



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JOSE GIMENEZ 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 8 de marzo de 2001, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR AMERICAN TELECOM, S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE FECHA 18 DE ENERO DE 2001, POR LA QUE SE SANCIONA A DICHA ENTIDAD COMO RESPONSABLE DE UNA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA MUY GRAVE POR INCUMPLIMIENTO DE LA CIRCULAR 1/1999, DE 4 DE NOVIEMBRE, DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES, SOBRE LA IMPLANTACIÓN DE LA PREASIGNACIÓN DE OPERADOR POR LOS OPERADORES DOMINANTES EN EL MERCADO DE REDES PÚBLICAS DE TELECOMUNICACIONES FIJAS.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por American Telecom, S.A. contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 18 de enero de 2001 (Expte. AJ 2000/2856-3229), por la que se le sanciona como responsable de una infracción administrativa muy grave, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 10/2001, la siguiente Resolución:

Resolución de 8 de marzo de 2001, recaída en el expediente AJ 2001/4159.

HECHOS

PRIMERO.- Por Acuerdo de fecha 20 de julio de 2000, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolvió iniciar el expediente sancionador de referencia AJ 2000/2856-3229 contra American Telecom, S.A. (en adelante, American Telecom), como presunta responsable directa de una



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 79.14 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), por el incumplimiento de la Circular 1/1999, de 4 de noviembre, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre la implantación de la preasignación de operador por los operadores dominantes en el Mercado de Redes Públicas de Telecomunicaciones Fijas (en adelante, Circular 1/1999 de Preasignación).

SEGUNDO.- Concluida la tramitación del expediente sancionador de referencia, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la resolución de fecha 18 de enero de 2001, mediante la cual se declaró a American Telecom responsable directa de una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.14 de la LGTel por incumplimiento del apartado noveno de la Circular 1/1999 de Preasignación, imponiéndole una sanción de veinticinco millones de pesetas (150.253,03 euros).

Dicha resolución fue notificada a American Telecom en fecha 19 de enero de 2001.

TERCERO.- Con fecha 21 de febrero de 2001, se ha recibido en el Registro de esta Comisión escrito del representante legal de American Telecom remitido por correo certificado el día 19 de febrero de 2001, mediante el cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 18 de enero de 2001 antes mencionada. En dicho recurso se realizan las siguientes alegaciones:

1. Caducidad del procedimiento.

American Telecom alega que “debe estimarse la caducidad del procedimiento por haber transcurrido más de seis meses desde su iniciación”, dado que “desde la fecha de inicio del presente procedimiento sancionador, el 26 de junio de 2000, hasta la fecha en que se produce la resolución al mismo, el día 18 de enero del año en curso han transcurrido más de seis meses, sin haberse producido, en toda la tramitación del procedimiento retrasos en su cómputo, imputables a mi representada.”

2. Error en la tipificación de la infracción.

La recurrente alega que “calificar como falta muy grave, el hecho de que un 0.5% de los contratos, en virtud de los cuales se inició el presente procedimiento carezcan de consentimiento por escrito, un 1.9% si además incluimos aquellos que según la instructora presentan



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

irregularidades, supone un grave quebranto del principio de proporcionalidad, consagrado en el artículo 131 de la Ley 30/1992”.

A su vez, American Telecom alega los perjuicios de imposible o difícil reparación que le podría ocasionar la ejecución de la resolución recurrida, sosteniendo que *“la Comisión a la que me dirijo no es desconocedora de las dificultades de tesorería por las que atraviesa mi representada. El apremio de veinticinco millones de pesetas pudiera causar perjuicios de muy difícil o aún imposible reparación.”* En base a ello, solicita la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida.

Por último, la recurrente solicita lo siguiente en su escrito:

1. *“Tener por presentado Recurso de Reposición contra el acuerdo de fecha resolución 18 de enero de 2001 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.*
2. *Dictar resolución expresa mediante la que se declare la caducidad del procedimiento sancionador objeto del presente recurso.*
3. *O en su defecto dictar nueva resolución que tipifique la conducta por la que se procede como infracción leve.*
4. *Se proceda a la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida.”*

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación.

El artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que la modifica, establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

El recurrente califica expresamente su escrito de 19 de febrero de 2001 como recurso de reposición por lo que, teniendo en cuenta lo anterior y que las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar al escrito presentado como un recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de 18 de enero de 2001. Ello, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado.

SEGUNDO.- Admisión a trámite.

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC.

Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley. Teniendo en cuenta lo anterior, procede admitir a trámite el recurso interpuesto.

TERCERO.- Competencia y plazo para resolver.

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado. Este recurso debe ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Contestación a las alegaciones de American Telecom.

