilaterales con los proveedores compruebe o confirme los números correspondientes a los CASI"*.

Por este motivo, la Resolución concluía en los Fundamentos de Derecho que *"Los operadores LINCE, RETEVISIÓN, AIRTEL, y JAZZTEL están sujetos a la obligación de cumplir con la normativa que les afecta y, en este caso particular, a suministrar sus números CASI a Telefónica, ya que de no hacerlo estarían, por vía de inacción, impidiendo el cumplimiento de una norma de carácter general, la O.M. de 11 de febrero de 1999, que en este caso, al tratarse de un servicio -el acceso a la información- prestado de forma cooperativa por varios agentes, no sólo afecta a Telefónica sino a todos los que participan en la cadena del servicio."*

Así, el apartado segundo del Resuelve de la Resolución de 30 de marzo de 2000 estableció:

"Segundo.- Los operadores LINCE, RETEVISIÓN, AIRTEL y JAZZTEL están obligados en este caso particular a suministrar los números que correspondan a un acceso **CASI** a TELEFÓNICA."

Al objeto de determinar la tipificación de la actuación de JAZZTEL, es necesario analizar si, de alguna de las actuaciones de JAZZTEL que han resultado probadas, puede inferirse que ha existido un incumplimiento del apartado segundo de la Resolución de 30 de marzo de 2000. Ha de analizarse si los hechos probados constituyen una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, esto es, el incumplimiento de una Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

El segundo apartado de la Resolución de 30 de marzo de 2000 imponía a Jazztel, entre otros operadores, la obligación de notificar a Telefónica los números que correspondan a un acceso CASI

De acuerdo con lo señalado en el primero de los hechos probados, ha quedado acreditado, por el análisis de los escritos de denuncia y de los escritos remitidos por Jazztel y TESAU a esta Comisión, que Jazztel incumplió la Resolución de 30 de marzo de 2000, pues, desde la notificación de la Resolución, el 6 de abril de 2000, Jazztel tuvo conocimiento de la obligación en ella incluida, por lo que debió proceder, en un plazo razonable, a comunicar sus números CASI a TESAU y dicha comunicación no se produjo hasta el 2 de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

junio de 2000; todo ello, con independencia de que, como se analiza a continuación, la relación de números comunicada el 2 de junio fue incompleta y que, en todo caso, no subsana el incumplimiento ya producido.

En consecuencia, existió incumplimiento por parte de la operadora Jazztel, pues el Resuelve segundo de la Resolución de 30 de marzo de 2000 le imponía una obligación determinada y dicha obligación no se cumplió en un plazo razonable tras la notificación de dicha Resolución. No debe olvidarse que, conforme al artículo 57 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la eficacia de la resolución de esta Comisión, y la consiguiente obligación de cumplirla en sus propios términos, se produce inmediatamente después de su notificación.

En el escrito de Jazztel presentado en esta Comisión, tras la notificación de la propuesta de resolución redactada por el Instructor del procedimiento, se incluye una alegación relativa a que la comunicación de números CASI a TESAÚ sí se hizo en plazo razonable pues se realizó una vez tuvo conocimiento de la Resolución de esta Comisión de 11 de mayo de 2000 que resolvía una consulta de Retevisión, S.A. sobre la interpretación de la Resolución de 30 de marzo de 2000, y que, por tanto, el incumplimiento no se produjo por no haber comunicado los números en un plazo razonable sino porque la lista enviada a TESAÚ el 2 de junio de 2000 resultó posteriormente incompleta.

A este respecto, ha de indicarse que la obligación del cumplimiento de las resoluciones emanadas de esta Comisión surge en el momento en que las mismas se notifican al interesado (artículo 57 de la LRJPAC, antes citado), sin que pueda entenderse suspensa dicha obligación por el hecho de que se presente, por dicho interesado o por otro cualquiera, una solicitud de interpretación de determinados apartados de dichas resoluciones.

No cabe, pues, estimar la alegación de Jazztel relativa a que procedió a cumplir la Resolución de 30 de marzo de 2000 cuando tuvo conocimiento de la Resolución de esta Comisión relativa a la consulta planteada por Retevisión sobre la interpretación de aquélla, pues, aún cuando hubieran existido en Jazztel algunas dudas sobre la interpretación de la Resolución de 30 de marzo, esto no le exoneraba del cumplimiento de la misma.

