



JORGE SANCHEZ VICENTE, 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 32/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 6 de octubre de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución del expediente sancionador incoado contra Mundio Móvil España, S.L. por el presunto incumplimiento del artículo cuarto apartado tercero de la Circular 1/2008, de 19 de junio de 2008, sobre conservación y migración de numeración telefónica y del resuelve de la Resolución de 11 de febrero de 2010 del expediente (RO 2010/2492).

Finalizada la instrucción del presente expediente sancionador incoado contra Mundio Móvil España, S.L. por acuerdo del Consejo de esta Comisión de 16 de diciembre de 2010 y, vista la propuesta de resolución elevada a este Consejo por la Instructora del citado procedimiento sancionador, el Consejo de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado en su sesión núm. 32/11 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

I

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Circular 1/2008 que define el modelo de gestión de las peticiones de portabilidad.

Con fecha 19 de junio de 2008, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Circular 1/2008¹, sobre conservación y migración de numeración telefónica (en adelante, Circular 1/2008), en la que se define un cambio en el modelo de gestión de las peticiones de

¹ Modificada por la Circular 3/2009, de 2 de julio de 2009 que tiene por objeto establecer una fecha límite antes de la cual los procedimientos administrativos entre operadores para la portabilidad efectiva de los números telefónicos móviles deberán seguir exclusivamente un sistema centralizado mediante una Entidad de Referencia.



portabilidad en el ámbito de la telefonía móvil, pasando de un modelo distribuido a un modelo centralizado².

En su artículo 2 sobre el “Ámbito de aplicación” se establece qué operadores quedarán afectados por la citada Circular. Concretamente, se indica que:

“La presente Circular será de aplicación a todos los operadores que presten servicios telefónicos disponibles al público y otros servicios de comunicaciones electrónicas con numeración telefónica, incluidos aquellos que presten un servicio de operador móvil virtual en su modalidad de prestador de servicio”.

Asimismo, en el apartado tercero del artículo 4 de la Circular sobre los “Principios de las Entidades de Referencia de la portabilidad” se dispone que:

“Los operadores que deban utilizar las Entidades de Referencia³ tendrán la obligación de compartir los costes incurridos en el establecimiento, correcto funcionamiento y gestión administrativa de cada una de ellas, así como el derecho al acceso directo a las mismas”.

SEGUNDO.- Constitución de la Asociación de Operadores de Portabilidad Móvil.

El apartado cuarto del artículo 4 de la citada Circular establece que *“La operación y gestión de cada Entidad de Referencia será responsabilidad exclusiva de los operadores, para lo cual establecerán un sistema organizativo para su gestión adecuado al cumplimiento de la presente Circular”.*

A los efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el párrafo anterior, el 18 de julio de 2008 se constituyó la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil (en adelante, AOPM) que tiene entre otros fines, el establecer, gestionar y supervisar los procesos asociados a la conservación de numeración móvil que establezcan los operadores a través de la Entidad de Referencia.

TERCERO.- Inscripción en el Registro de operadores de comunicaciones electrónicas.

Con fecha 23 de septiembre de 2008, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolvió inscribir a Barablu Móvil España, S.L. (actualmente, Mundio Móvil España, S.L – en adelante, Mundio Móvil)⁴ en el Registro de operadores y servicios de comunicaciones electrónicas como entidad autorizada para la prestación del servicio telefónico móvil disponible al público en la modalidad de Operador Móvil Virtual Completo (en adelante, OMV completo).

² Dicho modelo centralizado, al igual que el sistema establecido por los operadores involucrados en la portabilidad de numeraciones geográficas y de servicios de tarifas especiales en el seno de la Asociación de Operadores para la Portabilidad (AOP), deberá estar basado en una entidad de referencia de la numeración telefónica móvil portada (comúnmente denominada en las especificaciones técnicas de portabilidad como Nodo Central) que posibilite a los operadores el acceso en igualdad de condiciones a la numeración portada y a los procedimientos que aseguren el cambio de operadores a los abonados conservando la numeración móvil.

³ Hace referencia tanto a la Entidad de Referencia de la portabilidad fija como la Entidad de Referencia de la portabilidad móvil o Nodo Central.

⁴ Por Resolución RO 2010/1197 se acordó inscribir en el Registro de operadores el cambio de la denominación social de la entidad Barablu Móvil España, S.L. por la de Mundio Móvil España, S.L.



Con fecha 17 de octubre de 2008, esta Comisión autorizó la asignación de numeración móvil a Mundio Móvil para la prestación del servicio telefónico móvil disponible al público en la modalidad de OMV completo.

CUARTO.- Carta del Secretario de 19 de febrero de 2009 [documento núm.1].

Con fecha 19 de febrero de 2009, el Secretario de esta Comisión remitió una carta tanto a la entidad Mundio Móvil como a otros operadores que en aquel momento no estaban adheridos a la AOPM, informándoles de la obligación que tenían de establecer relación con la citada asociación al objeto de garantizar la conservación de la numeración del abonado a través de la Entidad de Referencia. Asimismo, se indicó en el citado escrito su obligación de contribuir a los costes originados por la creación de la citada Entidad.

En la carta se indica que:

“Dicha Entidad de Referencia ha de estar gestionada y financiada, de acuerdo a los puntos 3 y 4 del artículo cuarto de la Circular, de forma conjunta por todos los operadores que presten servicios telefónicos con numeración telefónica móvil, incluidos los operadores móviles virtuales en su modalidad de prestador de servicio (artículo segundo de la Circular).

Según el citado artículo cuarto.3, los costes incurridos en el establecimiento, correcto funcionamiento y gestión administrativa de la entidad de referencia móvil deberán ser compartidos por todos los operadores móviles.

En consecuencia, y para el cumplimiento de la disposición transitoria de la Circular⁵, como OMV-C⁶ deberá establecer con la suficiente antelación relación con la AOPM, ya sea como asociado o bien mediante un contrato de prestación de servicios, al objeto de garantizar la posibilidad de gestionar tanto los procesos de portabilidad de nuevos clientes provenientes de otros operadores móviles (numeración importada), como los de clientes propios que deseen cambiar a otros operadores móviles (numeración exportada), empleando como soporte de los procedimientos administrativos aprobados por el Nodo Centralizado⁷ una vez éste se encuentre operativo, para así poder garantizar en todo momento el derecho a la portabilidad de la numeración móvil en caso de cambio de operador.”

El citado escrito fue debidamente notificado a Mundio Móvil el día 25 de febrero de 2009, según acuse de recibo [Documento núm. 1.1].

⁵ Establece que los procedimientos administrativos operativos entre operadores para la portabilidad de los números telefónicos móviles seguirán exclusivamente un sistema centralizado mediante una Entidad de Referencia a partir del 30 de junio de 2009, de acuerdo con las especificaciones técnicas vigentes en dicha fecha. A estos efectos los operadores acometerán la necesaria migración desde el anterior sistema distribuido de acuerdo con el apartado 2 del punto sexto, comunicando a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones antes del 31 de enero de 2009 los planes de migración y las medidas previstas para garantizar la continuidad del servicio. Esta disposición fue modificada a través de la Circular 3/2009, de 2 de julio, en el sentido que retrasó la entrada en funcionamiento del Nodo Central, debiendo seguir un sistema centralizado mediante la entidad de Referencia antes del 28 de febrero de 2010.

⁶ Operador Móvil virtual completo y prestador de servicio.

⁷ La Entidad de Referencia entró en funcionamiento el fin de semana del 13 y 14 de marzo de 2010.



QUINTO.- Resolución de 11 de febrero de 2010 (DT. 2009/1045) [Documento núm. 2].

