



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión nº 04/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 29 de enero de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente RO 2007/1091, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR RO 2007/1091 INCOADO A LA ENTIDAD SPAIN PHONE CARD, S.L. POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIBLES PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS.

Finalizada la instrucción del presente expediente sancionador incoado contra SPAIN HPNE CARD, S.L. por Acuerdo del Consejo de esta Comisión de 17 de abril de 2008 y, vista la propuesta de resolución elevada a este Consejo por la Instructora del citado procedimiento sancionador, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 04/09 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

I

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Escrito de denuncia presentado por la entidad Sistemas Alternativos de Telefonía Internacional, S.L.

Con fecha 1 de septiembre de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Don Alex Calatayud Alejo en nombre y representación de la entidad SISTEMAS ALTERNATIVOS DE TELEFONÍA INTERNACIONAL, S.L. (en adelante, "SATI") mediante el que denuncia a la entidad SPAIN PHONE CARD, S.L., (en adelante, "SPAIN PHONE CARD") por estar prestando servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir con los requisitos exigidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, "LGTel") (Documento núm. 1 del expediente administrativo).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según manifestaciones de SATI, la entidad SPAIN PHONE CARD *“se dedica al sector de las telecomunicaciones, telefonía internacional, así como a la instalación de equipos de telecomunicaciones y su mantenimiento y ofrece una tarjeta magnética para telefonía móvil bajo el distintivo “+UNIVERSAL” manifestando en dicho requerimiento que, dichas tarjetas gozan de extensa difusión y de un acreditado prestigio en el mercado”*.

Segundo. Consulta en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

A la vista del escrito presentado por SATI, esta Comisión procedió a consultar el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas cuya gestión le está encomendada, al objeto de comprobar la situación registral de la empresa denunciada. Con fecha 5 de noviembre de 2007, se comprobó que SPAIN PHONE CARD no figuraba inscrita en el citado Registro de Operadores como persona autorizada para la explotación de redes ni para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

Tercero. Inicio del procedimiento de información previa y requerimiento de información a SPAIN PHONE CARD.

Mediante sendos escritos del Secretario del Consejo de esta Comisión de fecha 19 de noviembre de 2007 se informó a SATI y a SPAIN PHONE CARD de la apertura del período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento, en virtud de lo dispuesto en los artículos 69.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, “LRJPAC”) y 12 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 agosto (en adelante, “Reglamento de la Potestad Sancionadora”) (Documentos núm. 2 y 3, respectivamente).

Igualmente, mediante el citado escrito del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser necesario para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la presente Resolución, se dio traslado a SPAIN PHONE CARD del escrito presentado por SATI, confiriéndosele un plazo de diez días para que formulara alegaciones y presentara los documentos que tuviera por convenientes. Asimismo, se le requirió la siguiente información, con aportación de su correspondiente documentación acreditativa (Documento núm. 3):

- *“La actividad a la que se dedica, en concreto explicación detallada de la oferta de productos y servicios que ofrece, así como su descripción comercial.*
- *Señale la fecha en la que SPAIN PHONE CARD, S.L. inició la actividad en el apartado anterior y su ámbito geográfico de cobertura.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Si prestase el servicio telefónico fijo y/o móvil disponible al público mediante tarjetas telefónicas prepago, deberá informar sobre los contratos suscritos para la provisión del servicio de plataforma para la prestación del servicio telefónico disponible al público por medio de soportes de pago y prestación del servicio de transporte y terminación nacional y/o internacional de llamadas.*

En particular, indicar de forma detallada:

- a) *Operadores con los que ha contratado los citados servicios.*
 - b) *Vigencia de los contratos suscritos.*
 - c) *Denominación comercial, nombre de la tarjeta y numeración utilizada.*
- *Información sobre los ingresos por operaciones del ramo de su actividad para cada una de las actividades que realiza.*
 - *Indicar si explota alguna red de comunicaciones electrónicas y, en su caso, la tecnología utilizada. En el caso de que no explote ninguna red, aportar la documentación acreditativa que acredite la vinculación comercial y contractual con su proveedor de acceso a la red de comunicaciones electrónicas.*
 - *Documentación acreditativa de la relación contractual de SPAIN PHONE CARD, S.L con sus clientes (usuarios finales) para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas con copia de los contratos suscritos. Asimismo, copia de las facturas expedidas a sus clientes (usuarios finales), incluyendo el número total de abonados.”*

Cuarto. Notificación a través del B.O.E.

No habiendo resultado posible la notificación del escrito de apertura del inicio del procedimiento de información previa así como del requerimiento de información practicado a la entidad SPAIN PHONE CARD, puesto que el interesado era desconocido en el domicilio del que se tenía constancia en el expediente sito en Santa Cruz de Tenerife (Canarias), calle Imelda Seris, núm. 27¹, de acuerdo con lo establecido en el artículo 59.5 de la LRJPAC se procedió a notificar, en fecha 19 de febrero de 2008, a través del Boletín Oficial del Estado (en adelante, “B.O.E.”) el inicio de la tramitación del mismo y del requerimiento de información realizado (Documento núm. 4 del expediente administrativo).

Quinto. Incoación del procedimiento sancionador.

Con fecha 17 de abril de 2008, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acordó la apertura del procedimiento sancionador contra SPAIN PHONE CARD como presunto responsable directo de una infracción administrativa

¹ El domicilio del denunciado ha sido facilitado por su Agente de Propiedad Industrial, esto es, la entidad mercantil UNGRÍA PATENTES Y MARCAS, S.A., por el denunciante y así como el que figura en la página web de Páginas Amarillas (<http://www.paginas-amarillas.es>).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.t) de la LGTel, consistente en la presunta prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de reventa del servicio telefónico disponible al público, sin cumplir con los requisitos exigibles establecidos en la LGTel y su normativa de desarrollo.

Mediante escrito del Secretario de la Comisión de fecha 18 de abril de 2008, se procedió a notificar al denunciante, a SPAIN PHONE CARD y a la Instructora la citada resolución (Documentos núm. 6, 7 y 8, respectivamente, del expediente administrativo).

Igualmente, mediante el citado acuerdo de incoación del procedimiento sancionador se dio traslado a SPAIN PHONE CARD para que aportara cuantas alegaciones, documentos e informaciones estimara convenientes y en su caso, proponer prueba concretando los medios de los que pudiera valerse, no habiendo realizado, el presunto infractor, alegaciones al citado acuerdo de incoación.

Sexto. Práctica de la prueba.

En fecha 18 de junio de 2008, la Instructora del procedimiento solicitó al Secretario de la Comisión que diera las órdenes oportunas a los inspectores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a fin de comprobar si SPAIN PHONE CARD estaba prestando servicios de comunicaciones electrónicas (Documento núm. 10 del expediente administrativo). Un día más tarde, el Secretario de la Comisión ordenó que se procediese a realizar dicha inspección en fecha 27 de junio de 2008 (Documento núm. 11 del expediente administrativo).

Según se dispone en la citada Orden de inspección de fecha 19 de junio de 2008, los actos de inspección se centran en las siguientes cuestiones:

- “
- *Verificar si existe entre los distintos canales de comercialización y distribución de tarjetas prepago o locutorios, de la ciudad de Barcelona, la tarjeta prepago “+UNIVERSAL”. En caso afirmativo, se procederá a la realización de acciones de compra del producto “Tarjeta +UNIVERSAL” a fin de determinar su puesta a disposición al cliente final.*
 - *Comprobar si en la citada tarjeta “+UNIVERSAL” consta la entidad SPAIN PHONE CARD, S.L. como titular de la marca “+UNIVERSAL” y por ende, de la tarjeta prepago así como cualquier otro dato que pudiera vincular dicha tarjeta con SPAIN PHONE CARD.*
 - *Comprobar, en su caso, la operatividad funcional de las tarjetas “+UNIVERSAL” que se adquiriesen al momento de la inspección, por medio de la realización de llamadas.”*

Según consta en el Acta de Inspección, la inspectora procedió a comprobar si existía entre los distintos canales de comercialización y distribución de tarjetas prepago o



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

locutorios, de la ciudad de Barcelona, la tarjeta prepago "+UNIVERSAL". Habida cuenta de la imposibilidad de la inspectora de encontrar la tarjeta prepago "+UNIVERSAL" en la muestra aleatoria de locutorios y comercios de la ciudad de Barcelona, no se pudo proceder a la comprobación de la operatividad de la citada tarjeta (Documento núm. 13 del expediente administrativo).

Séptimo. Requerimiento de información a SPAIN PHONE CARD.

Mediante escrito de fecha 20 de junio de 2008 de la Instructora se requirió a SPAIN PHONE CARD la siguiente información por ser relevante para determinar, en su caso, la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción (Documento núm. 12 del expediente administrativo):

- a) *"La actividad a la que se dedica, en concreto explicación detallada de la oferta de productos y servicios que ofrece, así como su descripción comercial.*
- b) *Señale la fecha en la que SPAIN PHONE CARD, S.L. inició la actividad señalada en el apartado anterior y su ámbito geográfico.*
- c) *Si prestase el servicio telefónico fijo y/o móvil disponible al público mediante tarjetas telefónicas prepago, deberá informar sobre los contratos suscritos para la provisión del servicio de plataforma para la prestación del servicio telefónico disponible al público por medio de soportes de pago y prestación del servicio de transporte y terminación nacional y/o internacional de llamadas.*

En particular, indicar de forma detallada:

- a. *Operadores con los que ha contratado los citados servicios.*
- b. *Vigencia de los contratos suscritos.*
- c. *Denominación comercial, nombre de la tarjeta y numeración utilizada.*
- d) *Información sobre los ingresos por operaciones del ramo de su actividad para cada una de las actividades que realiza.*
- e) *Indicar si explota alguna red de comunicaciones electrónicas y, en su caso, la tecnología utilizada. En el caso de que no explote ninguna red, aportar la documentación acreditativa que acredite la vinculación comercial y contractual con su proveedor de acceso a la red de comunicaciones electrónicas.*
- f) *Documentación acreditativa de la relación contractual de SPAIN PHONE CARD, S.L. con sus clientes (usuarios finales) para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas con copia de los contratos suscritos. Asimismo, copia de las facturas expedidas a sus clientes (usuarios finales), incluyendo el número total de abonados".*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Octavo. Notificación de inicio de actividad de SPAIN PHONE CARD.

Con fecha 14 de junio de 2008, tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión escrito Don Alejandro Durán Picazo, en nombre y representación de la entidad SPAIN PHONE CARD, mediante el que notificó su intención de iniciar la prestación de servicios de comunicaciones de reventa del servicio telefónico fijo disponible al público, al amparo de lo establecido en el artículo 6.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, "LGTel") y, sin hacer referencia explícita a los requerimientos de información practicados (Documento núm. 9 del expediente administrativo).

No habiéndose dictado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolución motivada, con fecha 16 de septiembre de 2008, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de la entidad SPAIN PHONE CARD, mediante el que notificó nuevamente (esta vez por correo ordinario) su intención de iniciar la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de reventa del servicio telefónico fijo disponible al público, al amparo del artículo 6.2 de la LGTel (Documento núm. 14 del expediente administrativo).

Esta segunda notificación dio origen al expediente 2008/1543, finalizando el procedimiento con la Resolución del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de fecha 6 de octubre de 2008 en virtud de la cual se acordó inscribir, en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas que se lleva en esta Comisión, a la entidad SPAIN PHONE CARD como persona autorizada para la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas del "*servicio telefónico fijo disponible al público*" (Documento núm. 17 del expediente administrativo).

Según consta en la citada Resolución del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la sociedad interesada había indicado como fecha de inicio de la actividad de reventa del servicio telefónico fijo disponible al público el 20 de septiembre de 2008.

Advertido el error de hecho producido y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 de la LRJPAC, mediante escrito del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 30 de octubre de 2008 se procedió a corregir la fecha de la notificación prevista en el artículo 6.2 de la LGtel, siendo el 14 de junio de 2008 (Documento núm. 20 del expediente administrativo).

Noveno. Contestación al requerimiento de información a SPAIN PHONE CARD.

Con fecha 25 de septiembre de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del denunciado por el que contesta al requerimiento de información practicado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en el seno del procedimiento sancionador abierto (Documento núm. 15 del expediente administrativo).

SPAIN PHONE CARD afirma que *“inició sus actividades en el año 2001 como agente de operadores de telecomunicaciones, comercializando tarjetas telefónicas en nombre y representación de otros operadores. Teleconnect Comunicaciones, S.A., Orange, Orbitel Com. Latinoam, SAU o Arsitel, así como la explotación de locutorios y la distribución de productos de Vodafone”*.

Igualmente reconoce que se dedica a la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de reventa del servicio telefónico fijo disponible al público mediante tarjetas prepago, las cuales se comercializan bajo la marca “+UNIVERSAL” que es de su titularidad.

La realización de esta última actividad (reventa del servicio telefónico fijo disponible al público mediante tarjetas prepago +UNIVERSAL) tiene como finalidad poder *“fidelizar a su clientela mediante la creación de marcas propias y la comercialización de tarjetas bajo dicha marca [+UNIVERSAL]. Para ello, “no desarrolló una red propia de telecomunicaciones. Ni siquiera desarrolló los sistemas y funcionalidades para la prestación del servicio telefónico disponible al público. Por el contrario, se limitó a revender los servicios ofertados por los operadores para los que actuaba como agente, entre los que se incluyen a entidades como Teleconnect Comunicaciones, S.A., Orange, Orbitel Com. Latinoam, SAU o Arsitel”*.

El lanzamiento de las tarjetas prepago “+UNIVERSAL” se realizó a principios de 2005 y *“resultó dificultoso”* motivo por el que *“la actividad de reventa resulta menor y prácticamente no genera beneficios”*.

Añade que entendió de forma equivocada que la realización de dicha actividad *“no modificaba su situación jurídica en relación con esa Comisión”*, pero que *“apenas fue consciente de la existencia de esa obligación [obligación contenida en el artículo 6.2 de la LGTel], procedió a realizar la oportuna notificación fehaciente.”*

De esta manera, alega que *“en fecha 14 de junio de 2008 mi representada presentó en el registro telemático de esa Comisión la notificación prevista en el artículo 6.2 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, para la prestación del servicio de reventa del servicio telefónico fijo disponible al público a partir del día 16 de junio de 2008. (...) Esta notificación no desembocó en la oportuna inscripción en el Registro de Operadores de esa Comisión por motivos que desconocemos.”*

Por este motivo, *“el 16 de septiembre de 2008 volvió a realizar la oportuna notificación de actividad a esa Comisión, esta vez mediante el tradicional correo administrativo. (...) Como consecuencia de lo expuesto se deriva que este operador ha dado ya oportuno cumplimiento a la exigencia de notificación a esa Comisión de su actividad de reventa del servicio telefónico fijo disponible al público. La respuesta de mi*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

representada fue inmediata. En cuanto fue consciente de sus obligaciones, les dio oportuno cumplimiento.”

Consciente de la infracción cometida expone que dicha infracción *“ha tenido una nula repercusión social. (...) con un beneficio prácticamente inexistente. (...) No concurre circunstancia agravante alguna.”*

Finalmente, manifiesta que las notificaciones realizadas en el marco del periodo de información previa a la incoación del presente procedimiento sancionador se realizaron en la dirección correcta pero lo confuso de la misma parece que impidió su entrega por lo que no pudo dar puntual contestación a los requerimiento de esa Comisión ni de exponer sus posiciones.

Décimo. Solicitud de ingresos brutos de explotación a SPAIN PHONE CARD.

Mediante escrito de la Instructora del presente procedimiento sancionador de fecha 3 de octubre de 2008, se requirió a SPAIN PHONE CARD la remisión de la siguiente información por ser relevante para determinar, en su caso, la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción (Documento núm. 16 del expediente administrativo).

“

- *Fecha concreta del lanzamiento de la tarjeta prepago “+UNIVERSAL”.*
- *Desglose de ingresos y gastos correspondientes a la actividad de reventa de la prestación del servicio telefónico disponible al público por medio de soportes de pago bajo la marca española registrada +UNIVERSAL.*
- *Desglose parcial del activo afecto a la citada actividad de comunicaciones electrónicas.*
- *Número de tarjetas prepago “+UNIVERSAL” vendidas desde la fecha de su lanzamiento (a principios de 2005) hasta la actualidad.*
- *Precio por unidad y margen obtenido por tarjeta”.*

Decimoprimer. Contestación de SPAIN PHONE CARD al segundo requerimiento de información practicado.

Con fecha 20 de octubre de 2008, se ha recibido en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de SPAIN PHONE CARD contestando al segundo requerimiento de información practicado (Documento núm. 18 del expediente administrativo).

SPAIN PHONE CARD afirma que no tiene *“constancia de la fecha concreta de lanzamiento”* de la tarjeta prepago +UNIVERSAL pero que *“pueden confirmar que fue en el mes de enero de 2005.”*

Igualmente, manifiestan que *“el precio por unidad de la tarjeta ha sido habitualmente de 5 euros, con algunas emisiones de 7 euros”*, pero que al tratarse de una empresa



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de pequeño tamaño no *“realiza una contabilidad específica por tipo de tarjeta, ni archiva datos históricos sobre márgenes (...) ni tampoco la tarjeta tuvo un tratamiento contable diferenciado del resto de tarjetas comercializadas por mi representada”* por lo que *“no disponen de datos históricos específicos para la denominada actividad de reventa”*.

Decimosegundo. Propuesta de Resolución de la Instructora del procedimiento sancionador.

Con fecha 5 de diciembre de 2008, la Instructora del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución en la que proponía lo siguiente:

“PRIMERO. Declarar responsable directo a la entidad **SPAIN PHONE CARD, S.L.** de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.t) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber iniciado, sin presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la Ley General de Telecomunicaciones vigente, de la actividad consistente en la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas.

SEGUNDO. Imponer a **SPAIN PHONE CARD, S.L.** una sanción económica por importe de diez mil euros (10.000 Euros).

TERCERO. Intimar al denunciado a que proceda, conforme al artículo 56.2 de la Ley General de Telecomunicaciones, al pago de la tasa general de operadores, que hubiera debido satisfacer en el supuesto de haber realizado la notificación a que se refiere el artículo 6 de la citada Ley.”

Dicha propuesta de resolución fue notificada a la entidad denunciada con fecha 11 de diciembre de 2008.

Decimotercero.- Alegaciones de SPAIN PHONE CARD a la Propuesta de Resolución de la Instructora del procedimiento sancionador.

En fecha 5 de enero de 2009, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de SPAIN PHONE CARD frente a la propuesta de resolución mencionada anteriormente. En el citado escrito SPAIN PHONE CARD realiza las siguientes manifestaciones:

- Que *“esta Comisión no ha tenido en consideración las alegaciones de mi representada en el escrito de 22 de septiembre de 2008 en relación con la diligencia exigida para evitar el resultado antijurídico”* ya que *“apenas fue consciente de la existencia de esta obligación, tras la apertura del presente expediente, procedió a la realización de la oportuna notificación”* al entender que *“la exigencia de obtención de título habilitante para la prestación de servicios de reventa no resulta evidente”*.
- Que esta Comisión no ha tenido en consideración *“las circunstancias atenuantes existentes (...) al entender que concurren ulteriores circunstancias*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

atenuantes que no han sido tomadas en consideración por esa Comisión” tales como:

- “Que no ha cometido ninguna otra infracción;
- Que no ha causado ningún daño ni a los usuarios ni siquiera a la entidad que presentó la denuncia;
- Que no ha existido intencionalidad en la comisión de la infracción;
- Que ha reconocido los hechos en el marco del actual expediente y;
- Que la sanción pecuniaria de 10.000 euros no parece proporcional a los beneficios derivados de la actividad”.

II

HECHO PROBADO

De la documentación obrante en el expediente y de las pruebas practicadas ha quedado probado, a los efectos del procedimiento de referencia, el siguiente hecho:

ÚNICO.- Que la entidad **SPAIN PHONE CARD** ha estado tres años y seis meses prestando el servicio de comunicaciones electrónicas de reventa del servicio telefónico fijo disponible al público sin haber realizado la notificación fehaciente al amparo del artículo 6.2 de la LGTel.

Según consta en las actuaciones realizadas y en los documentos incorporados a la instrucción del procedimiento sancionador, resultan probados los siguientes hechos:

Del escrito de denuncia presentado por SATI en fecha 1 de septiembre de 2007 así como de la documentación adjunta a la misma se desprenden ya indicios suficientes según los cuales SPAIN PHONE CARD habría iniciado la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de reventa del servicio telefónico disponible al público mediante tarjetas prepago, antes de proceder a la notificación a esta Comisión a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel.

A tal efecto, la entidad denunciante aporta copia de un burofax remitido por el agente de propiedad industrial (la entidad UNGRÍA PATENTES Y MARCAS, S.A.) del denunciado en el que se expone que “[SPAIN PHONE CARD] es una sociedad que se dedica al sector de las telecomunicaciones, telefonía internacional, así como a la instalación de equipos de telecomunicaciones y su mantenimiento y ofrece una tarjeta magnética para telefonía móvil bajo el distintivo “+UNIVERSAL” manifestando en dicho requerimiento que, dichas tarjetas gozan de extensa difusión y de un acreditado prestigio en el mercado.”

En el marco del expediente de información previa, esta Comisión consultó la situación registral de SPAIN PHONE CARD en la página web del Registro Mercantil Central (<http://www.rmc.es>) así como el estado registral de la marca “+UNIVERSAL” en la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aplicación denominada “*Localizador de Marcas. Servicio de Consulta*” que figura en la página web de la Oficina Española de Patentes y Marcas (<http://www.oepm.es>).

De las consultas realizadas en los citados Registros Públicos, esta Comisión constató lo siguiente:

- Que la entidad mercantil SPAIN PHONE CARD tiene como objeto social “*El comercio de telecomunicaciones, venta de minutos, telefonía internacional, así como la instalación de equipos de telecomunicaciones y su mantenimiento.*” (El subrayado es nuestro) y;
- Que “+UNIVERSAL” es una marca española de tipo denominativo con gráfico cuya titularidad corresponde a SPAIN PHONE CARD, para las clases 9 para el producto tarjeta magnética para teléfonos y 36 para servicios de tarjetas prepago de teléfono, respectivamente².

Iniciado el presente procedimiento sancionador, en fecha 14 de junio de 2008, SPAIN PHONE CARD notificó a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones su intención de iniciar la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de reventa del servicio telefónico fijo disponible al público mediante tarjetas prepago, al amparo del artículo 6.2 de la LGTel.

Desde dicha fecha (14 de junio de 2008), SPAIN PHONE CARD figura inscrita en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas dependiente de esta Comisión como persona autorizada para la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de reventa del servicio telefónico fijo disponible al público.

Habida cuenta de la falta de contestación al requerimiento de información realizado en el seno del periodo de información previa así como de la no realización de alegaciones al acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador adoptado por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sesión de 17 de abril de 2008, la Instructora del procedimiento consideró necesario realizar un requerimiento de información a SPAIN PHONE CARD en fecha 20 de junio de 2008 a fin de que realizara alegaciones y presentara los documentos e informaciones que estimara pertinentes.

En fecha 25 de septiembre de 2008, SPAIN PHONE CARD contestó al citado requerimiento de información practicado (Documento núm. 15 del expediente administrativo), afirmando rotundamente que se dedica a la prestación de servicios de

² La mención a las clases 9 y 36 hace referencia al sistema de clasificación de productos y servicios para el registro de las marcas de fábrica o de comercio y las marcas de servicios. Dicha clasificación se basa en un tratado multilateral administrado por la OMPI, que se denomina el Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas, concertado en 1957. Esta Clasificación se conoce comúnmente como la Clasificación de Niza. El Arreglo de Niza está abierto a los Estados parte (del que el Reino de España es parte) en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comunicaciones de reventa del servicio telefónico fijo disponible al público mediante la tarjeta prepago +Universal, *“revendiendo los servicios ofertado por los operadores para los que actuaba como agente, entre los que se incluyen a entidades como Teleconnect Comunicaciones, S.A., Orange, Orbitel Com. Latinoam, SAU o Arsite”*³ desde enero de 2005, siendo como el precio por unidad de la tarjeta de 5 Euros, con algunas emisiones de 7 euros.

De lo anterior se desprende que SPAIN PHONE CARD ha estado **3 años y 6 meses** prestando el servicio de comunicaciones electrónicas de reventa del servicio telefónico fijo disponible al público sin estar inscrito en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

En definitiva y como consecuencia de lo anterior, del examen (i) del escrito de denuncia y de su documentación adjunta, (ii) de las alegaciones realizadas por SPAIN PHONE CARD, (iii) de las actuaciones de oficio realizadas por la Instructora para el examen de los hechos y (iv) de la consulta en el Registro de Operadores, esta Comisión considera probado que SPAIN PHONE CARD ha iniciado a principios de 2005 la actividad consistente en la prestación del servicio de reventa del servicio telefónico fijo disponible al público, sin presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel.

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 el artículo 58.a).1º) de la LGTel.

De acuerdo con este precepto, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por medio de su Consejo, el ejercicio de la competencia sancionadora cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54.

³ Según consta en el Registro de Operadores, las entidad Teleconnect Comunicaciones, S.A., Orange, Orbitel Comunicaciones Latinoamericanas, S.A.U. figuran inscritas en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas como personas autorizadas para la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas del servicio telefónico fijo disponible al público.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO. Tipificación de los hechos probados.

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 53.t) de la LGTel, que califica como infracción muy grave la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en la LGTel y su normativa de desarrollo.

Tal y como consta en el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, el expediente se inició contra la entidad SPAIN PHONE CARD, por haber incurrido, presuntamente, en la conducta consistente en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de reventa del servicio telefónico fijo disponible al público, sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en la LGTel y su normativa de desarrollo.

El apartado 2 del artículo 6 de la LGTel establece como un requisito exigible para la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, que los interesados, ya sean personas físicas o jurídicas⁴, con anterioridad al inicio de la actividad, lo notifiquen fehacientemente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en los términos que se determinen mediante Real Decreto, sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que se pretenda realizar.

A estos efectos, debe tenerse en cuenta el alcance legal del concepto de “*Servicio de comunicaciones electrónicas*”, definido en el Anexo II de la LGTel, apartado 28 y que establece:

“Servicio de comunicaciones electrónicas: el prestado por lo general a cambio de una remuneración que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas...”

El régimen legal actualmente en vigor que regula la autorización general, está diseñado de tal forma que cualquier actividad que pueda ser encuadrada dentro de la definición anteriormente transcrita deberá ser objeto de la notificación previa a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel. Esto es así, porque la autorización general que habilita para realizar estas actividades dimana directamente de la propia Ley y los interesados que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 6.1 de la Ley para quedar amparados por la citada autorización general sólo han de cumplir, de forma previa al inicio de la actividad, con la obligación de realizar la citada notificación.

⁴ El artículo 6.1 de la LGTel establece que podrán explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas a terceros las personas físicas o jurídicas nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o con otra nacionalidad, cuando, en el segundo caso, así esté previsto en los en los acuerdos internacionales que vinculen al Reino de España.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A la luz de las anteriores consideraciones, es preciso analizar si el servicio efectivamente prestado por la entidad denunciada puede ser enmarcado dentro de la definición de servicio de comunicaciones electrónicas.

No existe en la normativa actual una definición de reventa del servicio telefónico. No obstante, esta Comisión se ha pronunciado en diferentes Resoluciones sobre lo que se entiende por prestación del servicio de reventa del servicio telefónico. Así, en la Resolución de 28 de julio de 2005, relativa a consulta formulada por el ente Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), se señala que:

“La reventa de los servicios de comunicaciones electrónicas implica la actuación del revendedor como cliente mayorista respecto de un operador y como suministrador minorista respecto a un tercero, siendo responsable de la prestación del servicio ante el mismo y de aspectos conexos como facturación, etc. El revendedor contrataría en su propio nombre y presentaría a sus potenciales clientes el servicio como propio, ofreciendo sus propias condiciones y precios.

En último término, sería el servicio que se va a comercializar el que calificaría la reventa, hablándose de reventa del servicio telefónico fijo, o del servicio telefónico móvil. La reventa del servicio telefónico consiste en la compra de minutos de llamadas telefónicas al por mayor a distintos operadores habilitados para su prestación, para, a su vez, ofrecérselos a un tercero, generalmente por un precio superior. En relación con el servicio telefónico fijo, existen tres modalidades dependiendo del modo de acceso de los clientes:

-Acceso directo: Consiste en la distribución, como mayorista, de los servicios telefónicos prestados por un operador con título habilitante para la prestación del servicio telefónico disponible al público (disponibilidad de líneas telefónicas para tal actividad y acceso sin restricciones, desde éstas, a los circuitos nacionales e internacionales ofrecidos por el operador con una importante reducción de tarifas vigentes para estos circuitos).

-Acceso indirecto: Se basa en la utilización de los prefijos asignados a los operadores habilitados, o bien la utilización de marcación de numeración de red inteligente en la que los operadores habilitados instalan equipos que permiten reconocer a los clientes declarados por el revendedor, a través de la marcación de un código de identificación.

-Tarjetas telefónicas prepagadas: Realización de la llamada a través de una plataforma accesible a través de numeración de red inteligente, y la marcación de un código de identificación del cliente.”

Los servicios de reventa del servicio telefónico han sido tratados en múltiples ocasiones por esta Comisión. De entre ellas se pueden citar las Resolución de fecha 13 de diciembre de 2007 sobre el procedimiento sancionador incoado a la entidad



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vendam Sociedad Cooperativa por el presunto incumplimiento de los requisitos exigibles para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (expediente RO 2006/1053); la Resolución de 3 de abril de 2008 por la que se ponía fin al período de información previa a la apertura de un procedimiento sancionador contra la entidad Comercial Servicios Quinielas, S.L. (expediente RO 2007/1473) o la Resolución de 31 de julio de 2008 del procedimiento sancionador RO 2007/813 incoado a la entidad Melillatel Comunicaciones Melillenses, S.L. por el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 6.2 de la LGTel.

Más aún, la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 13 de septiembre de 2007⁵ manifestó que una entidad que se dedica a la reventa de la prestación del servicio telefónico disponible al público por medio de soportes de pago es un operador habilitado para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y que debe estar inscrito en el citado Registro de Operadores.

Por lo tanto, y con independencia del operador con el que se contraten los servicios mayoristas para la prestación del servicio telefónico disponible al público mediante tarjetas prepago, y de acuerdo con las actuaciones practicadas, SPAIN PHONE CARD es un operador revendedor cuya actividad debe ser notificada fehacientemente, con carácter previo a su inicio, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 de la LGTel.

Una vez analizada la documentación aportada en el presente procedimiento, se desprende que la actividad prestada por la presunta infractora queda perfectamente encuadrada dentro de lo que esta Comisión entiende por reventa del servicio telefónico fijo en su modalidad de tarjetas telefónicas prepagadas. Tal y como se deriva del Hecho Probado Único, SPAIN PHONE CARD afirma que inició la actividad revendiendo los servicios telefónicos ofertados por los operadores para los que actuaba como agente, entre los que se incluyen, Teleconnect Comunicaciones, S.A., Orange, Orbitel Com. Latinoam, SAU o Arsitel, en enero de 2005, siendo el precio por unidad de la tarjeta de 5 Euros y que no ha cesado en el ejercicio de dicha actividad.

Por cuanto antecede, la instrucción del presente procedimiento sancionador ha revelado que la infracción tipificada en el artículo 53.t) de la LGTel se concreta, en el presente caso, en que SPAIN PHONE CARD ha llevado a cabo las actividades consistentes en la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas, antes de presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel vigente, existiendo pues, tipicidad en la actuación de SPAIN PHONE CARD, conforme con lo establecido en el artículo 129 de la LRJPAC.

⁵ Resolución por la que se pone fin al período de información previa iniciado a resultados de la información remitida por TELEFÓNICA DE ESPAÑA. S.A.U. en relación con el modelo de contrato para la prestación del servicio telefónico disponible al público para operadores por medio de soportes de pago. En dicha Resolución se introdujo la figura jurídica de "Operador Emisor de Tarjetas" en sustitución de la figura de Agentes Distribuidores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO. Culpabilidad de SPAIN PHONE CARD en la comisión de la infracción y ausencia de eximentes de responsabilidad.

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.

Si bien históricamente se había admitido la responsabilidad objetiva en la imposición de sanciones administrativas, es decir, basada en la simple relación con una cosa, actualmente la jurisprudencia mantiene la aplicabilidad del principio de culpabilidad en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, de lo que son reflejo, entre otras muchas, las siguientes sentencias:

1. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1998: *“esta Sala ha declarado constantemente, a partir de la Sentencia de 5 de Febrero de 1988, que la potestad sancionadora de la Administración, en tanto que manifestación del ius puniendi del Estado se rige, con las modulaciones necesarias, por los principios del Derecho Penal, siendo principio estructural básico el de la culpabilidad, incompatible con un régimen de responsabilidad objetiva”*.
2. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Febrero de 2000: *“Es cierto, como reconoce la parte recurrente, y así se infiere del análisis de las STS de 30 de enero de 1985 (RJ 1985\896), 5 de febrero de 1988 (RJ 1988\714), 13 de octubre de 1989 (RJ 1989\8386), 12 de enero de 1996 (RJ 1996\156) y 3 de abril de 1996 (RJ 1996\3584) que la culpabilidad es un requisito de toda infracción administrativa, asentándose el sistema punitivo en el principio de responsabilidad personal, siendo la potestad sancionadora administrativa de la misma naturaleza que la potestad penal, por lo que las directrices estructurales del ilícito administrativo tienden como en el ilícito penal a conseguir la individualización de la responsabilidad, por lo que no basta que la conducta sea antijurídica y típica, sino que es necesario que sea culpable, pues como reconoce la jurisprudencia (así, en STS, Sala del art. 61 de la LOPJ, de 6 de noviembre de 1990 [RJ 1990\9158]), la acción u omisión ha de ser imputable a su autor por imprudencia, negligencia o ignorancia, ya que como una exigencia derivada del artículo 25.1 de la CE, nadie puede ser sancionado sino por hechos que le puedan ser imputados (principio de culpabilidad) y, como reconoce la invocada jurisprudencia, las directrices estructurales del ilícito tienden también en el ámbito administrativo a conseguir la individualización de la responsabilidad y vedan la posibilidad de crear una responsabilidad objetiva.*
3. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2000: *“la culpabilidad, a título de dolo o negligencia, es un presupuesto necesario para la apreciación de las infracciones administrativas”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 artículo 130.1 de la LRJPAC establece que:

“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 infractor sea culpable de los actos sancionados; es decir, que le sea imputable la autoría de la infracción, aún a título de simple inobservancia⁶, tal y como establece el artículo 130.1 de la LRJPAC. Por tanto, la imputabilidad de la conducta puede serlo a título de dolo o culpa, si bien no se exige dolo. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS de 22 de noviembre de 2004 – RJ 2005\20) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción.

Con carácter general, la consideración de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC lleva a concluir que, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

En particular, la culpa se caracteriza por la ausencia de voluntad de producir un determinado resultado y el descuido del sujeto para evitarlo, siendo evitable, ya sea de forma consciente, cuando se ha previsto, o inconsciente, cuando no se ha previsto el resultado pero éste era previsible. Es decir, existe una responsabilidad a título de negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

Por otro lado, nos encontramos ante la figura del dolo cuando se cumplen los dos elementos que lo integran: el intelectual y el volitivo. El primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción así como de su significación antijurídica mientras que el segundo supone el querer realizar el hecho ilícito.

En la normativa sectorial de telecomunicaciones, el tipo de infracción contenido en el artículo 53.t) de la LGTel no exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en haber omitido el deber de realizar la notificación previa a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel con anterioridad al inicio de la actividad consistente en la explotación de redes o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

⁶ La Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 14 de diciembre de 2006, manifiesta al respecto: “Esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en el derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva, pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 12 de diciembre de 1995, 14 de mayo de 1999, etc.) y la doctrina del Tribunal Constitucional (después de su STC 76/1990) destaca que requieren la existencia de dolo o culpa”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En lo que aquí interesa, resulta que la consideración conjunta de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC y el artículo 1104 del Código Civil lleva a concluir que, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. En consecuencia, cabe atribuir responsabilidad a título de negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

A la luz de los actos de instrucción realizados, del hecho probado único y de las manifestaciones vertidas por SPAIN PHONE CARD (reconocimiento expreso de la comisión de la conducta tipificada) que constan en la presente resolución, resulta que el denunciado ha realizado la conducta objeto de la infracción no habiendo existido la diligencia debida exigida para evitar el resultado antijurídico producido.

Por todo ello, teniendo en cuenta la actitud que ha dado lugar a la comisión de la infracción (haber omitido el deber de realizar la notificación previa a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel), ésta debe ser considerada como una actitud negligente o viciada de ignorancia inexcusable, con la consiguiente culpabilidad.

La anterior conclusión no se ve afectada por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad de los denunciados. Tales circunstancias eximentes, reguladas en el Derecho Penal, que son de aplicación en el Derecho Administrativo sancionador, tal y como ha señalado reiteradamente la Jurisprudencia y la doctrina, no concurren en el presente supuesto, pues o bien se refieren a circunstancias subjetivas que sólo pueden concurrir en las personas físicas y no en las jurídicas (alteraciones psíquicas en la percepción, minoría de edad), o bien se refieren a la existencia de causas que excluyen el nexo causal del sujeto con la acción (caso fortuito o fuerza mayor), o a la concurrencia de un error (conocimiento equivocado de los elementos de la conducta típica) o a circunstancias de estado de necesidad o miedo insuperable, no desprendiéndose la existencia de ninguna de estas causas del Hecho Probado Único.

CUARTO. Circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

a) Circunstancias agravantes.

De acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, se considera que no concurre en el presente caso ninguna causa de agravación de la responsabilidad.

b) Circunstancias atenuantes.

De acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, se considera que concurren en el presente caso las siguientes circunstancias atenuantes de la responsabilidad:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- SPAIN PHONE CARD ha notificado fehacientemente el inicio de la actividad en los términos establecidos en el artículo 6.2 de la LGTel durante el año 2008.
- La escasa repercusión social de la infracción, según el criterio establecido por el artículo 56 de la LGTel. La infracción cometida por el denunciado no ha tenido ninguna trascendencia en la opinión pública.

QUINTO. Sanción aplicable a la infracción.

De conformidad con lo establecido en el artículo 56.1.b) 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. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de dos millones de euros.

Las infracciones muy graves, en función de sus circunstancias, podrán dar lugar a la inhabilitación hasta de cinco años del operador para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.”

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 los denunciados por la comisión de la infracción objeto del presente procedimiento son los siguientes:

- En cuanto a la cuantía de la sanción máxima, procede señalar que no resulta posible aplicar al presente supuesto el criterio del beneficio bruto obtenido. Por tanto, la sanción máxima que se podría imponer es de dos millones de euros.
- No existe límite, en el presente caso, para el establecimiento de la cuantía de la sanción mínima, habida cuenta de la inexistencia de beneficio para el infractor.

El artículo 131.2 de la LRJPAC dispone que el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. En consecuencia, ha de tenerse en cuenta esta previsión legal a la hora de establecer la sanción correspondiente.

La sanción que se proponga imponer a SPAIN PHONE CARD debe atender necesariamente al principio de proporcionalidad, que preside la actividad sancionadora de la Administración, y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 56.2 de la LGTel.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este contexto, *“la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren”*⁷. Y este principio de proporcionalidad *“se entiende cumplido cuando las facultades de la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa (...) han sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites máximos y mínimos permisibles para la gravedad de la infracción”*⁸.

En este sentido y según se ha mencionado en el Antecedente de Hecho Décimo de la presente resolución, debe señalarse que en fecha 3 de octubre de 2008, la Instructora del presente procedimiento sancionador requirió a SPAIN PHONE CARD determinada tipo de información a los efectos de realizar un cálculo estimado del beneficio bruto obtenido por dicha entidad en la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público.

Habida cuenta de la falta de aportación de la información requerida, los servicios de esta Comisión, no pueden hacer una estimación del beneficio bruto obtenido por el presunto infractor en la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público (Documento núm. 21 del expediente administrativo).

En atención a ello y en aplicación del 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 en el artículo 56.2 de la LGTel, atendiendo al periodo de tiempo en que los denunciados se mantuvieron en la actividad infractora y teniendo en cuenta que concurren dos circunstancias atenuantes, se considera que procede imponer las siguientes sanciones:

- Sanción económica de mil (1.000) euros a SPAIN PHONE CARD.

Asimismo, conforme a lo establecido por el artículo 56.2 de la LGTel, los infractores vendrán obligados, en su caso, al pago de las tasas que hubiera debido satisfacer en el supuesto de haber realizado la notificación a que se refiere el artículo 6 de la citada Ley.

A tal efecto, el denunciado debería haber pagado la tasa general de operadores, tal y como se prevé en el artículo 49 y el Anexo I, apartado 1, de la LGTel, y en el artículo 17.b) del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril. Por ello, deberá presentar las correspondientes declaraciones de ingresos brutos de explotación obtenidos desde que inició la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24.3 del Real Decreto 1620/2005, de 30 de diciembre, por el

⁷ Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998 (RJ 1998\2361).

⁸ Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991. (RJ 1991\4349).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que se regulan las tasas establecidas en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

SEXTO.- Alegaciones de SPAIN HONE CARD a la Propuesta de Resolución de la Instructora del procedimiento sancionador.

a) Alegación 1ª.

Por lo que respecta a la primera alegación realizada por SPAIN PHONE CARD en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución del Instructora, consistente en *“esta Comisión no ha tenido en consideración las alegaciones de mi representada en el escrito de 22 de septiembre de 2008 [recibido en la Comisión en fecha 25 de septiembre de 2008] en relación la diligencia exigida para evitar el resultado antijurídico”* ya que *“apenas fue consciente de la existencia de esta obligación, tras la apertura del presente expediente, procedió a la realización de la oportuna notificación”*, al entender que *“la exigencia de obtención de título habilitante para la prestación de servicios de reventa no resulta evidente”*.

Esta alegación es idéntica a otra alegación anterior realizada por la entidad interesada por lo que ya han sido objeto de análisis en el Fundamento de Derecho Segundo del presente escrito relativo a la tipificación de los hechos probados al que nos remitimos para evitar duplicidades innecesarias.

No obstante lo anterior, el artículo 6.1 del Código Civil, encuadrado en el capítulo II del título preliminar de *“eficacia general de las normas”* no supone una presunción *“iuris tantum”* o *“iuris et de iure”* de conocimiento del derecho, sino que justifica su sentido en el deber general de cooperación y colaboración en el respeto de las leyes, incluso las que no se conocen. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de mayo de 1999: *“Como puede verse, la sentencia, al decir que «no puede exigirse al ciudadano el conocimiento exhaustivo de cuantas -ciertamente numerosísimas- disposiciones dictadas por la Administración», está incurriendo en el error de creer que el artículo 6.1 del Código Civil establece una ficción o, en su caso, una presunción -«iuris tantum», o «iuris et de iure»- de conocimiento del derecho, cuando lo que, en realidad, establece es una regla imperativa: la de la inexcusabilidad del derecho. Parece lo mismo, pero no es igual.”*

Abundando el Alto Tribunal en la explicación de la eficacia general de las normas jurídicas establece, respecto al artículo 2 del anterior Código Civil que, con la nueva redacción del título preliminar, pasó a ser el artículo 6.1, que *“el artículo 2 (como el 6.1 actual) tiene razones claras de justicia y se basa en el deber de cooperación de todos en la realización del derecho; una manifestación de esta colaboración es respetar las leyes, incluso las que no se conocen, soportando y reconociendo sus consecuencias”* (Subrayado añadido).

Para poder apreciar la concurrencia del error, como causa excluyente de culpabilidad, la Jurisprudencia ha establecido unos criterios básicos que deben darse en la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conducta del presunto infractor. En primer lugar, *“debe exigirse “la esencialidad”, es decir, que el error recaiga sobre un elemento de la infracción cuya existencia y presencia impone el derecho positivo. En segundo lugar, resulta necesario “el carácter invencible”, que implica que no hubiera podido superarse aunque el sujeto infractor hubiera puesto toda la diligencia que le era exigible”*⁹, supuesto que no se cumple en el presente caso, puesto que el desconocimiento de la norma o el error en su interpretación se desvirtúa por la propia norma jurídica.

En efecto, si SPAIN PHONE CARD hubiera actuado con la diligencia mínima que se estima de cualquier sujeto que realiza una actividad de comunicaciones electrónicas debería haber conocido tanto el concepto de servicios de reventa del servicio telefónico disponible al público, como los requisitos exigidos para el ejercicio del mismo, esto es, la previa notificación a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones antes del inicio de actividad.

En definitiva, debe desestimarse la alegación de SPAIN PHONE CARD ya que dicha entidad no ha actuado con toda la diligencia debida o exigida por lo que debe ser considerada como una actitud negligente y por tanto culpable.

b) Alegación 2ª.

En relación a la segunda alegación realizada por SPAIN PHONE CARD en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución realizada por la Instructora del presente procedimiento consistente en *“la falta de consideración de todas las circunstancias atenuantes existentes (...) al entender que concurren ulteriores circunstancias atenuantes que no han sido tomadas en consideración por esa Comisión”*, tales como:

- *“Que no ha cometido ninguna otra infracción;*
- *Que no ha causado ningún daño ni a los usuarios ni a la entidad denunciante;*
- *Que no ha existido intencionalidad en la comisión de la infracción;*
- *Que ha reconocido los hechos en el marco del actual expediente y;*
- *Que la sanción pecuniaria de 10.000 euros no parece proporcional a los beneficios derivados de la actividad”.*

En este sentido, debe señalarse que la Instructora del procedimiento ya tuvo en consideración como circunstancias atenuantes de la responsabilidad infractora de SPAIN PHONE CARD, la no comisión de otras infracciones administrativas en materia de telecomunicaciones, la falta de intencionalidad en la comisión de la infracción así como el reconocimiento expreso de los hechos en su contestación en fecha 25 de septiembre de 2008 al requerimiento de información practicado.

Sin embargo, no es posible estimar la pretensión de que se tenga en cuenta como circunstancia modificativa de la responsabilidad infractora la pretendida nula

⁹ Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 5 de julio de 2007, por la que se resuelve el expediente sancionador RO 2005/1053, incoado a la entidad Telefónica de España, S.A.U. por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 23 de febrero de 2006.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

importancia del daño causado ya que la repercusión social que conlleva, produce daños al interés público protegido, en esta materia, por la Ley General de Telecomunicaciones.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 56.1 b), la cuantificación de la sanción pecuniaria se realiza en función del beneficio bruto obtenido por el sujeto infractor y si no es posible fijar así la sanción, cantidad fija con un máximo, cuyo límite máximo es de dos millones de euros.

En el presente caso, habida cuenta de la falta de calcular el beneficio bruto, la sanción máxima que se podría imponer es de dos millones de euros. En cualquier caso, la cuantía de la sanción propuesta por la Instructora no puede considerarse, en modo alguno, desproporcionada por cuanto supone sólo el 0.5% de la sanción máxima que la Ley permite imponer por este tipo de infracción.

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho y, vistas, asimismo, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de 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 aplicación, esta Comisión,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar responsable directa a SPAIN PHONE CARD, S.L. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.t) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber iniciado, antes de presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la Ley General de Telecomunicaciones vigente, las actividades consistentes en la explotación de una red pública y en la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas.

SEGUNDO. Imponer a SPAIN PHONE CARD, S.L. una sanción económica por importe de MIL EUROS (1.000) euros.

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 0049-1548-68-2810188091 abierta al efecto en el Banco Santander. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 62.2, apartados a) y b), de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dependiendo del día en que se reciba la notificación de presente resolución. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido se procederá a su exacción por la vía de apremio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO. Intimar a la denunciada a que proceda, conforme al artículo 56.2 de la Ley General de Telecomunicaciones, al pago de la tasa general de operadores, que hubiera debido satisfacer en el supuesto de haber realizado la notificación a que se refiere el artículo 6 de la citada Ley.

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 en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), 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 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 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº
EL PRESIDENTE

Reinaldo Rodríguez Illera

EL SECRETARIO

Ignacio Redondo Andreu