El plazo razonable al que se aludía en la propuesta de resolución ha de entenderse referido a un plazo posterior a la notificación de la Resolución de 30 de marzo de 2000, esto es, al 6 de abril de 2000. Y el 2 de junio no se considera razonable como fecha de cumplimiento de dicha Resolución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por dichas razones, ha de rechazarse esta alegación de Jazztel, entendiéndose, tal y como establecía la propuesta de resolución, que el incumplimiento de Jazztel de la Resolución de 30 de marzo se produjo, en primer lugar, por que la notificación de los números CASI a TESAU se hizo en un plazo no razonable y, en segundo lugar, porque la comunicación de 2 de junio a TESAU fue incompleta.

Asimismo, de acuerdo con lo señalado en el segundo de los hechos probados, ha quedado acreditado, por el análisis de los escritos de denuncia y de los escritos remitidos por Jazztel y TESAU a esta Comisión, que Jazztel remitió el 2 de junio de 2000 a TESAU una relación incompleta de la numeración que tenía asignada y que se correspondía a Centros de Acceso al Servicio Internet.

El carácter de "incompleta" de la relación de números CASI enviada a TESAU el 2 de junio de 2000, se acredita, asimismo, tal y como quedó señalado en el segundo hecho probado, por la comprobación practicada por el instructor del procedimiento de la relación enviada por Jazztel como anexo 1 a su escrito de alegaciones de 25 de septiembre de 2000 (documento núm. 22) con los números que habían sido objeto de denuncia y que habían dado lugar al inicio del presente procedimiento sancionador. El instructor comprobó que ninguno de los números a los que se hacía referencia en el acuerdo de iniciación de 14 de septiembre de 2000, figuraban en la relación contenida en el anexo 1 al documento núm 22 citado (esto es, los números que Jazztel notificó a TESAU el 2 de junio de 2000).

De acuerdo con lo señalado en los hechos probados, el hecho de que la relación de números enviada a TESAU el 2 de junio fuera incompleta fue, asimismo, reconocido por Jazztel en sus escritos de alegaciones enviados a esta Comisión (documentos núms. 16 y 22) y por TESAU en su escrito de 6 de noviembre de 2000 (documento núm. 24), en el que reconocía expresamente que *"en la relación recibida por Telefónica de España de Jazztel el 2 de junio de 2000, resulta claro que en la misma no figuran los números objeto de denuncia de la Asociación de Internautas"*.

En consecuencia, el hecho de que la primera notificación de números enviada a TESAU el 2 de junio de 2000 sea incompleta (al no contener, al menos, los números que dieron lugar al inicio del presente procedimiento sancionador), corrobora el incumplimiento por Jazztel del apartado segundo de la Resolución de 30 de marzo de 2000 por omisión, pues ni siquiera en dicha fecha se produjo una comunicación completa a TESAU de los números con acceso CASI asignados a Jazztel. A este respecto ha de señalarse, que, aún cuando la notificación de 2 de junio hubiera sido completa, no se habría subsanado la infracción cometida por Jazztel, pues el incumplimiento existió



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

desde que Jazztel recibió la Resolución de 30 de marzo y no procedió de manera inmediata o, al menos, en un plazo razonable a darle cumplimiento, tal y como ha quedado acreditado en el hecho probado primero.

En efecto, Jazztel, una vez recibida la notificación de dicha Resolución (el 6 de abril de 2000), estaba obligada a notificar los números CASI a TESAU (no sólo los que fueron objeto de denuncia sino todos los números CASI que le hubieran sido asignados por esta Comisión). Y, tal y como ha quedado demostrado, no se produjo dicho cumplimiento ni antes del 2 de junio de 2000, ni en la citada notificación de la relación de números enviada a TESAU el 2 de junio de 2000.