Con fecha 11 de febrero de 2010, esta Comisión resolvió el conflicto suscitado entre la AOPM y el Sistema Centralizado de Gestión de la Portabilidad Móvil (en adelante, SCPM) sobre el reparto de los costes de la Entidad de Referencia. En el resuelve de la resolución se dispuso que:

***Primero.-** Los operadores que deban utilizar la Entidad de Referencia móvil y no se encuentren asociados a la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil, o no hayan formalizado un acuerdo de prestación de servicios con dicha asociación, deberán regularizar su situación a todos los efectos, en el plazo de quince días a partir de la presente resolución.*

***Segundo.-** Los operadores deberán contribuir a los costes de acuerdo al reparto establecido en el acta fundacional de la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil.*

***Tercero.-** Para el cálculo de las cuotas de regularización se considerará como hito temporal inicial de contribución, la asignación o subasignación de numeración móvil”.*

La Resolución fue notificada a todos los interesados en el conflicto y a todos los operadores obligados que a la fecha del procedimiento no formaran parte de la asociación. Entre estos últimos se encontraba la entidad Mundio Móvil que según el acuse de recibo fue debidamente notificada, con fecha 23 de febrero de 2010 [Documento número 2.1].

Por otra parte, entre la documentación aportada por la AOPM en el citado procedimiento consta la siguiente:

a.- Carta remitida por la AOPM a Mundio Móvil de fecha 13 de febrero de 2009 informando que *“conforme al reparto de costes que establece la Circular 1/2008 y que han acordado los miembros fundadores de la AOPM, todos los costes asociados serán repartidos entre los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas con numeración telefónica (...)”*. Y añade, que por este motivo *“desde la AOPM le invitamos a formalizar cuanto antes su relación con esta Asociación, y de esta manera, poder formar parte de las decisiones que es necesario adoptar con el fin de poner en funcionamiento el citado Nodo”* [Documento núm. 2.2].

b.- Acta fundacional y los Estatutos de constitución de la AOPM aprobados con fecha 18 de julio de 2008 [Documento núm. 2.3 y 2.4].

SEXTO.- Escrito de denuncia de la AOPM [Documento núm. 3].

Con fecha 17 de junio de 2010, tuvo entrada en esta Comisión escrito de la AOPM en el que denuncia a dos operadores, Lycamobile, S.L. (en adelante, Lycamobile) y Mundio Móvil por no encontrarse asociados ni haber formalizado un acuerdo de prestación de servicios con la citada asociación, solicitando por ello, a esta Comisión (i) que autorizase a la AOPM el inicio del procedimiento de alta extraordinaria⁸ definido en las vigentes especificaciones técnicas de portabilidad móvil y que (ii) iniciase el correspondiente procedimiento sancionador.

⁸ Procedimiento previsto en el punto 7.2.2 de las Especificación Técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración móvil en caso de cambio de operador según el nuevo modelo centralizado, aprobado por la Resolución de 22 de octubre de 2009 [DT 2009/860]. Este procedimiento extraordinario será de aplicación únicamente cuando se produzca uno de los siguientes escenarios:



SÉPTIMO.-Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento administrativo (DT 2010/1139).

A la vista de la denuncia presentada por la AOPM, con arreglo a las previsiones de la Ley 30/1992, de 31 de enero, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), esta Comisión procedió, con fecha 2 de julio de 2010, a iniciar el correspondiente procedimiento administrativo con el fin de conocer los motivos que llevaron a los operadores denunciados por la AOPM, Lycamobile y Mundio Móvil, a no regularizar su situación “y, en su caso, a decidir sobre la conveniencia de declarar a estos operadores en estado de alta extraordinaria y a la apertura de un expediente independiente para la aplicación de las medidas derivadas del incumplimiento de la normativa sectorial”.

En consecuencia, la apertura del citado procedimiento fue notificada a la entidad Mundio Móvil, según acuse de recibo de 6 de julio de 2010. [Documento núm. 3.1].

OCTAVO.- Escrito de alegaciones de la AOPM [Documento número 3.2].

Con fecha 26 de octubre de 2010, tuvo entrada nuevo escrito de la AOPM en el que entre otras alegaciones, señala que “a fecha de hoy el operador Mundio Móvil España, S.L.U. todavía no ha formalizado su adhesión a AOPM, a pesar de habersele requerido en numerosas ocasiones a finalizar los trámites de adhesión (mediante el depósito de la garantía correspondiente conforme a Estatutos) (...)”.

En base a lo anterior, la asociación solicita “la aplicación a Mundio Móvil del procedimiento de alta extraordinaria y el inicio de las medidas que en derecho correspondieran por el incumplimiento de la normativa sectorial”.

Asimismo, a través del citado escrito la AOPM pone en conocimiento de esta Comisión que la entidad Lycamobile, S.L. regularizó su situación con fecha 30 de agosto de 2010.

NOVENO.- Resolución de 16 de diciembre de 2010, por la que se pone fin al procedimiento administrativo y se procede a la apertura del procedimiento sancionador [Documento núm. 3.3].

Con fecha 16 de diciembre de 2010, el Consejo de la Comisión aprobó la Resolución en la que acordó (i) autorizar a la AOPM el inicio del procedimiento extraordinario de alta y, (ii) procedió a la apertura de un procedimiento sancionador contra el operador Mundio Móvil como presunto responsable directo de las infracciones administrativas calificadas como muy graves, tipificadas en el artículo 53, letras q) y r), de la LGTel por un presunto incumplimiento de la Circular 1/2008, de 19 de junio, y de la Resolución aprobada por esta

a) Un operador pone fin a su actividad como prestador del servicio telefónico móvil disponible al público sin haber notificado con suficiente antelación a sus usuarios este hecho. En este escenario la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones deberá autorizar a la Asociación de Operadores de la Portabilidad Móvil (AOPM) el inicio del procedimiento extraordinario de alta para los abonados del operador involucrado.

b) Un operador incumple con las obligaciones de contribución a los costes del nodo central. Este hecho se produce, cuando según los estatutos de la AOPM el operador se encuentre en situación de impago. Ante tal circunstancia la AOPM deberá comunicar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, tanto la situación de impago por parte del operador como la fecha de inicio del procedimiento extraordinario de alta para el operador involucrado.

El objeto del procedimiento es permitir que los usuarios del operador que se encuentre en situación excepcional puedan mediante su derecho a conservar la numeración solicitar asimismo el cambio de operador. Para este cometido el nodo central, sólo bajo estas condiciones, actuaría como operador donante aceptando todas las peticiones de portabilidad realizadas por los operadores receptores, ya que no dispondría de los elementos de juicio necesarios (datos de usuario) para poder rechazarlas.



Comisión, con fecha 11 de febrero de 2010, sobre el conflicto entre la Asociación Sistema Centralizado de Gestión de la Portabilidad Móvil y la Asociación de Operadores de Portabilidad Móvil en relación con el reparto de los costes del Nodo Central de portabilidad móvil (Resolución DT 2009/1045).

La citada resolución fue notificada a Mundio Móvil a través de su publicación en el Boletín Oficial del Estado de fecha 13 de enero de 2011, por no haber resultado posible la notificación en su domicilio [Documento núm. 3.4].

Asimismo, el citado acuerdo de apertura fue comunicado a la instructora del expediente con fecha 19 de enero de 2011 [Documento núm. 3.5].

DÉCIMO.- Incorporación de documentos al procedimiento sancionador [Documento núm. 4] [RO 2010/2482].

Mediante escrito de 4 de marzo de 2011, la instructora del presente procedimiento solicitó la remisión de actuaciones practicadas en los expedientes DT 2010/1139 y DT 2009/1045, así como la copia de la carta remitida por el Secretario de esta Comisión a Mundio Móvil el día 19 de febrero de 2009.

UNDÉCIMO.- Requerimiento formulado por la instructora en el marco del presente procedimiento [Documento núm. 5].

Con fecha 9 de marzo de 2011, la instructora del presente expediente requirió a la AOPM:

- *“Documentación (burofax, carta...) remitida por la AOPM en la que se le haya requerido a Mundio Móvil España, S.L. la formalización de los trámites de adhesión con la citada asociación”.*

Con fecha 22 de marzo de 2011, tuvo entrada en el Registro escrito de la AOPM [Documento núm. 6] evacuando el citado requerimiento y aportando la siguiente documentación:

- Copia de los e-mails que se intercambiaron la AOPM y Mundio Móvil durante el periodo de febrero a agosto de 2010 sobre la información y los trámites que deberá cumplimentar Mundio Móvil para adherirse a la AOPM.