A. En relación con la caducidad del procedimiento sancionador.

Por lo que respecta a la caducidad esgrimida por American Telecom en sus alegaciones, hay que señalar que, según lo dispuesto por el artículo 11 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), los procedimientos sancionadores se inician siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente. Según consta en el expediente que trae causa, el Acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador fue adoptado por resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 20 de julio de 2000, siendo notificado a la recurrente con fecha 24 de julio de 2000. Por ello, la fecha a partir de la cual comienza a computarse el plazo de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

seis meses al que se refiere el artículo 20.6 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, es precisamente, la fecha del acuerdo de iniciación, esto es, el día 20 de julio de 2000.

A ello no obsta el hecho de que, con anterioridad al inicio del procedimiento, se acordara la apertura de un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar un procedimiento sancionador, al amparo de lo establecido en el artículo 69.2 de la LRJPAC y el artículo 12 del Reglamento del Procedimiento Sancionador. Así resulta del propio tenor literal de ambos artículos:

- Artículo 69.2 de la LRJPAC: *“Con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa (...)”*
- Artículo 12.1 del Reglamento del Procedimiento Sancionador: *“Con anterioridad a la iniciación del procedimiento, se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación.”*

Así las cosas, no puede acogerse la pretensión de caducidad esgrimida por American Telecom, por cuanto la referencia a las alegaciones efectuadas por dicha entidad en fecha 26 de junio de 2000 se encuadra, obviamente, dentro del período de información previa, anterior al Acuerdo de iniciación de fecha 20 de julio de 2000. Por ello, las citadas alegaciones no pueden residenciarse en las realizadas al amparo del artículo 13.1.f) del Reglamento del Procedimiento Sancionador, posteriores al acuerdo de iniciación, sino dentro de las actuaciones realizadas en dicho período de información previa. Es más, el propio recurso de reposición expresa, en su Hecho Primero, que *“mediante acuerdo de 20 de julio de 2000, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolvió iniciar expediente sancionador contra American Telecom.”*

Establecido en fecha 20 de julio de 2000 el inicio del procedimiento sancionador, resulta evidente que el plazo de seis meses referido concluyó el día 20 de enero de 2001, sin perjuicio de las posibles interrupciones de su cómputo que se pudieran haber producido por causas imputables al interesado. Por cuanto la resolución sancionadora se adoptó el día 18 de enero de 2001, y ésta fue notificada el día 19 de enero del mismo año, es incontrovertible que no existe caducidad del procedimiento sancionador, en los términos establecidos en el artículo 20.6 del Reglamento del Procedimiento Sancionador. En consecuencia, cabe desestimar la alegación de caducidad del procedimiento sancionador.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

B. En relación con el error en la tipificación de la infracción.

Sostiene American Telecom en su recurso de reposición que calificar como falta muy grave el hecho de que un 0.5% de los contratos en virtud de los cuales se inició el procedimiento sancionador carezcan de consentimiento por escrito supone un grave quebranto del principio de proporcionalidad. Por ello, concluye afirmando que la calificación más acorde es la de infracción leve.

Sobre este particular, resulta preciso reiterar aquí lo que ya quedó suficientemente argumentado en la resolución de esta Comisión de fecha 18 de enero de 2001, ahora recurrida. En efecto, hay que señalar las siguientes consideraciones:

1. En primer lugar, cabe inferir de las afirmaciones vertidas por American Telecom en su escrito de recurso, el reconocimiento tácito de la comisión de los hechos considerados probados en la resolución de fecha 18 de enero de 2001. Efectivamente, por un lado no existe alegación alguna en el recurso que pretenda desvirtuar en lo más mínimo cualquiera de tales hechos probados. Es más, partiendo de su aceptación tácita, lo que se viene a alegar es una discrepancia en la tipificación de la infracción cometida. Así se deriva de las siguientes afirmaciones contenidas en el propio recurso:

*“Cabe concluir de lo expuesto en el presente ordinal, que **ÚNICAMENTE CINCO DE LOS CONTRATOS REFERENTES A LAS 23 LÍNEAS, OBJETO DE LA DILIGENCIA PROBATORIA, CARECEN DEL RESPECTIVO CONSENTIMIENTO POR ESCRITO, LOS RESTANTES SÍ INCORPORAN TAL CONSENTIMIENTO, EXPRESADO MEDIANTE LA FIRMA DEL RESPECTIVO ABONADO** –[sic, en negrilla original] de los que, uno carece de irregularidad alguna, quince contienen las irregularidades ya señaladas, y de los restantes nada se dice.”*

“Esta parte entiende que calificar como falta muy grave, el hecho de que un 0.5% de los contratos, en virtud de los cuales se inició el presente procedimiento carezcan de consentimiento por escrito, un 1.9%, si además incluimos aquellos que según la instructora presentan irregularidades, supone un grave quebranto del principio de proporcionalidad, consagrado en el artículo 131 de la Ley 30/1992.”