Por lo que respecta al tercero de los hechos probados, esto es, la acreditación de que Jazz Telecom, S.A. remitió el 21 de septiembre de 2000 a TESAU una segunda relación de la numeración CASI en la que figuraban los contenidos en la Resolución de 14 de septiembre de esta Comisión por la que se inicia el procedimiento sancionador de referencia, partiendo de la consideración de que dicho hecho ha quedado probado, ha de señalarse que dicha circunstancia no exime de responsabilidad a Jazztel por el incumplimiento de la Resolución de 30 de marzo de 2000.

El hecho de que el 21 de septiembre se produjera la notificación de una relación de números CASI a TESAU en la que se incluyeron los números objeto de denuncia, no subsana el incumplimiento del apartado segundo de la Resolución de 30 de marzo de 2000, pues el incumplimiento se produjo por la no notificación de los números CASI a TESAU tras la notificación de dicha Resolución.

Esto es, de acuerdo con lo anteriormente afirmado, existe incumplimiento de la mencionada Resolución pues, en un plazo razonable desde el 6 de abril de 2000, fecha de la notificación a Jazztel de la Resolución de 30 de marzo de 2000, no se llevó a cabo por la operadora Jazztel la notificación de los números CASI a la que estaba obligada por el apartado segundo de dicha Resolución y ello sin perjuicio de que se hiciera una primera notificación incompleta el 2 de junio de 2000 y, posteriormente una segunda notificación (ya completa) de los números CASI a TESAU.

Esta segunda notificación, admitida como válida por TESAU en su escrito a esta Comisión de 6 de noviembre de 2000, únicamente pone de manifiesto la intención de Jazztel de dar cumplimiento a la Resolución de 30 de marzo de 2000 y, por tanto, habrá de ser tenida en cuenta a la hora de valorar las circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, ha de aludirse a lo alegado por Jazztel en su escrito de 25 de septiembre de 2000, en el que afirma que *“la asignación de numeración CASI es un asunto en extremo dinámico, lo que provoca frecuentes cambios atendiendo a la apertura de numeración de Jazztel en nuevos distritos de tarificación o las solicitudes por los PSI de nuevos números. En este sentido, hemos de manifestar que no es posible distinguir entre la numeración concedida a los PSI que éstos destinan a accesos CASI y la que destinan, por ejemplo, a accesos remotos a RAS corporativos. En este sentido la Comisión en la respuesta a la consulta planteada por Retevisión sobre la interpretación de la Resolución de 30 de marzo de 2000 de la Comisión relativa a la aplicación por Telefónica de los planes de descuento “Bononet” de 11 de mayo de 2000, ha entendido que en principio el operador de acceso no tiene por qué conocer qué números de teléfonos de sus clientes son utilizados por éstos para proveer el servicio de acceso a Internet”*.

En esta alegación, Jazztel alude a la imposibilidad, en ciertos casos, de conocer el destino de la numeración a ella asignada, refiriéndose a la Resolución de 11 de mayo de esta Comisión, sobre la consulta planteada por Retevisión sobre la Resolución de 30 de marzo de 2000.

Pues bien, es cierto que en dicha Resolución de 11 de mayo, esta Comisión señaló que el operador de acceso no tendría por qué conocer qué números de teléfonos de sus clientes son utilizados por éstos para proveer el servicio de acceso a Internet. No obstante, a continuación se señalaba que es normal que el operador de acceso conozca esta circunstancia, bien porque se lo haya manifestado el titular del PSI en el momento de solicitar el acceso, bien porque el contrato que celebren ambas partes sea distinto al que suscribe con un usuario normal.

Por tal razón, la Resolución de 11 de mayo concluye aclarando que los operadores a los que afecta la Resolución de 30 de marzo de 2000, están obligados a suministrar a TESAÚ, no sólo los datos que identifiquen sus propios CASI, sino también los números correspondientes a PSIs a los que proporcionan acceso cuando tengan conocimiento fehaciente (porque se lo haya comunicado el titular del PSI, porque tal destino del número telefónico se haya señalado en el contrato suscrito entre el PSI y el operador de acceso o por otras circunstancias) de que el número es utilizado con esa finalidad.