DUODÉCIMO.- Escrito remitido por Mundio Móvil el día 4 de mayo de 2011.

Con fecha 4 de mayo de 2011, Don Magnus Kelly presentó escrito a esta Comisión en la que comunica que “en relación a la falta de cumplimiento de Mundio con las obligaciones de portabilidad de números móviles y la actual inactividad de Mundio⁹ en el mercado español, mediante el presente escrito solicito que Mundio sea dado de baja en el registro de operadores y que la numeración asignada sea cancelada¹⁰”. Asimismo, añade que “Respetuosamente solicito que la CMT considere la baja de Mundio en el registro de operadores y la renuncia de Mundio a los rangos de numeración asignados como atenuantes en el curso de sus deliberaciones sobre la conveniencia de imponer sanciones”. [Documento núm. 7].

⁹ El subrayado es nuestro.

¹⁰ En la actualidad se encuentra en tramitación un expediente de cancelación de Mundio Móvil del Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (RO 2011/1441).



DECIMOTERCERO.- Escrito remitido por la entidad AOPM el día 18 de mayo de 2011.

Con fecha 18 de mayo de 2011, a través de un correo electrónico la AOPM indicó la cantidad correspondiente a la cuota de regularización que Mundio Móvil debería haber pagado si se hubiese adherido a la AOPM [Documento núm. 8].

DECIMOCUARTO.- Propuesta de resolución de la Instructora.

Con fecha 30 de junio de 2011, la Instructora del expediente emitió la correspondiente propuesta de resolución (Documento núm. 0) en la que, tras relatar los antecedentes de hecho, fijar los hechos considerados probados y analizar los fundamentos de derecho aplicables al caso, propuso:

*“**PRIMERO.** Que se declare responsable directa a la entidad MUNDIO MÓVIL ESPAÑA, S.L. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.q) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido el artículo cuarto apartado tercero de la Circular 1/2008, sobre conservación y migración de numeración telefónica.*

*“**SEGUNDO.** Que se imponga, por la comisión de la infracción señalada en el apartado Primero, una sanción económica a MUNDIO MÓVIL ESPAÑA, S.L. por importe de sesenta y siete mil ciento quince euros con noventa y seis céntimos (67.115,96 euros)”.*

La citada propuesta de resolución de la instructora fue notificada a Mundio Móvil a través de su publicación en el Boletín Oficial del Estado de fecha 23 de julio de 2011, por no haber resultado posible la notificación en su domicilio [Documento núm. 9].

Mundio Móvil no ha formulado alegaciones al trámite de audiencia.

II

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente y de las pruebas practicadas han quedado probados, a los efectos del procedimiento de referencia, los siguientes **HECHOS**:

Primero.- Que la entidad Mundio Móvil ha incumplido la obligación que deriva de lo dispuesto en el artículo 4 apartado tercero de la Circular 1/2008.

El apartado tercero del artículo 4 de la Circular 1/2008 sobre los “Principios de las Entidades de Referencia de la portabilidad” dispone que:

“Los operadores que deban utilizar las Entidades de Referencia tendrán la obligación de compartir los costes incurridos en el establecimiento, correcto funcionamiento y gestión administrativa de cada una de ellas, así como el derecho al acceso directo a las mismas”.

Según consta en las actuaciones realizadas durante la instrucción del presente procedimiento sancionador, la entidad Mundio Móvil incumplió la obligación que tenía de contribuir a los costes originados por la creación de la Entidad de Referencia.



Tal hecho resulta del análisis de la documentación obrante en el expediente de referencia, y concretamente:

1.- Mundio Móvil era conocedora de la obligación que tenía de contribuir a la Entidad de Referencia, del trámite de formar parte de la AOPM, y del pago del depósito de garantía a constituir. Dicha afirmación queda acreditada, en base a la siguiente documentación:

- De la carta remitida por la AOPM a Mundio Móvil el día 13 de febrero de 2009 (Doc. núm. 2.2), en la que se le informa que *“conforme al reparto de costes que establece la Circular 1/2008 y que han acordado los miembros fundadores de la AOPM, todos los costes asociados serán repartidos entre los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas con numeración telefónica (...)”*. Y añade, que por este motivo *“desde la AOPM le invitamos a formalizar cuanto antes su relación con esta Asociación, y de esta manera, poder formar parte de las decisiones que es necesario adoptar con el fin de poner en funcionamiento el citado Nodo”*.

- De la carta remitida por el Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el día 19 de febrero de 2009 (Doc. núm. 1), y recibida por la entidad Mundio Móvil, según acuse de recibo el día 25 de febrero de 2009. En la misma se le pone en conocimiento que aquellos operadores no adheridos a la AOPM y que tienen la obligación de contribuir a los costes incurridos por el establecimiento, correcto funcionamiento y gestión administrativa de la Entidad de Referencia móvil, deberán contribuir a los costes de la citada entidad de forma compartida. Asimismo, se le informa que la gestión de la Entidad de Referencia móvil será responsabilidad exclusiva de los operadores y para ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 punto cuarto se establecerá un sistema único de gestión, la AOPM. Y en base a lo anterior, se indica que *“como OMV.C [Operador móvil virtual completo] deberá establecer con la suficiente antelación relación con la AOPM, ya sea como asociado o bien mediante un contrato de prestación de servicios (...)”*.

- De la documentación facilitada por la AOPM en contestación al requerimiento efectuado por la Instructora el día 9 de marzo de 2011, y consistente en las copias de los e-mails intercambiados entre las partes, esto es, entre la AOPM y Mundio Móvil, durante el periodo de febrero de 2010 a agosto de 2010 (Doc. núm. 6).

Concretamente, en el e-mail de 25 de febrero de 2010 la AOPM informa a Mundio Móvil acerca de la documentación y los trámites a seguir para formalizar su ingreso como miembro de la AOPM. Entre otros trámites, se indica expresamente:

- “[Presentar] el modelo de certificación de acuerdo de voluntad del operador de adherirse a la Asociación, que debe ser firmado por vuestro representante legal;

- [Presentar un] Aval a primer requerimiento (por el importe señalado más abajo) o justificante de transferencia por el importe correspondiente.

Adjunto así mismo la siguiente documentación de referencia en otro archivo zipeado:

Acta Fundacional y Estatutos de la Asociación, que incluye las reglas del funcionamiento de la Asociación y cálculo de las contribuciones (punto 5 del Acta).



- Procedimiento de cálculo de la cuota de regularización.

Para proceder a su ingreso en la AOPM, cada operador debe satisfacer una Cuota de Regularización que se calcula en función del momento en que el operador está en disposición de prestar el servicio conforme a las reglas del cálculo que también te adjunto. Esta Cuota de Regularización cubre la contribución a los costes ya incurridos por los miembros de la Asociación en el establecimiento y gestión administrativa de la misma, de conformidad con el punto cuarto.3 de la Circular 1/2008.

Asimismo, conforme al Acta de Constitución, es necesario que el operador formalice una garantía, ya sea mediante aval (conforme al modelo) o depósito bancario. La cuantía de la citada garantía en estos momentos es de 6.571,12 euros en el caso de que la incorporación de Vectone¹¹ se produzca en febrero de 2010. Este importe se actualiza mensualmente tal y como establece el Acta Fundacional.

Una vez remitidos los documentos señalados y acreditada posteriormente la constitución de la garantía y el ingreso de la cuota de regularización, se dará por finalizado el trámite de incorporación a la asociación de Vectone, comunicándose el alta formalmente”.