2. Durante la instrucción del procedimiento sancionador quedó suficientemente acreditado, tal y como consta en los hechos probados de la resolución recurrida, que American Telecom procedió a solicitar la preasignación de dieciséis números de teléfono sin el consentimiento escrito de los respectivos abonados, lo que constituye un claro y manifiesto incumplimiento del apartado noveno de la Circular 1/1999 de Preasignación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por ello, resulta incontrovertible que American Telecom incumplió una instrucción dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ámbito de sus competencias. Es obvio que la instrucción concreta se contrae a la salvaguarda de la libre competencia en el mercado, pues la preasignación constituye una herramienta esencial para la introducción y mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de los servicios de telefonía disponibles al público, dado que permite establecer unas condiciones de marcación equivalentes para los distintos operadores, sin diferencias entre el operador que provee el acceso y el de larga distancia. Por ello, la conducta de American Telecom es subsumible en el tipo de infracción administrativa muy grave fijado por el artículo 79.14 de la LGTel.

3. A esta tipificación no perjudica en absoluto el hecho de que, partiendo de la comisión de una infracción muy grave, se utilizasen en la resolución sancionadora unos criterios de graduación de la sanción a imponer, en función de las circunstancias concurrentes en el caso. Por tanto, dichas circunstancias no pueden tomarse en consideración para la tipificación de la falta cometida, sino para la graduación de la sanción a imponer, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 131 de la LRJPAC y el artículo 82.3 de la LGTel, tal y como quedó recogido en los Fundamentos jurídicos Quinto y Sexto de la resolución recurrida.

Por último, no resulta posible tipificar la conducta llevada a cabo por American Telecom como una infracción leve prevista en el artículo 81.5 de la LGTel, tal y como pretende dicha entidad en su recurso, puesto que el citado apartado se refiere, textualmente, a *“cualquier otro incumplimiento de las obligaciones impuestas a los explotadores y usuarios de servicios y redes de telecomunicaciones, previsto en las leyes vigentes, salvo que deba ser considerado como infracción grave o muy grave, conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores.”* Quiebra esta pretensión por cuanto la obligación que pesaba sobre American Telecom en relación con la obtención previa del consentimiento escrito del abonado para la preasignación de su número de teléfono no está prevista en una Ley, sino en una Circular de esta Comisión. Además, la contravención de dicha obligación supone un manifiesto incumplimiento de una instrucción de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y dicho incumplimiento está tipificado como infracción muy grave por el artículo 79.14 de la LGTel, es decir, que debe ser considerado como tal, lo que excluye, asimismo, la posibilidad de aplicación de la infracción tipificada en el artículo 81.5 de la LGTel.

Procede, por tanto, desestimar la alegación de American Telecom respecto al error en la tipificación de la infracción sancionada.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Suspensión de la ejecución de la resolución recurrida.

American Telecom solicitó, al amparo del artículo 111 de la LRJPAC, la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida, alegando perjuicios de imposible o difícil reparación. En concreto, la recurrente se limita a sostener que *“la Comisión a la que me dirijo no es desconocedora de las dificultades de tesorería por las que atraviesa mi representada. El apremio de veinticinco millones de pesetas pudiera causar perjuicios de muy difícil o aún imposible reparación.”*

En relación con esta pretensión hay que indicar, en primer lugar, que tanto el artículo 138.3 de la LRJPAC como el artículo 21.1 del Reglamento del Procedimiento Sancionador otorgan ejecutoriedad a las resoluciones sancionadoras que pongan fin a la vía administrativa. Por cuanto las resoluciones dictadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones públicas ponen fin a la vía administrativa, según lo dispuesto por el artículo 1.Ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones y el artículo 3.2 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, resulta que la resolución sancionadora impugnada es inmediatamente ejecutiva. A ello no empece la interposición del recurso presentado por American Telecom, conforme lo dispuesto en el artículo 111.1 de la LRJPAC.

En tal estado de cosas, la única vía para suspender la ejecución del acto impugnado, hasta la resolución del recurso interpuesto, habría sido la establecida en el artículo 111.2 de la LRJPAC. Pues bien, es preciso señalar al respecto que American Telecom se ha limitado en su escrito a citar una de las causas posibles de suspensión, como es el perjuicio de imposible o difícil reparación, sin acompañar ni proponer actividad probatoria alguna con el fin de que esta Comisión pudiera haber ponderado razonadamente, y en este caso concreto, el perjuicio irrogado por la suspensión pretendida al interés público y el causado al recurrente. Considerando, además, que el recurso planteado se resuelve dentro del plazo establecido por el artículo 111.3 de la LRJPAC para pronunciarse sobre la solicitud de suspensión y que dicha suspensión únicamente produciría efectos hasta la citada resolución del recurso, no ha procedido la suspensión de la ejecución del acto impugnado.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por la representación legal de la entidad AMERICAN TELECOM, S.A. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 18 de enero de 2001, por la que se resuelve el expediente sancionador incoado a la citada entidad por el incumplimiento del apartado noveno de la Circular 1/1999, de 4 de noviembre, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre la implantación de la preasignación de operador por los operadores dominantes en el Mercado de Redes Públicas de Telecomunicaciones Fijas, confirmando íntegramente su contenido.

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 resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 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 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José Mª Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes