



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 número 41/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 10 de diciembre de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Citrus Red, S.L. contra la resolución, de fecha 17 de septiembre de 2009, por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a la entidad por el presunto incumplimiento de los requisitos exigibles para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (AJ 2009/1715).

I ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Escrito de denuncia presentado por la División de Atención al Usuario de Telecomunicaciones del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

Con fecha 7 de julio de 2008 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, esta Comisión) escrito del Director de la División de Atención al Usuario de Telecomunicaciones, de la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, perteneciente a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI), del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en el que denunciaba que la entidad CITRUS RED, S.L. (en adelante, Citrus Red) no constaba inscrita en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, cuya llevanza corresponde a esta Comisión, pese a que supuestamente estaba prestando el servicio telefónico fijo disponible al público.

Dicha denuncia era consecuencia de una reclamación presentada ante la SETSI por el usuario D. Rafael García Andrade, quien, como quedó acreditado después, era cliente del servicio telefónico fijo prestado por dicha mercantil bajo la modalidad de preselección de operador.

Al no disponer la entidad denunciada de la condición de operador de telecomunicaciones, la SETSI procedió en octubre de 2008 al archivo del expediente al entender que le resultaba imposible tramitar la reclamación.



Segundo.- Apertura de un período de información previa.

Como consecuencia de la denuncia presentada por la SETSI esta Comisión acordó, con fecha 29 de julio de 2008, la apertura de un período de información previa (RO 2008/1189) con el objeto de conocer las circunstancias del caso y evaluar la conveniencia o no de iniciar un procedimiento sancionador por incumplimiento de la obligación de notificar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la intención de iniciar la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas contemplada en el artículo 6.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).

En el curso de dicho período se efectuaron requerimientos de información, además de a la recurrente, a las siguientes entidades, todas ellas vinculadas a ésta como proveedoras de distintos servicios de comunicaciones electrónicas:

- Elotek Telecom, S.L.
- Verizon Spain, S.L.
- Telefónica de España, S.A.U.
- France Telecom España, S.A.
- BT Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U.
- Primus Telecommunications Ibérica, S.A.
- Lebara Limited UK
- SATLYNX, S.a.r.l.

Asimismo se observó que la entidad denunciada presentaba su oferta de servicios en su página web con el eslogan “*soluciones totales de comunicación*” e incluía entre dichos servicios los siguientes: servicio telefónico fijo, VoziP, servicio de acceso a Internet, video streaming, almacenamiento y reenvío de mensajes, correo electrónico, servicio telefónico móvil, alojamiento de páginas web y servicios mayoristas de telecomunicación.

Consultado el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas cuya llevanza corresponde a esta Comisión se comprobó que efectivamente la entidad Citrus Red, S.L. no constaba inscrita en el mismo como entidad habilitada para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas con anterioridad al día 9 de febrero de 2009 en el que, tras dos intentos que resultaron infructuosos¹, la recurrente presentó de forma fehaciente la notificación a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel.

Tercero.- Incoación del procedimiento sancionador contra Citrus Red.

Con fecha 15 de enero de 2009 el Consejo de esta Comisión acordó la apertura de un procedimiento sancionador (RO 2009/86) contra Citrus Red como presunta responsable directa de la comisión de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.t) de la LGTel, consistente en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tal actividad establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo y, en concreto, por haber iniciado dicha prestación de servicios antes de presentar ante esta Comisión la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel.

¹ Con fecha 2 de diciembre de 2008 y 20 de enero de 2009, tuvieron entrada en el Registro General de esta Comisión sendas notificaciones de inicio de actividad de comunicaciones electrónicas por parte de la recurrente, el primero habiéndose ya iniciado el período de información previa y el segundo días después de haberse acordado la incoación del expediente sancionador. Ambos intentos resultaron infructuosos, resolviendo esta Comisión en ambos casos no tener por realizada la notificación por adolecer de defectos de forma.



Tras recibir, el día 26 de marzo de 2009, las alegaciones de la recurrente al acuerdo de incoación del procedimiento sancionador, se procedió a requerirle la remisión de una serie de documentación de contenido económico (cuentas anuales, evolución de altas y bajas de clientes, importe de los precios de cada uno de los servicios de comunicaciones electrónicas que ofrecía al público, importe de la facturación anual, información sobre el inmovilizado afecto a la actividad, información relativa a los costes de los servicios que presta y declaraciones fiscales de IVA correspondientes a los ejercicios de 2006, 2007 y 2008) a los efectos de determinar, en su caso, las responsabilidades susceptibles de sanción. Este requerimiento fue contestado por la recurrente con fecha 29 de mayo de 2009.

Asimismo, ese mismo mes esta Comisión procedió a realizar en sus propias dependencias una inspección consistente en el acceso a la página web de la recurrente y el volcado de su contenido en un soporte digital y la realización de una llamada al número de teléfono fijo que se publicitaba en la misma.

Por último, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 48.3 j) de la LGTel, esta Comisión sometió el expediente sancionador a Informe de la SETSI, recibiendo contestación el día 23 de julio de 2009.

Cuarto.- Resolución del Consejo de 17 de septiembre de 2009.

Con fecha 17 de septiembre de 2009, el Consejo de esta Comisión dictó Resolución por la que se ponía fin al procedimiento sancionador RO 2009/86 incoado a la entidad Citrus Red, S.L. por el presunto incumplimiento de los requisitos exigibles para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

En la citada Resolución se acordó lo siguiente:

“PRIMERO. Declarar responsable directa a CITRUS RED, 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 prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas de reventa del servicio telefónico fijo disponible al público, reventa del servicio telefónico móvil disponible al público y reventa del servicio de proveedor de acceso a Internet.

SEGUNDO. Imponer a CITRUS RED, S.L. una sanción económica por importe de veinte mil euros (20.000 Euros).

(.....)

TERCERO. Intimar a la infractora 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 durante el periodo de comisión de la infracción:

- Servicio de reventa del servicio telefónico fijo disponible al público: desde el 1 de mayo de 2006 al 9 de febrero de 2009.*
- Servicio de reventa del servicio telefónico móvil disponible al público: desde el 1 de junio de 2006 al 9 de febrero de 2009.*



- *Servicio de reventa del servicio de proveedor de acceso a Internet: desde el 22 de mayo de 2006 al 9 de febrero de 2009.*”

La resolución fue notificada a Citrus Red el día 21 de octubre de 2009.

Quinto.- Recurso de reposición de Citrus Red, S.L.

Contra la resolución a la que se ha hecho referencia en el antecedente anterior, Citrus Red interpuso recurso potestativo de reposición por medio de escrito fechado el día 1 de octubre de 2009 presentado por correo administrativo el día 19 de octubre de 2009, que tuvo entrada en el Registro general de esta Comisión el día 21 de octubre de 2009.