En los e-mails remitidos por la AOPM a Mundio Móvil los días 1 de marzo de 2010, 13 de mayo de 2010, 9 de julio de 2010 y 10 de agosto de 2010 se constata que la citada asociación calculó hasta en cuatro ocasiones el importe correspondiente a la garantía que debía constituir y satisfacer, como parte del trámite para formar parte de la AOPM.

Por consiguiente, queda acreditada de la documentación citada que Mundio Móvil tenía conocimiento de todos los trámites que debía realizar para cumplir con la obligación de contribuir a los costes originados por la creación de la Entidad de Referencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 apartado 3 de la Circular 1/2008.

2.- Mundio Móvil incumplió la obligación de contribuir a los costes originados por la creación de Entidad de Referencia. Dicha circunstancia queda acreditada por la documentación aportada al expediente tanto por la AOPM como por la propia entidad Mundio Móvil:

- Del escrito de denuncia formulado por la AOPM de fecha 17 de junio de 2010 (Doc. núm. 3) en el que pone en conocimiento de esta Comisión que Mundio Móvil no ha formalizado acuerdo alguno con la citada asociación, y por consiguiente continua sin contribuir a los costes originados por la creación del Nodo Central.
- Con fecha 26 de octubre de 2010 (Doc. núm. 3), tuvo entrada en el Registro de esta Comisión nuevo escrito de la AOPM en el que señala entre otras cuestiones, que Mundio Móvil sigue sin asociarse a la AOPM y sin contribuir a los costes originados por la creación del Nodo Central.
- A través del escrito remitido por la entidad Mundio Móvil, con fecha 4 de mayo de 2011 (Doc. núm. 7), señala que “en relación a la falta de cumplimiento de Mundio con las obligaciones de portabilidad de números móviles y la actual inactividad de Mundio¹² en el mercado español, mediante el presente escrito solicito que Mundio sea

¹¹ Nombre comercial de la entidad Mundio Móvil.

¹² El subrayado es nuestro.



dado de baja en el registro de operadores y que la numeración asignada sea cancelada". De citado escrito se infiere que la entidad Mundio Móvil no ha cumplido con las obligaciones de portabilidad de números móviles, y quiere que dicha manifestación sea tenida como circunstancia atenuante en el presente procedimiento.

Por consiguiente, de la documentación referenciada se acredita que Mundio Móvil ha incumplido la obligación de contribuir a los costes generados por la creación y mantenimiento de la Entidad de Referencia debiendo para ello suscribir un acuerdo con la AOPM y cumplimentar los trámites exigidos.

Segundo.- Que la entidad Mundio Móvil no cumplió en el plazo fijado las obligaciones establecidas en el Resuelve de la Resolución de 11 de febrero de 2010.

En el resuelve primero y segundo de la Resolución de 11 de febrero de 2010 (doc. núm. 2) se señala expresamente que:

***“Primero.-** Los operadores que deban utilizar la Entidad de Referencia móvil y no se encuentren asociados a la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil, o no hayan formalizado un acuerdo de prestación de servicios con dicha asociación, deberán regularizar su situación a todos los efectos, en el plazo de quince días a partir de la presente resolución.*

***Segundo.-** Los operadores deberán contribuir a los costes de acuerdo al reparto establecido en el acta fundacional de la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil”.*

Por consiguiente, esta Comisión fijó un plazo de 15 días a contar desde la fecha de notificación de la Resolución, en el que aquellos operadores que no estuvieran adheridos a la AOPM y en consecuencia no hubieran contribuido a los costes generados por la creación de la Entidad de Referencia dieran cumplimiento a las citadas obligaciones.

Pues bien, teniendo en cuenta que la Resolución fue aprobada por el Consejo de esta Comisión el día 11 de febrero de 2010 y notificada a Mundio Móvil, según acuse de recibo el día 23 de febrero de 2010, el plazo máximo para llevar adherirse a la AOPM y contribuir a los costes por la creación de la Entidad de Referencia finalizaba el día 12 de marzo de 2010. El incumplimiento de la citada obligación queda acreditado en virtud de la siguiente documentación:

1.- De la denuncia formulada por la AOPM de fecha 17 de junio de 2010 (doc. núm. 3) en la que pone en conocimiento de esta Comisión que Mundio Móvil no ha formalizado acuerdo alguno con la citada asociación, y no ha contribuido a los costes originados por la creación del Nodo Central.

2.- Con fecha 26 de octubre de 2010, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión nuevo escrito de la AOPM (doc. núm. 3.2) en el que señala entre otras cuestiones, que Mundio Móvil sigue sin asociarse a la AOPM y sin contribuir a los costes originados por la creación del Nodo Central.

3.- A través del escrito remitido por la entidad Mundio Móvil (Doc. núm. 7), con fecha 4 de mayo de 2011, señala que “En referencia al caso RO 2010/2492 en relación a la falta de cumplimiento de Mundio con las obligaciones de portabilidad de números móviles y la actual



inactividad de Mundio¹³ en el mercado español, mediante el presente escrito solicito que Mundio sea dado de baja en el registro de operadores y que la numeración asignada sea cancelada". De citado escrito se infiere que la entidad Mundio Móvil no ha cumplido con las obligaciones de portabilidad de números móviles.

En consecuencia, ha quedado acreditado que la entidad Mundio Móvil como operador prestador del servicio telefónico móvil en su modalidad de OMV completo con numeración asignada, no ha llevado a cabo en el término fijado en la Resolución de 11 de febrero de 2010, el cumplimiento de las obligaciones recogidas en el Resuelve de la Resolución.

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.

SEGUNDO. Tipificación de los Hechos probados.

El presente procedimiento sancionador se inició ante la presunta comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 53.q) y 53.r) de la LGTel, en los que se califican como muy graves:

q) el incumplimiento de las instrucciones dictadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de las competencias que en materia de mercados de referencia y operadores con poder significativo le atribuye la ley.

r) el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.

Tal y como consta en el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador (apartado 6 relativo a "Indicios de hechos sancionables"), el expediente se incoó por los siguientes motivos:

"(...) esta Comisión ha tenido conocimiento a través de los escritos presentados por la AOPM de fechas 17 de junio y 26 de octubre de 2010 que Mundio Móvil no ha completado los trámites de adhesión al no haber efectuado el pago del depósito de garantía exigido según los propios Estatutos de la AOPM.

En consecuencia, se estima que concurren suficientes elementos de juicio para considerar que Mundio Móvil podría haber realizado conductas tipificadas en los artículos 53.q) y 53.r)

¹³ El subrayado es nuestro.



de la LGTel, por un presunto incumplimiento de la Circular 1/2008 y de la resolución DT 2009/1045 dictada por esta Comisión con fecha 11 de febrero de 2010, susceptibles de motivar la incoación de un procedimiento sancionador“.

Por consiguiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 129.1 de la LRJPAC respecto al principio de tipicidad, es necesario analizar si de las actuaciones realizadas por Mundio Móvil y que han resultado probadas, puede inferirse que ha existido un incumplimiento del artículo 4 apartado tercero de la Circular 1/2008 tipificada en el artículo 53 q) de la LGTel y un incumplimiento del resuelve de la Resolución dictada por esta Comisión el 11 de febrero de 2010 tipificada en el artículo 53 r) de la LGTel.

Primero.- El incumplimiento del artículo cuarto apartado tercero de la Circular 1/2008¹⁴ sobre conservación y migración de numeración telefónica, en relación a la obligación que tiene Mundio Móvil como operador que debe utilizar la Entidad de Referencia, de compartir los costes incurridos en el establecimiento, correcto funcionamiento y gestión administrativa de la Entidad de Referencia.

El artículo 18 de la LGTel establece que los operadores que exploten redes públicas telefónicas o presten servicios telefónicos disponibles al público garantizarán que los abonados a dichos servicios puedan conservar, previa solicitud, los números que les han sido asignados, con independencia del operador que preste el servicio. Asimismo, se establece que los costes derivados de la actualización de los elementos de la red y de los sistemas necesarios para hacer posible la conservación de los números deberán ser sufragados por cada operador sin que, por ello, tengan derecho a percibir indemnización alguna.

Lo dispuesto en el citado artículo se desarrolla, entre otros, en el artículo 44 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento de Mercados) que establece que todos los operadores de redes telefónicas públicas, y los del servicio telefónico disponible al público, deberán facilitar a los abonados que lo soliciten la conservación de sus números, en los términos previstos en dicho Reglamento.

Asimismo, el artículo 45 del citado Reglamento de Mercados establece que los costes derivados de la actualización de los elementos de red y de los sistemas necesarios para hacer operativa la conservación de los números por los abonados deberán ser sufragados por cada operador, y no darán derecho a contraprestación económica alguna.

Por último, el artículo 48.3.e) establece que con el fin de salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio la Comisión podrá dictar, sobre las materias indicadas, instrucciones dirigidas a los operadores que actúen en el sector de las comunicaciones electrónicas. Estas instrucciones serán vinculantes una vez notificadas o, en su caso, publicadas en el BOE.

Esta Comisión, en el ejercicio de las competencias en materia de portabilidad numérica, con fecha 15 de julio de 2004 adoptó un acuerdo por el que se aprobó la Circular 2/2004¹⁵, sobre la conservación de la numeración. La misma estableció un conjunto de principios que establecía las bases de un modelo técnico, económico y organizativo para garantizar la conservación de la numeración móvil y fija al objeto de facilitar los necesarios acuerdos de

¹⁴ Modificada por la Circular 3/2009, de 2 de julio de 2009 que tiene por objeto establecer una fecha límite antes de la cual los procedimientos administrativos entre operadores para la portabilidad efectiva de los números telefónicos móviles deberán seguir exclusivamente un sistema centralizado mediante una Entidad de Referencia.

¹⁵ Ha quedado derogada por la Circular 1/2008.



los operadores para el adecuado cumplimiento de sus obligaciones en materia de portabilidad.

Con la aparición en el mercado de un número creciente de operadores móviles virtuales, responsables asimismo, de gestionar los procedimientos de portabilidad, se observó la necesidad de desarrollar un modelo de arquitectura adaptado al mayor número de operadores involucrados y a un mayor número de portabilidades. Por ello, resultó necesario la creación de un modelo centralizado basado en una Entidad de Referencia de la numeración móvil encargado de gestionar y canalizar todos los procesos administrativos de portabilidad, así como de actualizar y almacenar toda la información relativa a la numeración móvil involucrada en la portabilidad.

Como consecuencia de lo anterior, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con fecha 19 de junio de 2008, aprobó la Circular 1/2008 que tiene por objeto establecer un conjunto de principios con el objetivo de garantizar la conservación de la numeración por los abonados a los servicios telefónicos disponibles al público y a otros servicios de comunicaciones electrónicas con numeración telefónica para los que se prevea el derecho del usuario a la conservación de la numeración.

El artículo 4 apartado tercero de la Circular señala que los operadores que deban utilizar las Entidades de Referencia tendrán la obligación de compartir los costes incurridos en el establecimiento, correcto funcionamiento y gestión administrativa de cada una de ellas, así como el derecho al acceso directo a las mismas.

Asimismo, el artículo 4 apartado cuarto de la Circular establece que *“La operación y gestión de cada Entidad de Referencia¹⁶ será responsabilidad exclusiva de los operadores, para lo cual establecerán un sistema organizativo para su gestión adecuado al cumplimiento de la presente Circular”*. En consecuencia, y respecto a la portabilidad móvil, el día 18 de julio de 2008 una parte de los operadores afectados acordaron la constitución de la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil a través del Acta Fundacional, asimismo, se aprobaron los Estatutos de constitución de la citada asociación.

De lo anterior se deduce que la obligación de contribuir a los costes por la creación de la Entidad de Referencia recogida en el artículo 45 del Reglamento de Mercados ha sido concretada y desarrollada por la Circular a través de la AOPM, y más concretamente, a través de los Estatutos de constitución.

En el artículo 3 de los Estatutos se dispone que la asociación tendrá por objeto el desarrollo y mejora de las condiciones de la portabilidad numérica móvil en España, y concretamente, se establece la contribución a los costes de portabilidad por la creación del Nodo Central o entidad de Referencia. Asimismo, en el articulado se distinguen dos modalidades a través de las cuales un operador podrá adherirse a la AOPM: como asociado o como prestador del servicio de acceso a la Entidad de Referencia.

La primera modalidad (régimen de asociado) se contempla en el artículo 30 de los Estatutos y dispone que *“aquellos que deseen convertirse en miembros de la Asociación, deberán notificar por escrito tal intención al Gerente, o a aquel que lleve a cabo sus funciones en caso de no haberse designado éste, pudiéndose utilizar a estos efectos correo electrónico, fax y/o cualquier otro medio que permita dejar constancia del envío de la solicitud y*

¹⁶ Hace referencia tanto a la Entidad de Referencia de la portabilidad fija como la Entidad de Referencia de la portabilidad móvil o Nodo Central



recepción de la misma por el Gerente, aportando la documentación que acredite que concurren en el aspirante los requisitos en las letras a) y b) del artículo 29 precedente.

A la vista de tal solicitud, el Gerente procederá a calcular la Contribución que corresponda inicialmente al aspirante (en aplicación de las Reglas de Determinación de Contribuciones) invitándole igualmente a suscribir un documento de alta voluntaria en el que el nuevo asociado acepte los Estatutos así como los acuerdos válidamente adoptados hasta la fecha por los órganos de gobierno de la Asociación”.

La segunda modalidad (prestador del servicio de acceso a la Entidad de Referencia), viene contemplada en el artículo 9 de los Estatutos que establece que el órgano de gobierno de la AOPM podrá “w) acordar y definir las condiciones que se deben cumplir para la prestación a terceros de servicios relativos a los servicios recibidos de la Asociación, en particular dar acceso a la base de datos de portabilidad de la que pueda disponer la Asociación o al mecanismo destinado a intermediar en las interacciones que se establezcan entre los operadores para llevar a cabo todos aquellos procesos asociados a la conservación de números, en caso de que fuera establecido por la Asociación”.

De acuerdo con la facultad contemplada en el párrafo anterior, con fecha 31 de marzo de 2009, la AOPM¹⁷ remitió a esta Comisión copia del contrato tipo que deberán suscribir con la AOPM aquellos operadores que quieran el suministro de los servicios de acceso a la entidad de Referencia y, por consiguiente no quieran ser miembros asociados.

En la estipulación novena del citado contrato se establece que “*el operador, habiendo declinado la posibilidad de incorporarse a la AOPM como asociado, conforme a la Ley Orgánica 1/2002, de marzo de 22, reguladora del derechos de asociación, tiene sin embargo el derecho y la obligación de acceder directamente al Nodo Centralizado para garantizar el derecho a la conservación del número de los usuarios*”.

En el citado contrato tipo se recogen algunas de las disposiciones contenidas en los Estatutos, como son el artículo referente a la constitución del depósito en garantía, el cálculo de la contribución ordinaria, etc....

El artículo 35 de los Estatutos establece que “*todos los asociados deberán constituir a favor de la Asociación aquellas garantías que acuerde la Asamblea General atendiendo a la aplicación de determinadas reglas (denominadas en estos Estatutos como el procedimiento de Determinación de Garantías). A los efectos de este artículo, se considerarán garantías válidas (sin perjuicio de otras que pueda acordar la Asamblea General) las siguientes:*

- a) *El depósito en la cuenta corriente que designe la Asociación (...).*
- b) *La entrega y mantenimiento en vigor de un aval a primer requerimiento otorgado a favor de la Asociación (...).*

Por tanto, en primer lugar el operador obligado podrá escoger la modalidad para adherirse a la AOPM, esto es, como (i) asociado cuyo régimen se recoge en el Acta Fundacional y en los Estatutos de constitución o como (ii) prestador de servicio, suscribiendo el correspondiente contrato de suministro de servicios de acceso al Nodo Centralizado.

¹⁷ Información que fue facilitada por la AOPM a esta Comisión en virtud, de lo dispuesto en el artículo octavo de la Circular 1/2008.



Y en segundo lugar, deberán constituir o hacer efectivo un depósito de garantía calculado por la persona autorizada y hacer efectiva la Contribución Ordinaria o cuota de regularización.

Por consiguiente, la obligación de contribuir a los costes originados por la creación del Nodo Central contemplada en el artículo 45 del Reglamento de Mercados ha sido desarrollada por la Circular y por la AOPM a través de sus Estatutos, pues establecen los requisitos concretos dirigidos a cumplir con la obligación de contribuir a los costes, y que son que se deberán adherir a la AOPM conforme a una de las modalidades citadas, constituir un depósito de garantía y pago efectivo de la contribución ordinaria.

De lo anterior, debe entenderse que nos encontramos ante una “Obligación compleja” pues está compuesta por muchas obligaciones y el obligado deberá dar cumplimiento a cada una de las mismas de forma que la obligación no se considerará cumplida hasta que todas ellas hayan sido realizadas, es decir en operador que deba contribuir a los costes de la Entidad, deberá a su vez adherirse, efectuar o constituir un depósito en garantía para finalmente realizar el pago de la citada contribución, por ello se exigirá de conformidad con la doctrina que deba cumplir con cada una de las obligaciones referenciadas no considerándose que la obligación de contribuir ha sido cumplida si previamente no se ha adherido a la AOPM, o no ha efectuado el pago de constitución del depósito de garantía.

A continuación se procede a analizar la conducta de Mundio Móvil con el fin de determinar si de los hechos que han resultado probados se infiere que ha existido un incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 4 apartado tercero de la Circular 1/2008, lo que constituiría una incumplimiento de una obligación compleja tipificada en el artículo 53 q) de la LGTel.

En virtud de lo dispuesto en el artículo tercero apartado primero de la Circular se dispone que *“Los operadores que presten servicios telefónicos disponibles al públicos u otros servicios de comunicaciones electrónicas con numeración telefónica, deberán garantizar el derecho de sus abonados a conservar su numeración telefónica en caso de cambio de operador de acuerdo con la normativa y especificaciones técnicas vigentes sobre portabilidad numérica”*.

Consultado el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, se constata que la entidad se encuentra inscrita en el Registro de operadores de comunicaciones electrónicas para la prestación del servicio telefónico móvil disponible al público en la modalidad de Operador móvil virtual completo en virtud de la Resolución dictada por esta Comisión, con fecha 23 de septiembre de 2008. Asimismo, con fecha 17 de octubre de 2008, esta Comisión adoptó la Resolución, por la que se autorizó la asignación de numeración móvil a Mundio Móvil para la prestación del servicio telefónico móvil disponible al público en la modalidad de OMV completo.

Por consiguiente, a Mundio Móvil por ser operador móvil virtual completo y tener numeración asignada, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo tercero de la Circular le serán de obligado cumplimiento las obligaciones que emanan de la Circular 1/2008, y concretamente la obligación de compartir los costes incurridos por el establecimiento, correcto funcionamiento y gestión administrativa del Nodo Central.

Del hecho probado primero ha quedado acreditado que la entidad Mundio Móvil conocía de la existencia de la obligación de contribuir a los costes por la creación de la Entidad de Referencia y las obligaciones y las obligaciones derivadas de ella, e incumplió con las



citadas obligaciones y prueba de ello, es la Carta remitida por la AOPM el día 13 de febrero de 2009, en la que se le informa que deberá contribuir a los costes incurridos por la creación del Nodo Central y del escrito del Secretario, con fecha 19 de febrero de 2009, en el que se le informa que para cumplir con la obligación de contribuir a los costes incurridos por la creación, gestión y mantenimiento de la Entidad de Referencia será necesario el adherirse como asociado o suscribir un contrato de prestación de servicios con la AOPM, único ente gestor de la Entidad de Referencia.

Asimismo, de los correos intercambiados entre la AOPM y Mundio Móvil se constata que la Asociación informó en todo momento de la documentación y de los trámites que debía cumplimentar para formar parte de la AOPM, llegando incluso la citada asociación a calcular hasta en cuatro ocasiones el importe en concepto de garantía que debía satisfacer en el mes en que formuló la petición.

De los escritos de denuncia de la AOPM remitidos a esta Comisión los días 17 de junio y 26 de octubre de 2010, como ente único de gestión se acredita que Mundio Móvil no se ha adherido a la AOPM, no ha efectuado el pago de la garantía a constituir y por ende no ha contribuido a los costes por la creación, mantenimiento del Nodo Central, a través del pago de la contribución ordinaria o cuota de regularización.

Por consiguiente, se acredita que Mundio Móvil como operador móvil virtual con numeración asignada debió de haber regularizado su situación cumplimentando los trámites exigidos, con el fin de contribuir a los costes incurridos por la creación de la Entidad de Referencia, obligación que viene recogida en el artículo cuarto apartado tercero y cuyo incumplimiento supone una infracción muy grave tipificada en el artículo 53 q) de la LGTel.

Segundo.- Incumplimiento del Resuelve de la Resolución adoptada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el 11 de febrero de 2010 por la que se impone la obligación de que en el plazo de quince días deberán adherirse a la AOPM y contribuir a los costes de acuerdo con el reparto establecido en el acta fundacional de la AOPM.

Con fecha 11 de febrero de 2010, esta Comisión dictó, en el marco de un conflicto suscitado entre la AOPM y la SCPM, una Resolución en la que se imponían a los operadores las siguientes obligaciones:

***“Primero.-** Los operadores que deban utilizar la Entidad de Referencia móvil y no se encuentren asociados a la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil, o no hayan formalizado un acuerdo de prestación de servicios con dicha asociación, deberán regularizar su situación a todos los efectos, en el plazo de quince días a partir de la presente resolución.*

***Segundo.-** Los operadores deberán contribuir a los costes de acuerdo al reparto establecido en el acta fundacional de la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil.*

***Tercero.-** Para el cálculo de las cuotas de regularización se considerará como hito temporal inicial de contribución, la asignación o subasignación de numeración móvil”.*

Con fecha 23 de febrero de 2010, se notificó a la entidad Mundio Móvil la citada Resolución. Entre las cuestiones analizadas en dicha resolución, se deben destacar algunas que tienen especial relevancia al objeto de la presente propuesta:



- a) La SCPM propuso la creación de otra entidad de referencia paralela a la AOPM. Al respecto se indicó que *“la Circular 1/2008 señala expresamente, que con el objetivo de garantizar la conservación de la numeración por los abonados, la Entidad de Referencia debe ser única y contener una base de datos integrada que contenga todos los números portados de forma actualizada. Asimismo, la gestión de dicha Entidad de Referencia deberá realizarse a través de un solo sistema organizativo adecuado a lo dispuesto en la referida Circular. Concluyéndose, que la gestión del Nodo Central deberá realizarse a través de un solo sistema organizativo, esto es, a través de la AOPM.*
- b) Que los costes de la Entidad de Referencia son todos los gastos incurridos o comprometidos por dicha asociación desde su origen, lo que incluye principalmente los derivados de su contrato con el desarrollador del Nodo Central, así como otros gastos como son la gerencia de la AOPM, el coste de la consultora encargada de realizar el pliego de condiciones técnicas, y otros gastos necesarios para la creación de la AOPM.

El criterio de reparto de los costes acordados en el seno de la AOPM contempla que cada operador ha de satisfacer una cantidad que resulta de la suma de dos partes: por un lado una parte alícuota del 40% de los costes (distribuidos a partes iguales entre todos los operadores usuarios del Nodo Central proyectado por la AOPM) y, por otro, el importe derivado de distribuir el 60% restante en función del uso del Nodo Central (proporción de portabilidades realizadas). Dicha distribución es aplicable tanto si un operador se asocia a la AOPM, como si celebra con ella un contrato de prestación de servicios.

- c) Otra de las cuestiones aclaradas por esta Comisión es la fecha a partir de la cual los operadores tienen la obligación de contribuir a los costes de la Entidad de Referencia. Tal y como se señala en la citada Resolución *“un operador, con anterioridad al inicio de la explotación comercial del servicio, debería contribuir, tal como indica la Circular 1/2008, a los costes de establecimiento, correcto funcionamiento y gestión administrativa del Nodo Central. Y a estos efectos, esta Comisión coincide con lo señalado por la AOPM, en tanto que la única manera de fijar una fecha inequívoca, que coincide además con la aptitud para prestar servicios y estar por tanto obligado a permitir portabilidades es la de establecer como hito para el inicio del pago el de estar el operador inscrito y con numeración asignada o subasignada”.*
- d) Por último, se analizó sobre la posibilidad de incoar un procedimiento sancionador por incumplimiento de la Circular 1/2008 a los operadores que en aquel momento no se encontraban adheridos a la AOPM, considerándose que *“a la vista de que bastantes de los operadores móviles no incorporados a la AOPM hasta el trámite de audiencia están comenzando a regularizar su situación y a dar cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Circular 1/2008 y teniendo en cuenta asimismo que no se tiene constancia de que la conducta de estos operadores móviles haya provocado un impacto negativo en la correcta migración al sistema centralizado para la portabilidad de la numeración móvil ni impedimento en el ejercicio de los derechos de los usuarios finales, esta Comisión no considera que existen suficientes elementos para incoar procedimiento sancionador contra los operadores determinados en el Informe de los Servicios.*

Sin embargo, esta Comisión quiere señalar que todos los operadores que deban utilizar la Entidad de Referencia móvil y no se encuentren formalmente asociados a la AOPM, o no hayan formalizado un acuerdo de prestación de servicios con dicha asociación, deberán regularizar dicha situación antes de quince días, al objeto de dar cumplimiento exacto de todas las obligaciones establecidas en la Circular 1/2008 y las que se puedan derivar de lo establecido en la presente resolución”.



Por tanto, la Resolución viene a analizar y concretar las obligaciones recogidas en el artículo 4 apartado tercero y cuarto de la Circular 1/2008, y que son 1) que la gestión del Nodo Central deberá realizarse a través de un solo sistema organizativo, esto es, a través de la AOPM, 2) que todos los operadores que presten servicios telefónicos disponibles al público y otros servicios de comunicaciones electrónicas con numeración telefónica, incluidos aquéllos que presten un servicio de operador móvil virtual en su modalidad de prestador de servicio deberán contribuir a los costes generados por la creación, gestión y mantenimiento del Nodo Central o Entidad de Referencia, 3) que los operadores deberán adherirse a la AOPM en el plazo de 15 días, 4) que deberán contribuir a los costes de la Entidad de Referencia de acuerdo con lo dispuesto en el Acta Fundacional y Estatutos y 5) la fecha a partir de la cual los operadores están obligados a contribuir es desde el momento en el que el operador está inscrito y con numeración asignada o subasignada.

En el presente supuesto de la información incorporada al procedimiento se acredita que Mundio Móvil ha incumplido el plazo indicado en la propia resolución, 15 días siguientes a contar desde la fecha de la resolución, para cumplir con las obligaciones de adherirse a la AOPM, de constituir el depósito en garantía y de contribuir a los costes por la creación de la Entidad de Referencia. La conducta citada se desprende de los hechos probados primero y segundo.

Por consiguiente, queda acreditado que Mundio Móvil no ha cumplido ni con el trámite de adhesión a la citada asociación ni ha hecho efectivo el pago correspondiente a la garantía y a la contribución ordinaria lo que supone la comisión de una infracción consistente en el incumplimiento de la Resolución dictada por esta Comisión y tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel susceptible de ser sancionada.

Tercero.- La misma conducta tipificada en dos normas. CONCURSO APARENTE DE NORMAS.

La conducta llevada a cabo por Mundio Móvil supone el incumplimiento de una de las obligaciones recogidas en la Circular 1/2008 que es el deber de contribuir a los costes originados por la creación, mantenimiento y gestión de la Entidad de Referencia. Tal como se ha indicado esta obligación depende del cumplimiento de otras obligaciones como son el deber de adherirse a la AOPM y el deber de constituir un depósito de garantía, lo que se denomina obligación compleja. Es decir, para el cumplimiento de la obligación recogida en la instrucción dictada por esta Comisión se requiere el cumplimiento de otras obligaciones, por lo que todas ellas conforman una única conducta.

En el presente supuesto, la citada conducta incurre en sendos incumplimientos, por un lado no se ajusta a lo dispuesto en la Circular 1/2008, y por otro lado, incumple lo dispuesto en el resuelve de la Resolución de 11 de febrero de 2009.

Ello se traduce en que la citada conducta tenga cabida en dos disposiciones administrativas distintas esto es, en el precepto 53 q) de la LGTel que considera infracciones muy grave el incumplimiento de una instrucción, y en el 53 r) de la LGTel que considera infracción muy grave el incumplimiento de una Resolución adoptada por la misma.

Dado que una misma acción aparece tipificada en dos normas (53 q y r) debe analizarse si nos encontramos ante un supuesto que la doctrina denomina concurso aparente de normas, y cuya definición se encuentra en la jurisprudencia. Entre otras sentencias, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2006 (RJ 2007/250) que define el



concurso de normas como aquel que se “*produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria puede ser subsumido en dos o más distintos tipos o preceptos penales de los cuales sólo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el tradicional principio del «non bis in idem»*». Distinto es el caso del concurso ideal de delitos, que tiene lugar cuando también concurren sobre un mismo hecho varios preceptos punitivos que no se excluyen entre sí, siendo todos ellos aplicables.

Entre uno y otro supuestos existe una diferencia esencial u ontológica que radica en que en el concurso de normas, el hecho o conducta unitaria es único en su vertiente natural y en la jurídica, pues lesiona el mismo bien jurídico, que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la antijuridicidad del hecho se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el mencionado principio del «non bis in idem»”.

Este principio se consagra tanto en el artículo 25.1 de la Constitución española como en el artículo 133 de la Ley 30/1992, y en los artículos 5 y 7 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y prohíbe que como consecuencia de que exista una doble tipificación una persona sea sancionada dos veces por el mismo hecho. En definitiva lo que intenta preservar el citado principio es una doble sanción por unos mismos hechos y no que la conducta esté tipificada en dos normas. En aras a evitar la vulneración del citado principio deberá determinarse la norma sancionadora aplicable y que será la que castigue todo el desvalor del ilícito conforme a los criterios penales de la especialidad, la subsidiariedad, la consunción y la alternatividad.

Para determinar si nos encontramos ante un concurso aparente de normas deberán concurrir una serie de requisitos, que son: que haya dos sanciones que recaigan sobre el mismo sujeto, por los mismos hechos y con el mismo fundamento. Resulta evidente que en el presente procedimiento ambos preceptos 53 q) y r) recogen la imposición de dos sanciones en sentido material, y que existe tanto una identidad de sujeto (Mundio Móvil) como una identidad de hechos que es el incumplir la obligación compleja de no contribuir a los costes.

En cuanto a la identidad de fundamento postulada en el principio “non bis in idem”, se manifiesta principalmente en que los bienes jurídicos tutelados por ambas normas sancionadoras es único. En el presente supuesto ambos preceptos, (art 53 q) y r)) tutelan el mismo bien jurídico, esto es, la “autoritas” de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Tanto, las Instrucciones como las Resoluciones dictadas por esta Comisión son formas de manifestación dirigidas a fomentar la competencia en los mercados de telecomunicaciones, siendo éstas de obligado cumplimiento.