En consecuencia, no cabe aceptar la alegación de Jazztel relativa a su obligación de comunicar los accesos CASI pues esta Resolución de 11 de mayo de 2000 es lo suficientemente clarificadora al respecto. Así, en el momento en que Jazztel tenga conocimiento de que cualquier cliente esté utilizando una numeración como acceso CASI, ha de ponerlo en conocimiento



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de TESAU, sea dicho cliente un PSI propio, o sea un PSI al que se proporcione acceso por Jazztel.

De conformidad con todo lo actuado cabe concluir que Jazztel ha incurrido en una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones consistente en el incumplimiento del segundo apartado del Resuelve de la Resolución de esta Comisión de 30 de marzo de 2000, al no haber procedido, tras la notificación de la Resolución de 30 de marzo de 2000 de esta Comisión a la notificación a TESAU de los números CASI a ella asignados.

TERCERO. Culpabilidad de Jazztel en la comisión de la infracción y ausencia de eximentes de responsabilidad.

a) Culpabilidad de Jazztel en la comisión de la infracción.

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la Ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto pasivo al que se impute su comisión. La realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.

La STS de 12 de diciembre de 1995 reconoce la aplicabilidad del principio de culpabilidad al ámbito del procedimiento administrativo sancionador:

“La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en línea con la del Tribunal Constitucional, ha establecido que la potestad sancionadora de la Administración, en tanto que manifestación del “ius puniendi” del Estado, se rige por los principios del Derecho penal, siendo principio estructural básico el de culpabilidad, incompatible con un régimen de culpabilidad objetiva, sin culpa, encontrándose esta exigencia expresamente determinada en el artículo 130.1 LRJPAC ...”.

De conformidad con esta doctrina jurisprudencial el legislador español ha recogido el principio de culpabilidad al regular la potestad sancionadora de la Administración. Así, el art. 130.1 LRJPAC establece:

“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”

De este modo, para la imposición de una sanción por la Administración se exige que el sancionado sea culpable de los actos sancionados; es decir,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que le sea imputable la autoría de la infracción, aún a título de simple inobservancia, tal y como establece el artículo 130,1 de la LRJPAC. En este sentido se expresa la STSJ Andalucía/Granada 28 noviembre 1994 (RJCA 1995/678):

“Asimismo se alega la inexistencia de culpabilidad a título de dolo o culpa. Pero es evidente que el incumplimiento por la Empresa de medidas de obligada observancia constituye al menos una negligencia y, como tal, debe ser calificada de conducta culposa.” (F.D. 5)

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la Jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero 1991 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1991/477) en su Fundamento de derecho 4 enuncia claramente la conceptualización del principio de culpabilidad:

“Por último en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse, que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta.

No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe.”

Este elemento de la culpabilidad concurre en la actuación que ha llevado cabo Jazztel y que se ha calificado como constitutiva de infracción muy grave:

Partiendo de la citada doctrina jurisprudencial, según la cual, demostrada por la Administración la voluntariedad del sancionado en la realización de la infracción queda satisfecho el principio de culpabilidad y, del tenor de los hechos probados y del relato de los antecedentes de hecho, se aprecia la existencia de voluntad en Jazztel de no comunicar los números CASI a TESAU, aún a título de mera negligencia. Así lo reconoce la propia operadora en los diversos escritos enviados a esta Comisión:

Así, en el escrito de alegaciones de 21 de septiembre, recibido en el Registro de esta Comisión el 25 del mismo mes y año (documento núm.16),



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Jazztel manifestó que el 2 de junio de 2000 se produjo una comunicación previa a TESAU de numeración correspondiente a los accesos CASI de Jazztel, que con posterioridad Jazztel había comprobado que no estaba completa; asimismo declaró que la asignación de numeración correspondiente a los CASIs es extremadamente dinámica y que no se había procedido con la suficiente diligencia por parte de Jazztel.

Por otro lado, en su escrito de 25 de septiembre de 2000, recibido en esta Comisión el 27 del mismo mes y año (documento núm.22), Jazztel reiteró que con fecha 2 de junio de 2000 envió una comunicación de numeración CASI a TESAU y que posteriormente comprobó que dicha numeración no estaba completa. Por último, manifestó que no había tenido en ningún momento intención de incumplir la Resolución de la CMT de 30 de marzo de 2000 y que la situación que se había creado había sido fruto de una desafortunada coincidencia de malentendidos y de falta de comprobación suficiente, declarando que *“lamentamos profundamente la situación creada y pretendemos que no se vuelva a repetir en ningún caso”*.