La entidad recurrente fundamenta su disconformidad con la Resolución impugnada sobre la base de las siguientes alegaciones:

1º.- No cuestiona el hecho de que efectivamente ha estado prestando los servicios de comunicaciones electrónicas por los que se le sanciona sin haber realizado la preceptiva notificación a esta Comisión, pero considera que la sanción impuesta es desproporcionada por los siguientes motivos:

- a) Que la reventa de servicios de comunicaciones electrónicas supone una prestación de servicios de menor entidad que la prestación directa sin intermediarios, ya que tiene menor repercusión y relevancia y presenta menor riesgo de afectación al interés general protegido por la LGTel. Prueba de ello es, según ella, que la regulación anterior a la vigente LGTel, la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel/1998), “*no contemplaba la necesidad de obtener título habilitante de esa Comisión para la prestación de servicios de reventa*”, criterio que esta Comisión cambió posteriormente. Entiende que “*la menor relevancia de las actividades de reventa debería tener su reflejo en las sanciones por incumplimiento de la obligación de notificación previa*”.
- b) Aun en el caso de asumir que la reventa esté sujeta al mismo régimen jurídico que cualquier otra prestación de servicios en cuanto a los requisitos exigibles para acceder al mercado en condiciones de libre competencia, la recurrente muestra su disconformidad con la aplicación de la circunstancia agravante de la responsabilidad de repercusión social de la infracción, que contempla el artículo 56.2b) de la LGTel.

Según la recurrente, esta Comisión “*ha realizado una interpretación equivocada de las circunstancias*” del caso y no ha valorado adecuadamente los hechos, ya que ni el período de tiempo en que se mantuvo la actividad infractora (2 años y 8 meses) ni el número de clientes con los que contaba la entidad (3.034) dotan de repercusión social a la conducta. Más aun cuando se observa que el mismo período de tiempo o superior no ha supuesto en otros casos analizados por la Comisión la aplicación de una agravante.

Sostiene además en este sentido que la denuncia ante la SETSI de la que trajo causa la incoación del actual procedimiento sancionador se refería a la prestación del servicio de telefonía fija mediante código de selección de operador, en relación a la cual ha quedado probado que actuó correctamente, y en ningún caso al hecho de haber realizado o no la notificación del inicio de actuaciones esa Comisión.



2º.- La recurrente entiende que en la graduación de la sanción deberían haberse tenido en cuenta las siguientes circunstancias como atenuantes de la responsabilidad:

- a) El hecho de que con carácter previo a la notificación fehaciente que realizó el día 9 de febrero de 2009 y que dio lugar a su inscripción en el Registro de Operadores hubiera *“intentado reiteradamente realizar la notificación de sus actividades a esta Comisión, circunstancia que, a nuestro entender, supone una atenuante cualificada a la que el instructor no habría otorgado el valor que merece”*. En particular la recurrente se refiere a cuatro supuestos intentos de notificación de fechas 28 de abril de 2006, 28 de abril de 2008, 2 de diciembre de 2008 y 20 de enero de 2009, que muestran los insistentes esfuerzos de la recurrente por regularizar su situación y la falta de mala fe.
- b) La delicada situación económica y financiera en la que se encuentra. Según se desprende de la documentación aportada a esta Comisión, Citrus Red nunca ha obtenido beneficios por la actividad infractora y atraviesa una difícil situación financiera que amenaza la viabilidad económica de la empresa, lo que se acentúa con la imposición de una sanción tan elevada.

Por todo ello Citrus Red solicita que se tenga por presentado su recurso y, en base a las alegaciones efectuadas, se considere acordar la nulidad de la sanción o, en su caso, la reducción sustancial de la cuantía impuesta.

Sexto.- Notificación del inicio de la tramitación del recurso.

De conformidad con lo establecido por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), mediante escrito del Secretario de fecha 29 de octubre de 2009 se notificó al recurrente² y a la SETSI el inicio del correspondiente procedimiento de tramitación de su recurso de reposición.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero.- Calificación del escrito.

El artículo 107 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, si éstos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, 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.

² La notificación al recurrente, enviada por correo administrativo el día 2 de noviembre de 2009, vino devuelta por “dirección incorrecta”. Con fecha 16 de noviembre de 2009 se realizó un segundo intento por mensajero a la misma dirección, dado que era la dirección facilitada como domicilio a efectos de notificaciones, que resultó satisfactorio.



A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece 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 o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la LGTel, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado por Citrus Red como un recurso de reposición contra la Resolución del Consejo, de fecha 17 de septiembre de 2009, por la que se pone fin al procedimiento sancionador RO 2009/86 incoado a la entidad Citrus Red, S.L.

Segundo.- Legitimación de la entidad recurrente

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. A su vez, el artículo 31 de la misma Ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

La entidad recurrente ostenta la condición de interesada porque ya lo era en el procedimiento en el que recayó la resolución recurrida, y en cualquier caso por tratarse del operador al que se imputa la comisión de una infracción administrativa muy grave y resulta sancionado por la Resolución recurrida.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del presente recurso potestativo de reposición.

Tercero.- Admisión a trámite.

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con 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, pues la Resolución recurrida fue notificada el día 21 de octubre de 2009 y el recurso se presentó el día 19 de octubre de 2009 en la Oficina de Correos 3 de Orihuela Costa, por lo que procede su admisión a trámite.

Cuarto.- Competencia y plazo para resolver.

La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.2 de la LRJPAC, el recurso debe ser resuelto y su resolución notificada en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente al de su interposición. Tal como prevé el artículo 43.2 de la misma Ley, en defecto de notificación en plazo de la resolución expresa el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio.



II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

Primero.- Sobre el régimen jurídico aplicable a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

El artículo 5 de la LGTel establece que la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas se realizará en régimen de libre competencia sin más limitaciones que las establecidas en esa Ley y su normativa de desarrollo.

El artículo 6 de la misma Ley regula los requisitos exigibles para ello, señalando su apartado 2 que *“los interesados en la explotación de una determinada red o en la prestación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas deberán, con anterioridad al inicio de la actividad, notificarlo fehacientemente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en los términos que se determinen mediante Real Decreto³, sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que pretendan realizar. (.....)”*.

A su vez, el apartado 28 del Anexo II de la misma Ley define el concepto de *“Servicio de comunicaciones electrónicas”* de la siguiente forma:

“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 (.....)”.

A la notificación que señala el citado artículo 6.2 seguirá, salvo que sea defectuosa, una inscripción en el Registro de operadores, que se crea en virtud de lo establecido en el artículo 7 de la LGTel. No obstante, según reconoce el artículo 5.1 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril (en adelante RSU), una vez realizada la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2, el interesado adquiere la condición de operador y puede comenzar la prestación del servicio, sin tener que esperar a su inscripción en el Registro.

El régimen legal actualmente en vigor rompe con el sistema anterior de otorgamientos de títulos habilitantes individualizados que establecía la Ley anterior, Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel/1998), para pasar a un sistema de habilitación legal directa que simplifica el control administrativo de acceso al mercado hasta dejarlo en una habilitación concedida con carácter general e inmediato por la propia LGTel. La autorización general que habilita para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas dimana directamente de la propia Ley, sin que sea necesaria la previa obtención por el interesado de un título administrativo habilitante.

Cualquier interesado que reúna los requisitos establecidos en el artículo 6.1 de la Ley y realice, como único requisito, la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2, va a quedar amparado por la citada autorización general y habilitado para operar en el mercado de las telecomunicaciones, sin perjuicio de la posterior inscripción por parte de esta Comisión en el Registro de Operadores y la correspondiente actividad de comprobación en relación con el cumplimiento, por parte del operador, de las condiciones que se establezcan reglamentariamente para la prestación de los servicios o la explotación de las redes de comunicaciones electrónicas.

³ Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.



De esta forma, la única obligación impuesta por la LGTel para el ejercicio de este derecho preexistente es la realización, con anterioridad al inicio de la actividad, de una mera declaración de parte a esta Comisión de la intención de explotar una red o prestar un servicio de comunicaciones electrónicas.

A partir de la entrada en vigor de la LGTel, la Comisión no tiene que dictar un acto expreso o inscribir previamente en el Registro correspondiente para que el operador pueda ejercer los derechos derivados de la autorización, sino que basta con el cumplimiento de los requisitos subjetivos del artículo 6.1 y la notificación fehaciente del 6.2 para que el operador pueda dar inicio a la misma. En resumen, la LGTel se articula en torno al reconocimiento de un derecho preexistente a la explotación de redes y a la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y el Título II, capítulo I, de la misma (artículos 5 a 9) contiene el régimen jurídico básico que regula la forma en la que debe realizarse el acceso por los interesados al ejercicio del mismo, que se basa en un acto de naturaleza meramente declarativa mediante el que el declarante da a conocer su existencia al organismo regulador.

Sin embargo, el cumplimiento de este requisito de notificación va más allá de la pura formalidad, ya que sólo si tienen lugar la notificación fehaciente y la consiguiente inscripción en el Registro de los agentes que van a operar en el mercado cabe el pleno control por esta Comisión del cumplimiento de las condiciones generales para el ejercicio de la actividad que incumben a los operadores y que se prevén en el artículo 8 de la LGTel y los artículos 15 a 22 del RSU.

De la misma forma, la LGTel establece que esta Comisión tiene por objeto *“el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones”* y le atribuye entre sus funciones la de *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios”*. En este contexto, el requisito de la notificación es también un medio para garantizar la eficacia de la actuación de la Comisión en el ejercicio de estas funciones.

En definitiva, solo si la Administración tiene conocimiento de los agentes que explotan redes o prestan servicios en el mercado de las telecomunicaciones puede llegarse a una aplicación efectiva del marco jurídico específico del sector que supone la LGTel y su normativa de desarrollo, y solo de esta manera se puede dar cumplimiento a los objetivos y principios que recoge el artículo 3 de la LGTel, no solo en lo que se refiere a las funciones y competencias atribuidas a esta Comisión sino a las del resto de Administraciones implicadas, como se verá más adelante en cuanto a la protección de los derechos de los usuarios. El medio configurado por la Ley para llevar a la práctica este control de los agentes que operan en el mercado es el régimen de notificación y registro expuesto en los párrafos anteriores.

Por último, hemos visto cómo el principal efecto de la declaración fehaciente es la adquisición plena de la condición de operador del declarante. Esto supone, además del control de sus obligaciones por parte del organismo regulador, el acceso a los derechos que la Ley les reconoce para garantizar un acceso real y efectivo al mercado (acceso a recursos limitados como el espectro radioeléctrico y la numeración, obtención de derechos de ocupación del dominio público, reconocimiento de derechos de acceso e interconexión, resolución de conflictos, etc.). Es por ello que la notificación exigida por el artículo 6.2 supone asimismo, en gran medida, la apertura plena de las puertas del mercado.



Sin embargo, hay que destacar que la LGTel no distingue la importancia o relevancia de los distintos tipos de servicios de comunicaciones electrónicas a la hora de exigir que los mismos sean notificados previamente a esta Comisión en cumplimiento del artículo 6.2 de la misma Ley. En consecuencia, todos los servicios de comunicaciones electrónicas reciben el mismo tratamiento con respecto al cumplimiento del artículo 6.2, sin que exista excepción alguna. Es por ello que tampoco contempla la Ley esta distinción al tipificar en su artículo 53t la infracción por explotación de redes y prestaciones de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades. Existe infracción en cuanto se ha iniciado la actividad sin haber realizado la preceptiva notificación, con independencia del servicio de que se trate y de que se preste en la modalidad de reventa o directamente.

Segundo.- Sobre la relevancia de la reventa frente a otros servicios de comunicaciones electrónicas objeto de notificación previa, a los efectos de cuantificar de forma proporcional las sanciones por el incumplimiento de los requisitos para su prestación.

El régimen legal actualmente en vigor está diseñado de tal forma que cualquier actividad que pueda ser encuadrada dentro de la definición de “servicio de comunicaciones electrónicas” contenida en el Anexo II de la LGTel deberá ser objeto de la notificación a la que se refiere el artículo 6.2 de la misma Ley.

Como señalaba la Resolución recurrida, no existe en la normativa actual una definición de la reventa de servicios de comunicaciones electrónicas. No obstante esta Comisión se ha pronunciado en multitud de ocasiones sobre lo que se entiende por prestación del servicio de reventa del servicio telefónico, tanto fijo como móvil. Pueden servir como ejemplo la Resolución de 24 de abril de 2003 relativa al contrato de suministrador homologado presentado por Telefónica de España, S.A.U. (OM 2002/7633), la Resolución de 12 de diciembre de 2008 relativa al recurso de reposición interpuesto por la entidad Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. contra la Resolución del Secretario de 4 de septiembre de 2008 por la que se acuerda no proceder a la cancelación de su inscripción en el Registro de Operadores (AJ 2008/1852) y la Resolución de 28 de julio de 2005, relativa a la consulta formulada por el ente Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF). En esta última Resolución, esta Comisión 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 la facturación, etc. El revendedor contrataría en su propio nombre y presentaría a sus potenciales clientes el servicio como propio, ofreciendo sus propias condiciones y precio.

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. El servicio de 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.”

Los revendedores constituyen el eslabón final en la prestación del servicio a los consumidores y por tal motivo deben quedar sujetos al marco regulador de las telecomunicaciones. Así lo manifestaba el Tribunal Supremo en Sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de fecha 6 de junio de 2006, que refiriéndose a la naturaleza de los servicios de las empresas revendedoras señala:



“... No se comprende, pues, que pudieran quedar fuera de las potestades de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones unas empresas como las codemandadas que prestan el servicio de telefonía pública a los consumidores y que contratan dichos servicios con operadores de telefonía (en su acepción más restringida), pues las empresas de telefonía pública a las que se ha formulado el requerimiento constituyen sin duda un eslabón final en la prestación del servicio a los consumidores e intervienen de manera directa en la formación de los precios finales de determinadas modalidades de los servicios de telefonía. Aunque sean entidades que se encuentran en la fase final de la prestación de dichos servicios, son sin duda parte activa en el funcionamiento del mercado de las telecomunicaciones y, en tanto que tales, están sometidas a las exigencias de la libre competencia en el sector y, en definitiva, a las potestades del órgano regulador.”

Un revendedor es aquel prestador de servicios que actuando como cliente mayorista respecto de un operador y como suministrador minorista respecto a un tercero, oferta el servicio en el mercado en su propio nombre, con condiciones, precio y características propias, contrata directamente con el cliente final ocupándose tanto de la facturación como de la atención comercial y responde frente a éste de la prestación del servicio (calidad, posibles incidencias, etc.). El revendedor de servicios de comunicaciones electrónicas, a diferencia del agente y del distribuidor, compite en el mercado con el prestador principal y al no existir relación directa entre el operador que presta el servicio principal y el usuario final de ese servicio, el revendedor es el que posibilita, en última instancia, la prestación del mismo en el mercado, aunque lo haga a través de los medios de un operador de red.

Todas estas razones son las que dotan al revendedor, a diferencia del mero distribuidor y del agente, de la condición de operador de redes y servicios de comunicaciones electrónicas en el sentido de la LGTel y, como tal, queda sujeto al régimen jurídico básico que prevé la misma Ley para la prestación de estos servicios en régimen de libre competencia, esto es la exigencia del requisito de la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la misma Ley.

Esta Comisión ha elaborado una doctrina clara, desde antes incluso de la entrada en vigor de la vigente LGTel, sobre la consideración del revendedor como prestador de servicios de comunicaciones electrónicas y, como tal, operador de telecomunicaciones que tiene su base en el hecho de que al contratar en su propio nombre y responsabilizarse del servicio frente al cliente a todos los niveles, opera y compite en el mercado exactamente igual que el resto de operadores. El usuario que demanda servicios de comunicaciones electrónicas en el mercado no percibe diferencia alguna entre el prestador principal y el revendedor, por lo que la trascendencia de la actividad de éste en el mercado es la misma y en consecuencia también la necesidad de ajustarse al régimen jurídico que rige para el acceso al mercado, esto es la necesidad de realizar la notificación previa.

Estos criterios han sido confirmados por multitud de resoluciones de esta Comisión (resoluciones de inscripción en el Registro, de otorgamiento de derechos, de resolución de conflictos, etc.) y por los Tribunales españoles en innumerables Sentencias⁴, por lo que no resulta procedente ponerlos en cuestión a estas alturas.

En la actualidad, los operadores inscritos en el Registro para proveer, por ejemplo, el servicio telefónico disponible al público en reventa, supera en casi el triple a los operadores inscritos para

⁴ Como la que acaba de citarse o la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 14 de marzo de 2006 y la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 10 de julio de 2008.



proveer este servicio directamente. Y lo mismo habría que decir respecto al servicio de proveedor de acceso a Internet. Estos operadores de reventa, que se cuentan por miles, no han tenido la menor duda de su obligación de notificar previamente el inicio de sus actividades de comunicaciones electrónicas, tal como prescribe el artículo 6.2 de la LGTel.

En cuanto a la consideración de menor relevancia, menor importancia y menor afección al interés general de la actividad de reventa, es importante señalar, retomando los motivos expuestos en el Fundamento Jurídico primero que justifican la necesidad de la notificación a esta Comisión, que el incumplimiento de este requisito por parte de un revendedor afecta de igual forma a la consecución de los objetivos perseguidos por la LGTel que el de cualquier otro tipo de operador.

Como se ha argumentado con anterioridad, la actividad de reventa de servicios de comunicaciones electrónicas constituye en sí misma un servicio de comunicaciones electrónicas en los términos definidos en el apartado 28 del Anexo II de la LGTel, que no distingue los servicios de comunicaciones electrónicas según se presten en el plano mayorista o minorista o en ambos, en la modalidad de reventa o de forma directa, ni a los efectos de la aplicación del artículo 6 ni de la aplicación del régimen sancionador del Título VIII. Por tanto, si la relevancia de la no notificación es la misma, y así se desprende de la forma en que regula la LGTel los requisitos para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, no puede tener acogida la pretensión de la recurrente de que la reventa tenga un tratamiento diferente que el resto de servicios a la hora de cuantificar de la sanción por el incumplimiento de estos requisitos.

Como última cuestión, insiste la recurrente en que la prueba de que la reventa de servicios de comunicaciones electrónicas supone una prestación de servicios de menor entidad que la prestación directa, que tiene menor relevancia y presenta menor riesgo de afectación al interés general protegido por la LGTel es que la regulación anterior a la vigente LGTel, la LGTel/1998, “*no contemplaba la necesidad de obtener título habilitante de esa Comisión para la prestación de servicios de reventa*” e incluso “*excluía expresamente la necesidad de autorización general para los servicios de reventa*”.

Teniendo en cuenta que la Directiva 2002/20/CE, de 7 de marzo, sobre Autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas recomienda en su Considerando 7 la aplicación del “*sistema de autorización menos gravoso posible*”, resulta evidente a juicio de la recurrente que los requisitos exigidos por la legislación española vigente para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas no se ajustan al espíritu de esta Directiva, ya que el sistema contemplado en la LGTel ha incrementado el control en lugar de reducirlo con respecto a la normativa anterior.

Frente a estas alegaciones procede señalar en primer lugar que la LGTel/1998 configuraba un sistema basado en la concesión de licencias individuales y autorizaciones generales en función de los servicios prestados, que quedaban detallados mediante sendas Ordenes Ministeriales⁵.

Es cierto que la Orden reguladora de las licencias individuales excluía expresamente de la solicitud de aquel título habilitante a los meros revendedores y que la Orden reguladora de las autorizaciones generales tampoco contemplaba entre sus categorías de servicios el servicio de reventa. Sin embargo, el artículo 14 de la citada Ley preveía un régimen alternativo para la prestación de nuevos servicios que no hubiesen sido aún objeto de regulación mediante la

⁵ Orden de 22 de septiembre de 1998 por la que se establece el régimen aplicable a las autorizaciones generales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares y Orden de 22 de septiembre de 1998 por la que se establecen el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares.



aprobación de la correspondiente Orden Ministerial, consistente en la necesidad de solicitar una autorización provisional al Ministerio de Fomento, quien una vez analizada la solicitud establecía las condiciones provisionales y otorgaba o denegaba la autorización. Tras la obtención del título habilitante, el operador debía inscribirse en el correspondiente registro de esta Comisión.

El régimen aplicable a los servicios de reventa era por tanto el de la autorización provisional, por lo que ha de afirmarse, en contra de lo que manifiesta la recurrente, que la actividad de reventa sí requería bajo el régimen jurídico anterior de la previa obtención del correspondiente título habilitante⁶.

La Disposición transitoria primera de la vigente LGTel dispone que con su entrada en vigor quedan extinguidos todos los títulos habilitantes concedidos de acuerdo con la anterior normativa, incluyendo las autorizaciones provisionales, y prevé que las inscripciones de los registros hasta entonces vigentes se considerarían inscripciones de personas físicas o jurídicas habilitadas para explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas, siempre que éstas reuniesen los requisitos establecidos en el artículo 6 de LGTel.

Ello supone la extinción formal de, entre otros títulos, las autorizaciones provisionales para el desarrollo de servicios no regulados y la inscripción automática de sus titulares en el Registro de Operadores como personas físicas o jurídicas habilitadas para explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas, lo que quiere decir que la condición de operador del revendedor de los servicios de comunicaciones electrónicas contemplada en la Ley anterior que se concretaba en la necesidad de obtener previamente un título habilitante para la actividad de reventa subsiste en la actualidad transformada en la necesidad de practicar la notificación prevista por el artículo 6.2 de la LGTel y de inscribirse en el Registro de Operadores que lleva esta Comisión. El sistema de la vigente LGTel halla su fundamento en el principio general de intervención mínima recogido por el párrafo sexto del apartado II de la Exposición de Motivos de la misma. Por tanto, lejos de suponer un mayor control que el sistema anterior, responde más fielmente al espíritu de las Directivas comunitarias al eliminar todo rasgo autorizatorio y reducir el grado de intervención de la Administración en el control del acceso al mercado, como corresponde a una situación de libre mercado.

Añade la recurrente que *“si se analiza el régimen de otros Estados comunitarios se comprobará que la prestación de servicios de reventa no suele quedar sujeto a autorización, ni general ni especial”*, cuestionando *“cual es el hecho diferencial español que justifica la necesidad de someter estos servicios a una autorización general”*. Frente a esta afirmación es necesario advertir que no es el recurso de reposición el instrumento adecuado para poner en cuestión la conveniencia y legitimidad del marco normativo vigente en nuestro país, recordando que el artículo 107.1 de la LRJPAC establece que los recursos administrativos cabrá fundarlos *“en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley”*, no encontrándose esta cuestión amparada en ninguno de ellos.

Pese a todo, esta Comisión desea poner de manifiesto que el régimen jurídico actualmente vigente en España está inspirado en el marco regulador común de las telecomunicaciones formado por el llamado paquete de Directivas del año 2002, y en particular en esta materia en el artículo 3.2 de la Directiva 2002/20/CE, de 7 de marzo, que reconoce a los Estados lo siguiente:

⁶ Así queda reflejado en el expediente AJ 123/1998, de contestación a la consulta formulada por las entidades “RSL Communications Spain, S.A.” y “Viatel Spain Limited” sobre el régimen jurídico aplicable a la actividad denominada “reventa de servicios telefónicos”.



“El suministro de redes o servicios de comunicaciones electrónicas sólo podrá someterse a una autorización general, (.....). Se podrá exigir a la empresa afectada que presente una notificación, pero no exigir la obtención de una decisión explícita u otro acto administrativo de la autoridad nacional de reglamentación antes de ejercer los derechos derivados de la autorización. Tras la notificación, si ha lugar, la empresa podrá iniciar su actividad, (.....)”

Por consiguiente, el sistema de previa notificación previsto por la LGTel en su artículo 6 es conforme a Derecho al ajustarse al marco previsto por la Directiva, siendo irrelevante en el análisis que nos ocupa cual sea el régimen adoptado por otros Estados miembros.

En el presente caso, ha resultado probado que la recurrente viene prestando desde el año 2006 al menos los siguientes servicios de comunicaciones electrónicas:

- ✓ Servicio de reventa del servicio telefónico fijo disponible al público en su modalidad de acceso indirecto prestado por Verizon Spain, S.L., haciendo uso del código de selección de operador (CSO) asignado a esta última por esta Comisión⁷.
- ✓ Servicio de reventa del servicio telefónico móvil disponible al público, consistente en la reventa en el mercado de los minutos que adquiere a Lebara Limited UK mediante la compra de tarjetas SIM y sus correspondientes recargas de saldo, actuando por tanto en calidad de Operador Móvil Virtual Prestador de servicio (en adelante OMV PS)⁸.
- ✓ Servicio de reventa del servicio de proveedor de acceso a Internet.

Por tanto, a la vista de todo lo anterior, procede desestimar las alegaciones de la recurrente relativas a la falta de proporcionalidad de la sanción por tratarse de la prestación de servicios de reventa por cuanto que esta actividad queda sujeta en la misma medida que cualquier otra al requisito de notificación que prevé el artículo 6.2 de la LGTel.

Tercero.- Sobre la aplicación de la agravante de repercusión social de la infracción.

La Resolución recurrida impone a Citrus Red una sanción económica por importe de veinte mil euros. Para la fijación de esta cuantía, y en particular en lo que respecta a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, esta Comisión consideró que en el presente caso concurrían una circunstancia agravante y tres circunstancias atenuantes. Así, en cuanto a la agravante, el Fundamento de Derecho Cuarto de la citada Resolución establece que *“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 concurre en el presente caso la causa de agravación de la responsabilidad recogida en el artículo 56.2 b) LGTel de repercusión social de la infracción, atendiendo al periodo de tiempo que el denunciado se mantuvo en la actividad infractora (2 años y 8 meses), así como al número de clientes con los que cuenta: 3.034 en total”*.

⁷ El acceso indirecto se basa en la utilización de los prefijos asignados a los operadores habilitados, o bien en la utilización de marcación de numeración de red inteligente en la que los operadores instalan equipos que permiten reconocer a los clientes declarados por el revendedor a través de la marcación de un código de identificación.

⁸ Los llamados Operadores Móviles Virtuales son un nuevo tipo de agente que aparece en el mercado de la telefonía móvil como consecuencia de las medidas introducidas por la Resolución de 2 de febrero de 2006, por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil (AEM 2005/933). Esta Resolución posibilita la existencia en el mercado móvil de agentes alternativos (OMV) a los operadores tradicionales con concesión de espectro que prestan servicio mediante acuerdos de acceso con estos últimos. Los OMV Prestadores de Servicio (PS) son por tanto entidades que necesitan de un acuerdo de acceso con un operador móvil para ofrecer servicio y no disponen de numeración asignada.



La recurrente muestra su disconformidad con la aplicación de esta circunstancia agravante al entender que los criterios tenidos en cuenta por esta Comisión para determinar la existencia de la repercusión social de la conducta (el período de tiempo en que se mantuvo la actividad infractora y el número de clientes con los que contaba la entidad), no se han ponderado correctamente ya que ninguno de ellos da mayor trascendencia a la conducta ni produce mayor repercusión en la opinión pública. Según Citrus Red, no se han valorado adecuadamente las circunstancias del caso ya que para el mismo período de tiempo o superior no ha supuesto en otros procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión la aplicación de una agravante similar.

Entiende además la recurrente que no cabe aplicar la agravante de repercusión social cuando la reclamación puesta por el usuario ante la SETSI que motivó incoación del procedimiento sancionador se refería a la prestación de un servicio de telefonía, en relación al cual, ha quedado probado que Citrus Red actuó correctamente, y en ningún caso al hecho de haber realizado o no la notificación del inicio de actuaciones ante esa Comisión.

Frente a estas alegaciones procede señalar, en primer lugar, que el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración tiene como marco jurídico básico los artículos 127 a 138 de la LRJPAC, donde además de recogerse los principios de tipicidad y de responsabilidad, ambos aplicados correctamente en la Resolución recurrida, se consagra el principio de proporcionalidad en la imposición de sanciones (artículo 130.3 de la misma Ley), por el que las Administraciones Públicas deberán guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, criterio que debe ser tenido en cuenta en definitiva en el proceso de determinación de las mismas y, por ende, en la aplicación de criterios para su graduación. Este principio tiene como fundamento atemperar o modular el ejercicio de la potestad sancionadora transformando lo que podría verse como una actividad discrecional en una actividad reglada.

El citado artículo 130.3 de la LRJPAC establece que en la imposición de sanciones las Administraciones Públicas deberán considerar especialmente, entre otros, los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

- a) Intencionalidad o reiteración.
- b) Naturaleza de los perjuicios causados.
- c) Reincidencia.

Puesto que la enumeración anterior no es *numerus clausus*, la legislación sectorial puede añadir nuevos criterios. En este caso, la LGTel establece los parámetros para determinar la sanción que corresponde aplicar a cada tipo de infracción (en el caso de la recurrente una infracción muy grave de las tipificadas en el artículo 53t para las que se prevé, según el artículo 56.1 de la LGTel, una sanción vinculada al beneficio bruto, y si no fuera posible determinarla de esta manera, una cantidad fija con un máximo de dos millones de euros) y completa los criterios de graduación de la sanción de la LRJPAC con cinco criterios adicionales. A este respecto, el artículo 56.2 de la LGTel establece lo siguiente:

“2. En todo caso, la cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta, además de lo previsto en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo siguiente:

- a. *La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.*
- b. *La repercusión social de las infracciones.*



- c. *El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.*
- d. *El daño causado.*

Además, para la fijación de la sanción se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan.”

El sistema previsto por la norma administrativa sancionadora para la determinación de la sanción por parte de la Administración no prevé por tanto su cuantificación mediante la aplicación de un sistema automático⁹, sino que se establecen unos márgenes máximos y mínimos y unos criterios a tener en cuenta para graduar la sanción atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Como señala la STC 76/1990, de 26 de abril, “según las circunstancias que concurran en cada caso, la sanción que se imponga al infractor vendrá determinada por el empleo de muy diversos criterios (...). Tales criterios legales atemperan o modulan la excesiva rigidez que podría derivarse de una aplicación mecánica de las fórmulas sancionadoras sin atender a la personalización de las sanciones.”

Pues bien, dentro de los márgenes establecidos por la norma, se reconoce a la Administración un cierto margen de elección entre una pluralidad de posibilidades igualmente lícitas. Dentro de esos márgenes, cualquier decisión adoptada será lícita. El ejercicio de una potestad sancionadora de esta naturaleza permite a la Administración optar por una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar por distintas alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del derecho sancionador.

La jurisprudencia ha establecido que deberá guardarse proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren y que el 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 y dentro de los límites máximos y mínimos permisibles para la gravedad de la infracción.

Volviendo al caso concreto de Citrus Red, para la estimación de la agravante de repercusión social se han tenido en cuenta circunstancias particulares de este supuesto de hecho, como son las ya citadas del período de tiempo en que se mantuvo la conducta (2 años y 8 meses) y el número de clientes que tenía la entidad (más de tres mil, como ella misma declaró en su contestación del día 12 de septiembre de 2008 al requerimiento de información efectuado por esta Comisión, y no “varios centenares”, como señala en el escrito de interposición del recurso). Pero es que, además, también se han tenido en cuenta otras circunstancias como que los servicios que prestaba y que debió notificar no eran uno sino tres; la publicidad que de estos y otros servicios que no han quedado probados hacía en su página web; los ingresos brutos totales que la actividad infractora ha reportado a la recurrente (según ha quedado acreditado mediante la documentación económica aportada al expediente, entre los ejercicios 2006 a 2008 la recurrente obtuvo ingresos por importe de 1.631.310,05 euros), circunstancias que por ser indicativas del volumen y entidad, tanto de la persona jurídica infractora como de la actividad en sí, sí pueden dar lugar a apreciar la agravante aplicada por dotar de mayor trascendencia o mayor envergadura transgresora a la conducta sancionada.

⁹ Según STS de 5 de mayo de 2000, los criterios de graduación del Derecho administrativo operan del mismo modo que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (agravantes y atenuantes), pero el Derecho Penal, cuyos principios son de aplicación al procedimiento administrativo sancionador, tampoco contempla la determinación de la pena mediante la aplicación de un sistema automático.



No obstante, en cuanto al concepto de “*repercusión social de la infracción*” al que se refiere el artículo 56.2 b de la LGTel, conviene recordar que se trata de un concepto jurídico indeterminado y, como tal, un concepto flexible o abierto que ha de ser dotado de contenido en cada caso concreto. La STC núm. 180/1996, de 12 de noviembre (RTC 1996/180), al referirse a los conceptos jurídicos indeterminados señala que han de ser dotados de contenido concreto en cada caso mediante la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los factores o criterios objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico, es decir, mediante una explicación y aplicación al caso concreto.

Asimismo, según la STC núm. 188/1999, de 25 de octubre, el concepto jurídico indeterminado “*nos lleva al examen de cada supuesto concreto, en función de su importancia y de las cuestiones que en él se planteen*”.

Esto significa que dicho concepto puede ser utilizado por la Administración sancionadora en muy diferentes supuestos de hecho siendo ajustado a Derecho en todos ellos siempre que estén suficientemente fundamentados los motivos y causas específicas que han llevado a su aplicación.

Por ello, en contestación a la alegación de la recurrente sobre que esta Comisión ha entendido en anteriores ocasiones, por ejemplo la Resolución de 29 de enero de 2009 (RO 2007/1091), que la repercusión social hace referencia a la trascendencia de la conducta en la opinión pública, cabe señalar que tratándose de un concepto jurídico indeterminado el contenido concreto dado a este concepto para su estimación y aplicación en otros supuestos de hecho anteriores puede no ser válido para el actual.

No obstante, la expresión “trascendencia en la opinión pública” puede ser entendida en sentido amplio como el daño que la conducta infractora puede producir al interés público protegido en esta materia por la Ley General de Telecomunicaciones, es decir la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de libre competencia, influyendo en este caso decisivamente el peso o la envergadura que la entidad y la actividad que ésta realiza tienen en el mercado, y sirviendo para ello como elementos de medida los tomados en cuenta por la Resolución impugnada (el número de clientes y el período de tiempo principalmente, pero también el hecho de estar prestando más de un servicio o el volumen de ingresos obtenido por la actividad).

En este sentido, esta Comisión, como organismo regulador del sector de las telecomunicaciones, debe velar porque las entidades que operan en el sector cumplan el marco normativo vigente por razones evidentes: no ajustarse a él y evadir el régimen jurídico que les es de aplicación, la LGTel y su normativa de desarrollo, materializado en este caso en el hecho de no haber realizado la notificación fehaciente del inicio de la actividad, supone competir en condiciones desiguales. Como hemos visto, aunque el sistema de autorización general exige un único requisito para el acceso al mercado de naturaleza meramente declarativa, su importancia trasciende la mera formalidad y reside en que del conocimiento que tenga esta Comisión de los operadores que actúan en el mercado depende la efectiva aplicación de la regulación sectorial y en último término la protección a los consumidores.

Una entidad que presta servicios de comunicaciones electrónicas sin haber notificado fehacientemente su actividad está operando al margen del marco normativo creado al efecto y, por lo tanto, sus abonados no están protegidos por el ordenamiento jurídico como usuarios de servicios de telecomunicaciones. En este caso, por tanto, la repercusión social de la infracción



deriva, a juicio de esta Comisión, del perjuicio causado a todos los abonados a los servicios prestados por Citrus Red cuyos derechos se ven vulnerados al estar actuando su proveedor de servicios al margen de la Ley General de Telecomunicaciones, y en general al propio sector en su conjunto, ya que al quedar este operador al margen del control del organismo regulador impide la correcta aplicación del marco normativo de las telecomunicaciones.

Es necesario recordar que el origen del procedimiento sancionador fue la denuncia de un usuario final de CITRUS RED ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, quien procedió a su archivo, precisamente, porque CITRUS RED no estaba constituido en aquel momento como operador de comunicaciones electrónicas de conformidad con la LGTel, habiendo quedado en desamparo los derechos del denunciante como usuario de servicios de telecomunicaciones.

En cuanto al hecho que pone de manifiesto la recurrente de que sólo las entidades involucradas han tenido conocimiento de la denuncia y de la infracción, es necesario aclarar que la trascendencia social no concurre solo porque exista una multiplicidad de entidades involucradas, sino también por el número de usuarios efectiva o potencialmente afectados por el incumplimiento de la entidad denunciada. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 609/2006, de 12 de abril de 2006, valora el criterio de la repercusión social de la infracción en relación al número de usuarios potencialmente afectados del siguiente modo:

“En cuanto a la trascendencia social de la infracción deriva, lógicamente, (.....), de estar instalado dicho aparato medidor, ilícita y conscientemente alterado, en un vehículo auto-taxi, potencialmente utilizable por múltiples usuarios con la inseguridad generalizada que ello supone en los usuarios del servicio.”

Respecto a la afirmación de la recurrente de que esta Comisión no ha considerado la existencia de una circunstancia agravante similar en otros procedimientos con circunstancias de hecho coincidentes (en particular el período de tiempo en que se mantiene la conducta infractora), para lo que aporta una comparativa entre las circunstancias tenidas en cuenta y las sanciones aplicadas por la misma infracción en distintos procedimientos sustanciados anteriormente por esta Comisión, debe rechazarse de plano tal comparación dado que si el principio de proporcionalidad implica determinar la cuantía de la sanción mediante la ponderación de los datos concretos obrantes en el expediente, en la práctica no es posible encontrar supuestos de hecho con datos y circunstancias idénticas, por lo que tampoco la aplicación de los criterios para graduar la sanción puede ser idéntica.

Cada procedimiento sancionador tramitado en desarrollo de la potestad que ostenta esta Comisión es único a pesar de estar tratando sobre la infracción del mismo precepto legal, puesto que las circunstancias concurrentes en cada caso son distintas y precisamente constituye la esencia del principio de proporcionalidad la adecuación de la sanción a la gravedad del hecho concreto cometido.

Tampoco es posible estimar la pretensión de la recurrente de que se tenga en cuenta que la denuncia del usuario ante la SETSI que originó el procedimiento sancionador incoado a Citrus Red por esta Comisión *“se refería exclusivamente a prácticas relativas a la preselección, que nuestra representada demostró el escrupuloso respeto de las obligaciones en la materia y que, finalmente, la denuncia en ningún caso se refería al hecho de haber realizado o no la notificación a esa Comisión del inicio de actuaciones”*.



Es cierto que la reclamación del usuario no tenía por objeto denunciar el incumplimiento por parte de Citrus Red de sus obligaciones ante esta Comisión como operador de telecomunicaciones, pero esta circunstancia es completamente irrelevante a los efectos de la incoación del procedimiento sancionador por esta Comisión, ya que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 11.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora *“los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia”*, por lo que esta Comisión tenía plena potestad para iniciar de oficio el procedimiento sancionador, ya fuera por conocimiento directo o por conocimiento indirecto de las conductas o hechos susceptibles de constituir infracción, siendo en este caso la SETSI quien informó a esta Comisión mediante la interposición de una denuncia de los hechos que supuestamente podían constituir una infracción de las tipificadas en la LGTel.

Para concluir, a juicio de esta Comisión el procedimiento seguido para la determinación y graduación de la sanción en el marco del expediente RO 2009/86 es ajustado a Derecho y la cuantía impuesta (20.000 euros) proporcionada a la vista de que dicha cantidad se encuentra dentro de los márgenes establecidos por la norma y que para su graduación se han tenido en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el caso, debiendo dejar constancia de que en ningún caso puede entenderse desproporcionada una cantidad que supone el 1% de la graduación máxima legalmente posible (2.000.000 de euros).

Cuarto.- Sobre la aplicación de circunstancias atenuantes de la responsabilidad.

Alega la recurrente que no se han tenido en cuenta como atenuantes de la responsabilidad a la hora de graduar la sanción el hecho de que, con anterioridad a la notificación fehaciente que realizó el día 9 de febrero de 2009 y que dio lugar a su inscripción en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas cuya llevanza corresponde a esta Comisión¹⁰, hubiera intentado reiteradamente realizar la notificación de sus actividades a esta Comisión, así como la delicada situación económica y financiera en la que se encuentra.

En cuanto a la primera cuestión, la recurrente alega que antes de la notificación del día 9 de febrero de 2009 realizó cuatro intentos que resultaron infructuosos. En particular se refiere a dos supuestos intentos de fechas 28 de abril de 2006 y 28 de abril de 2008, de los que esta Comisión no tiene constancia alguna y en relación a los cuales Citrus Red no ha aportado ninguna prueba que las acredite. En cuanto a los otros dos intentos de fechas 2 de diciembre de 2008 y 20 de enero de 2009 sí que constan como realizados, dado que se abrieron los correspondientes procedimientos administrativos para tramitar la notificación¹¹, no obstante ambos procedimientos finalizaron por medio de sendas resoluciones por las que se tenía por no realizada la notificación por adolecer de la mayor parte de los requisitos exigidos por el artículo 5.5 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, en el primer caso, y por defectos de forma en el segundo.

¹⁰ RO 2009/201.

¹¹ RO 2008/2029 y RO 2009/84.



Ya en la primera notificación comunicaba la recurrente que venía prestando desde el 1 de mayo de 2006 los servicios que denominaba como:

1. *“Disposición de la preselección del operador a través de soporte de nivel 1”, Verizon y Primus.*
2. *“Suministro de ADSL de banda ancha a través de Orange”.*
3. *“Servicios de telefonía móvil”.*
4. *“Compra y venta con descuento de tarjetas prepago”.*

En la segunda notificación, de fecha 20 de enero de 2009, comunicaba la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas de reventa del servicio telefónico fijo disponible al público, Operador móvil virtual Prestador de Servicios y reventa del servicio de transmisión de datos disponibles al público de proveedor de acceso a Internet.

Finalmente, con fecha de 9 de febrero de 2009, CITRUS RED notificó fehacientemente el inicio de sus actividades de comunicaciones electrónicas, resultando desde entonces inscrita en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas como entidad habilitada para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas de Operador Móvil Virtual prestador de servicios, reventa del servicio telefónico fijo disponible al público en sus modalidades de acceso indirecto y mediante tarjetas prepago, reventa de capacidad/transmisión de circuitos y servicio de proveedor de acceso a Internet, con la observación del inicio en la prestación de los mismos desde el 1 de junio de 2006, tal como notificó.

Pues bien, en relación con los hechos expuestos, la recurrente considera que los diversos intentos de notificación muestran los esfuerzos realizados por regularizar su situación y la falta de mala fe.

Frente a ello debe ponerse de manifiesto, en primer lugar, que solo pueden ser tenidos en cuenta los hechos que constan acreditados, esto es los dos intentos previos al que resultó fehaciente, de 9 de febrero de 2009, que no tuvieron lugar hasta el 2 de diciembre de 2008, cuando la propia recurrente reconoce que inició la prestación de servicios el 1 de junio de 2006. Por tanto, el período de tres meses en que la recurrente se mantuvo en su intención de regularizar su situación tras la comunicación de la apertura del período de información previa resulta de poca relevancia comparado con el período de más de 2 años en que la recurrente mantuvo la conducta infractora sin intención de regularizarla.

La resolución recurrida aplica tres circunstancias atenuantes: la inexistencia de otras infracciones cometidas anteriormente por el denunciado, la ausencia de beneficio obtenido por el hecho objeto de la infracción (la infracción cometida no reporta beneficio para el infractor al ser la notificación un acto totalmente gratuito para el operador, pero en cualquier caso ha quedado acreditado que los resultados brutos de su actividad en el período analizado fueron negativos) y el cese de la conducta infractora, *“ya que Citrus Red ha notificado fehacientemente el inicio de la actividad en los términos establecidos en el artículo 6.2 de la LGTel durante el año 2009, tras varios intentos desde diciembre de 2008. Además, ha contribuido a la tramitación, tanto del periodo de información previa, como del procedimiento sancionador”.*

Por ello, debe desestimarse la alegación de la recurrente puesto que la regularización de su situación ya ha sido tenida en cuenta en la resolución recurrida como atenuante.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, entiende la recurrente que no se ha tenido en cuenta a la hora de graduar la sanción el criterio establecido por el artículo 56.2 segundo párrafo de la LGTel, que prevé que *“además, para la fijación de la sanción se tendrá en cuenta la situación*



económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, (...)”, y añade que, como se desprende de la documentación económica aportada a esta Comisión en el curso del procedimiento, Citrus Red no ha obtenido beneficios por el hecho objeto de infracción y además en la actualidad atraviesa una difícil situación económica y financiera que amenaza la viabilidad de la empresa, que se ve acentuada con la imposición de una sanción tan elevada.

La determinación de la sanción en este caso requiere de la aplicación conjunta de los artículos 56.1 b) y 56.2 de la LGTel. El primero establece la sanción que corresponde imponer a las infracciones muy graves del artículo 53t de la misma Ley, que deberá cuantificarse en función del beneficio bruto obtenido por el sujeto infractor y, en su defecto, podrá determinarse libremente por la Administración con el límite máximo de dos millones de euros. El segundo establece que la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta los criterios que allí se establecen, además de los señalados en el artículo 131.3 de la LRJPAC.

La resolución impugnada estima que 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 habida cuenta de que es negativo. Por tanto, la sanción máxima que se podría imponer es de dos millones de euros. Por otro lado, para la fijación de la cuantía de la sanción, esta Comisión efectúa una graduación de la misma entendiendo que concurren una circunstancia agravante y tres atenuantes, entre las cuales se encuentra la prevista en el artículo 56.2 c) motivada por la ausencia de beneficio reportado al infractor por los hechos objeto de infracción, dado que según quedó acreditado mediante la documentación de contenido económico aportada por la recurrente¹² al procedimiento el resultado bruto total de la entidad en el período de los ejercicios 2006, 2007 y 2008 fue de una pérdida de 175.440,05 euros, pese a que sus ingresos ascendieron en el período objeto del procedimiento sancionador a un total de 1.774.114,26 euros¹³.

Finalmente, tras la valoración de todas las circunstancias obrantes en el caso y haciendo uso de las facultades reconocidas a la Administración para la cuantificación de las sanciones, esta Comisión fija la cuantía de la sanción en 20.000 euros, lo que representa un 1% del importe máximo que podría haberse impuesto por esta infracción (2.000.000 euros), por lo que no puede tener acogida la afirmación de que se trata de una cuantía desproporcionada.

Pese a que la Resolución impugnada no se refiere de manera específica al fundamentar la cuantificación de la sanción al criterio de la situación económica del infractor recogido en el segundo párrafo del artículo 56.2 de la LGTel, sí valoró esta circunstancia esta Comisión al dictar la Resolución impugnada, como se refleja en la cuantía impuesta (un 1% del límite máximo de dos millones de euros legalmente posible) y en el reconocimiento de que la recurrente no obtuvo beneficio alguno por la actividad infractora. No obstante, procede añadir en este sentido que del análisis de la situación económica de la recurrente que puede hacerse sobre la base de los datos que obran en el expediente, en particular la documentación económica aportada por Citrus Red en fecha 29 de mayo de 2009¹⁴, no cabe entender en modo alguno que la sanción impuesta sea desproporcionada, por los siguientes motivos:

¹² Contestación al requerimiento de información efectuado a Citrus Red por la Instructora del procedimiento, que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 29 de mayo de 2009.

¹³ En esta cuantía se incluye una estimación de los ingresos obtenidos en 2009 (del 1 de enero al 8 de febrero, fecha en la que se pone fin a la conducta infractora al presentar la notificación fehaciente).

¹⁴ En la contestación al requerimiento de información la recurrente facilitó a esta Comisión declaraciones fiscales, cuenta de pérdidas y ganancias y balance correspondientes al período objeto del procedimiento sancionador (desde 2006 a 2009), aunque con la documentación aportada no fue posible obtener el importe de los resultados brutos del período de 1 de enero de 2009 a 8 de febrero de 2009.



a) La entidad obtuvo en el período de los ejercicios 2006 a 2008 un total de 1.631.310,05 euros, de los cuales 1.176.801,69 euros corresponden a los ingresos de 2008 (último ejercicio del que se dispone de datos). A la luz de los datos aportados, se observa por otro lado una evolución ascendente de los ingresos de 2006 a 2008.

b) El importe de la sanción impuesta mediante Resolución de 17 de septiembre de 2009 (20.000 euros) supone solo un 1,6% del total de ingresos obtenidos el año anterior. De este modo, y dado que la recurrente no aporta en su recurso mayor información que ayude a probar lo que pretende, debe desestimarse la alegación objeto de este estudio en este apartado.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE:

Único.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por Citrus Red, S.L., contra la resolución, de fecha 17 de septiembre de 2009, por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a esta entidad por el presunto incumplimiento de los requisitos exigibles para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, 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 que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro recurso que estimen procedente en defensa de sus derechos en virtud de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.