Del relato de los hechos probados resulta la imputabilidad de la autoría de la infracción a Jazztel pues ha quedado acreditada su responsabilidad, aún a título de mera negligencia de no comunicar a TESAU los números a ella asignados correspondientes a numeración CASI.

En este punto ha de aludirse a la alegación de Jazztel contenida en su escrito presentado a esta Comisión, tras la notificación de la propuesta de resolución formulada por el Instructor del procedimiento sancionador. En dicha alegación, la operadora consideraba inapropiado que la propuesta de Resolución hiciera referencia a su intención, aún a título de mera negligencia, de no comunicar a TESAU los números CASI y que su intención, en todo momento, fue la de cumplir la Resolución de 30 de marzo de 2000. Ante dicha alegación, han de hacerse las siguientes precisiones:

A lo largo de toda la propuesta de resolución se hacía referencia a la responsabilidad de Jazztel en el incumplimiento de la resolución dictada por esta Comisión a título de negligencia. Por ello, la frase “intención, aún a título de mera negligencia” no debe ser interpretada como equivalente a dolo, a intencionalidad en el incumplimiento de la resolución, sino como equivalente a responsabilidad o culpabilidad del infractor. Esta responsabilidad a título de negligencia es el fundamento de la imposición de la sanción y ha sido reconocida por la propia Jazztel.

Concurre, por tanto, el requisito de culpabilidad en la actuación llevada a cabo por Jazztel, pues, aún cuando no parece acreditada la intención de vulnerar la norma, si ha existido una negligencia en la realización de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

infracción típica, ya que, como la propia operadora reconoce expresamente, no actuó con la debida diligencia en el cumplimiento de su obligación de notificar los números CASI a TESAU.

Por todo cuanto antecede cabe concluir que Jazztel es responsable directa de la infracción a la que se refiere el fundamento de derecho anterior.

b) Inexistencia de causas eximentes de la responsabilidad.

En cuanto a la concurrencia en el presente caso de causas eximentes de la responsabilidad, conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 4 octubre de 1998 (RJCA 1998/3874) que concluye que, atribuida una conducta infractora a un sujeto, concurre la culpabilidad salvo aparición de circunstancias eximentes:

“... El elemento de la culpabilidad... presupone que la acción u omisión enjuiciada ha de ser imputable a su autor por malicia, o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 febrero 1990). Ahora bien presupuesto el fundamento de la culpabilidad es la imputabilidad que ha sido definida por Luzón Domingo como la “posibilidad abstracta y potencial de que al hombre le sean atribuibles conductas que puede realizar, como a su causa eficiente, consciente y libre”. Pero este presupuesto de la culpabilidad no se formula de forma positiva sino que ha de deducirse de la no concurrencia de alguna de las causas que lo excluyen.”

Tales circunstancias eximentes, reguladas en el actual Código Penal (cuyos principios son de aplicación, tal y como ha señalado reiteradamente la Jurisprudencia, al procedimiento administrativo sancionador), no concurren en el supuesto que nos ocupa, pues o bien se refieren a circunstancias subjetivas que sólo pueden concurrir en las personas físicas y no en las jurídicas, o bien se refieren a la intervención de un tercero o a la existencia de un acontecimiento de fuerza mayor.

Nada de esto resulta del expediente ni de los hechos probados pues la actuación llevada a cabo por Jazztel, esto es, la no comunicación de los números CASI a TESAU desde la notificación de la Resolución de 30 de marzo de 2000 hasta el 21 de septiembre, únicamente se ha debido a la negligencia de la operadora, tal y como ella misma ha reconocido en los escritos enviados a esta Comisión.

En consecuencia, no cabe aplicar al presente supuesto, ninguna causa eximente de responsabilidad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO. Circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

a) Circunstancias agravantes.

No se aprecia en el caso presente circunstancia agravante alguna, de acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 82 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), como en el artículo 131.3 de la LRJPAC,

b) Circunstancias atenuantes.

Como circunstancias atenuantes modificativas de la responsabilidad de la entidad infractora deben ser tenidas en cuenta las siguientes:

b.1 La inexistencia de otras infracciones cuya sanción corresponde a esta Comisión cometidas anteriormente por Jazztel (Art. 82. Ley 11/1988). El presente es el primer procedimiento sancionador que se incoa por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la citada entidad.

b.2 La escasa repercusión social de la infracción (Art. 82 Ley 11/98). La infracción cometida por Jazztel, se ha producido en un corto período de tiempo y ha tenido escasa transcendencia en la opinión pública.

b.3 La poca importancia del daño causado (Art. 82 Ley 11/98). Teniendo en cuenta la facturación del mercado de los servicios telefónicos utilizados en el servicio de acceso a internet y el corto periodo de tiempo en el que la operadora ha cometido la infracción, los perjuicios económicos causados estimados deben ser considerados de escasa importancia; todo ello sin perjuicio de los daños causados a los usuarios que intentaron acceder a los bonos de descuento Bononet.

b.4 La intención de Jazztel de dar cumplimiento a la Resolución de 30 de marzo de 2000 (Art. 131.3. a) de la LRJPAC). De acuerdo con lo señalado en los hechos probados, la segunda notificación de numeración CASI realizada por Jazztel el 21 de septiembre de 2000 (la cual incluye los números objeto de denuncia), así como las declaraciones contenidas en los escritos remitidos a esta Comisión ponen de manifiesto la intención de Jazztel de dar cumplimiento a la Resolución de 30 de marzo de 2000, pudiendo ser entendida como una circunstancia atenuante de su responsabilidad.

De acuerdo con la Jurisprudencia mencionada en el fundamento de derecho anterior, la intención de realizar la acción en que la infracción consiste, está vinculada al elemento subjetivo de la culpabilidad, mientras que la intención o voluntad consciente de vulnerar la norma ha de ser tenida en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cuenta como circunstancia modificativa de la responsabilidad y así se contempla en el art. 131.3 de la LRJPAC:

“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

c) **La existencia de intencionalidad o reiteración.**
(...)”

En el caso presente, existen indicios que hacen suponer la existencia de voluntad en Jazztel de cumplir la Resolución de 30 de marzo de 2000, por lo que habría de calificarse como una circunstancia atenuante de la responsabilidad.

b.5 La inexistencia de beneficio alguno para Jazztel. La no comunicación de la numeración CASI a TESAU por la operadora Jazztel, supone la no aplicación de los descuentos Bononet por TESAU a los afectados, pero en ningún caso supone un beneficio adicional a Jazztel, pues los precios por terminación de llamadas que recibe de TESAU permanecen inalterados.

QUINTO. Sanción aplicable a la infracción

De conformidad con lo establecido en el artículo 82.1.A) de la LGTel, las sanciones que pueden ser impuestas por la mencionada infracción son las siguientes:

Multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción; o, en caso de que no resulte posible aplicar este criterio o de su aplicación resultare una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades; el 1 por 100 de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual; el 5 por 100 de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 100.000.000 de pesetas (601.012,10 euros).

El artículo 131.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), prevé que el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

En aplicación de los anteriores criterios de graduación de las sanciones y de las actuaciones habidas en el presente procedimiento, los límites de la sanción que puede ser impuesta a Jazztel por la comisión de la infracción objeto del presente procedimiento son los siguientes:

La cuantía de la sanción máxima es 100.000.000 de pesetas (601.012.10 euros), pues es la mayor de las tres cantidades a las que se refiere el artículo 82.1.A) de la LGTel, ya que, por un lado resulta imposible determinar el 5 por 100 de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, al tratarse de una infracción por omisión, y, por otro, el 1 por 100 de los ingresos brutos obtenidos por Jazztel en el ejercicio de 1999, es 38.965.210 de pesetas (234.185,628 euros), teniendo en cuenta que ha quedado acreditado que Jazztel ha obtenido en 1999 unos ingresos brutos de 389.652.100 de pesetas.

La cuantía de la sanción mínima es la que resulta de cuantificar el beneficio que haya podido obtener la entidad infractora por la comisión de la infracción. Tal y como se ha señalado en el fundamento de derecho anterior, Jazztel no ha obtenido beneficio alguno por la comisión de la infracción, por lo que la cuantía de la sanción mínima es de 1 peseta.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta la concurrencia de las circunstancias atenuantes mencionadas en el fundamento de derecho anterior, por lo que la cuantía de la sanción habría de realizarse de conformidad con la regla establecida en el artículo 66.4ª del Código Penal. El citado precepto determina que cuando sean dos o más circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias (sobre la aplicación del citado precepto del Código Penal a los procedimientos administrativos sancionadores, vid. Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1987 RJ1987/537 y de 26 de julio de 1996 RJ1996/6401).

No obstante, habida cuenta, que, en el caso presente, no existe pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, no es posible la aplicación de lo establecido en el artículo 66.4º del Código Penal.

Por tanto, atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 82 de la Ley 11/1998, y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

teniendo en cuenta que concurren cinco circunstancias atenuantes, se estima que procede imponer una sanción de 25.000.000 de pesetas (150.253,026 euros).

En relación a la alegación de Jazztel, contenida en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, sobre que la sanción propuesta "*parece absolutamente desproporcionada*", proponiendo una sanción mucho más cercana al límite mínimo (1 peseta), de acuerdo con el principio de proporcionalidad que rige la imposición de sanciones por parte de la Administración, ha de señalarse lo siguiente:

La sanción propuesta ha tenido en cuenta, en todo caso, el principio de proporcionalidad al que alude Jazztel en su escrito.

Así, la Comisión, como Administración sancionadora tiene la facultad discrecional de, sin rebasar el límite máximo que el Ordenamiento Jurídico le señala, imponer la sanción que estime adecuada¹. No obstante, el juego de la proporcionalidad le obliga a tomar en cuenta las circunstancias subjetivas y objetivas que rodean la infracción, logrando un equilibrio entre la discrecionalidad de la Administración y el correcto ejercicio de la potestad sancionadora.

Por ello, a la hora de valorar la sanción aplicable al caso presente, se han tenido en cuenta todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad de Jazztel, esto es, las cinco circunstancias atenuantes, pero sin olvidar que la infracción cometida por Jazztel es una infracción muy grave de acuerdo con lo establecido en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

Así, siendo el límite máximo de la sanción, 100.000.000 de pesetas, y el límite mínimo, 1 peseta, se ha considerado que, de acuerdo con el citado principio de proporcionalidad, 25.000.000 había de ser considerada una sanción adecuada a la infracción cometida.

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho y, vistas, asimismo, la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y demás normas de

¹ STS 4ª 14 de junio de 1983.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aplicación, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de la competencia que tiene atribuidas,

RESUELVE

PRIMERO. Que se declare responsable directa a Jazztel, S.A. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento del apartado segundo de la Resolución de esta Comisión de 30 de marzo de 2000, relativo a la obligación de los operadores LINCE, RETEVISIÓN, AIRTEL y JAZZTEL de suministrar los números que correspondan a un acceso CASI a TELEFÓNICA, S.A.U.

SEGUNDO. Que se imponga a Jazztel, S.A. una sanción por importe de VEINTICINCO MILLONES DE PESETAS (25.000.000 de pesetas) (150.253,026 euros).

El pago de la sanción se efectuará en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), a través del recibo de ingreso que se adjunta. Una vez efectuado el ingreso, se remitirá un ejemplar del recibo de ingreso a esta Comisión para su archivo. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 20.2 (apartados “a” y “b”) del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, por tanto si la notificación de la presente Resolución se realiza entre los día 1 y 15 del mes, el período de pago voluntario abarcará desde el día siguiente a su notificación hasta el día 5 del mes siguiente o el inmediato hábil posterior; en el caso de que la notificación se realice entre los días 16 y último del mes, el período de pago voluntario abarcará desde el día siguiente al de la notificación hasta el día 20 del mes siguiente o el inmediato hábil posterior. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido se procederá a su exacción por vía de apremio, salvo que se interponga el correspondiente recurso.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, 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, 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 del la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº. Bº. EL PRESIDENTE,

EL SECRETARIO,

José María Vázquez Quintana.

José Giménez Cervantes.