Por consiguiente, Mundio Móvil a través de su conducta conculca dos preceptos administrativos, los artículos 53.q) y 53.r) cuyo bien jurídico protegido es el mismo, y por consiguiente, en aplicación del principio de *non bis in idem*, la citada entidad no puede ser sancionada dos veces, por lo que debe determinarse que precepto es el aplicable. Dado que no existen normas en el ámbito del derecho administrativo que permitan determinar el precepto aplicable, este concurso debe ser resuelto acudiendo a los principios del derecho penal cuya aplicación en el campo de las infracciones administrativas ha sido señalado en diversas ocasiones por la jurisprudencia¹⁸.

¹⁸ Sentencias de 26 de mayo de 1987; 22 de julio de 1988; 20 de diciembre de 1989; 12 de marzo, 3 de abril, 20 de junio, 3 de julio y 25 de septiembre de 1990; 19 de febrero, 24 de junio y 26 de noviembre de 1991; 23 de enero de 1992.



El artículo 8 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, Código Penal) establece los siguientes criterios para determinar la norma aplicable a hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos, señalando que:

“Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código (...) se castigarán observando las siguientes reglas:

- 1. El precepto especial se aplicará con preferencia al general.*
- 2. El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal (...).*
- 3. El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.*
- 4. En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.*

En el presente supuesto, la concurrencia de leyes sancionadoras, en concreto el artículo 53 apartados q) y r), hace que deba aplicarse el criterio del artículo 8.4 del Código Penal y no los otros criterios, que establece la preferencia del precepto más grave que castiga el hecho con una pena mayor, si bien, dado que ambas normas sancionadoras recogen la misma pena se considera que le será de aplicación la sanción recogida en el artículo 53.q) que tipifica el incumplimiento de una instrucción puesto que tienen carácter reglamentario, dirigida a garantizar el derecho de los abonados a conservar su numeración para ello se recogen una serie de principios, requisitos y obligaciones que deberán cumplir los operadores prestadores de servicios telefónicos al público y otros servicios de comunicaciones electrónicas con numeración telefónica.

Por todo ello, ha quedado acreditado que la conducta realizada por Mundio Móvil vulnera dos disposiciones administrativas distintas tipificadas en el artículo 53 q) y r), cuyo bien jurídico protegido en ambas es el mismo. Por consiguiente, en aras a garantizar el principio non bis in idem, se aplica al presente supuesto lo dispuesto en el artículo 8.4 del Código Penal que establece que se aplica el precepto penal más grave, y dado que ambos preceptos castigan con la misma pena, esta Comisión considera que debe aplicarse el artículo 53 q) que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las instrucciones dictadas por esta Comisión.

TERCERO. Culpabilidad de la entidad MUNDIO MÓVIL en la comisión de la infracción y ausencia de eximentes de responsabilidad.

1 Culpabilidad.

Como ha sido recogido en ocasiones anteriores por esta Comisión, de conformidad con la Jurisprudencia y doctrina mayoritaria, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de la infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta, esto es, que exista un nexo psicológico entre un hecho antijurídico debidamente tipificado y el sujeto culpable que realiza la conducta.

Este es un presupuesto que procede del Derecho penal y que es aplicado en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, como lo acreditan entre otras las Sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril (RTC 1990, 76) y del Tribunal Supremo



(SSTS) de fechas 3 de abril de 2000 (RJ 2000, 2579) y 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005, 20), y jurisprudencia posterior.

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración, en 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.”*

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2000¹⁹ establece que:

“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.”

De este modo, 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 (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2004 –RJ 2005\20) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción.

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 su parte, el dolo se caracteriza por la concurrencia de 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.

Precisamente, en la normativa sectorial de telecomunicaciones podemos encontrar ambos supuestos: unos en los que la ley recoge el dolo como un elemento subjetivo del tipo de forma expresa, excluyendo así la posibilidad de cometer la infracción por mera imprudencia,

¹⁹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2000. Recurso contencioso-administrativo núm. 608/1997.



como por ejemplo el artículo 53.o) o el 54.n) de la LGTel²⁰, donde el ilícito debe cometerse de forma deliberada, y otros como el artículo 53.q) de la misma norma, cuyo incumplimiento se sanciona en el presente procedimiento, en el que no se exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en no dar cumplimiento a determinadas condiciones para la prestación del servicio telefónico disponible al público durante un período largo de tiempo, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado podría haber previsto.

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.

En relación con la conducta detallada en los hechos probados, de conformidad con la doctrina expuesta, se considera que ha existido una conducta culpable por parte de la entidad Mundio Móvil en base a los hechos que configuran el tipo infractor muy grave del artículo 53.q) de la LGTel del que trae causa el presente procedimiento sancionador.

En efecto, a partir de los actos de instrucción y de los hechos probados que constan en la presente propuesta, resulta que Mundio Móvil ha realizado la conducta objeto de infracción, no habiendo existido la diligencia debida exigida para evitar el resultado antijurídico producido, esto es, la falta de contribución a los costes originados por la creación, mantenimiento y gestión de la Entidad de Referencia, la adhesión a la AOPM y la constitución y pago del depósito de garantía, de conformidad con lo establecido en el artículo cuatro apartado tercero de la Circular 1/2008.

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 han 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 invencible (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 de los Hechos Probados.

Por consiguiente, las actitudes que han dado lugar a la comisión de la infracción deben ser consideradas como negligentes o viciadas de ignorancia inexcusable, con la consiguiente culpabilidad, sin que concurra ninguna causa eximente de su responsabilidad.

²⁰ El artículo 53.o) de la LGTel establece que se considera infracción muy grave “*el incumplimiento deliberado, por parte de los operadores, de las obligaciones en materia de interceptación legal de las comunicaciones impuestas en desarrollo del artículo 33 de esta ley y el incumplimiento deliberado de las obligaciones de conservación de los datos establecidas en la Ley de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones.*”; mientras que el artículo 54.n) considera como infracción grave determinados actos de colaboración con los usuarios de buques o aeronaves, ya sean nacionales o de bandera extranjera, efectuados deliberadamente y que posibiliten la producción de las infracciones previstas en el párrafo h del artículo 53 y en el párrafo b del artículo 54.



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:

-Inexistencia de infracciones de la misma naturaleza cometidas por el sujeto infractor con anterioridad.

Esta circunstancia consiste en la inexistencia de otras infracciones de la misma naturaleza cuya sanción corresponde a esta Comisión cometidas anteriormente por los sujetos infractores o ausencia de reincidencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 131.3 apartado c) de la LRJPAC. El presente es el primer procedimiento sancionador que se incoa por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al inculpado por una infracción de esta naturaleza, por tanto, se debe estimar la apreciación de la presente atenuante.

-La escasa repercusión social de la infracción cometida.

De la instrucción del expediente sancionador no se ha revelado una especial trascendencia en la opinión pública ni en los medios de comunicación. Por ello, y conforme a lo dispuesto en los artículos 56.2 de la LGTel y 131.3 de la LRJPAC se estima que las circunstancias concurrentes conducen a valorar la repercusión social de la infracción como una atenuante de la responsabilidad.

QUINTO. Sanción aplicable a la infracción.

De conformidad con lo establecido en el artículo 56.1a) de la LGTel, las sanciones que pueden ser impuestas por la mencionada infracción son las siguientes:

“1 a) Por la comisión de las demás infracciones muy graves se impondrá al infractor 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 o que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, ésta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se consideraran las siguientes cantidades:

-El 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual;

-El 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o

-20 millones de euros.”



Para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 131 de la LRJPAC:

“2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberán prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso al infractor que el incumplimiento de las normas infringidas.

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

- *La existencia de intencionalidad o reiteración.*
- *La naturaleza de los perjuicios causados.*
- *La reincidencia, por la comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.”*

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”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998, RJ 1998\2361). 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”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991, RJ 1991\4349).

La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión²¹.

Aplicación al presente caso de los criterios legales.

En primer lugar, debe examinarse si es posible determinar el beneficio bruto obtenido por Mundo Móvil como consecuencia de la comisión de la infracción.

Esta Comisión considera que la infracción derivada de no cumplimentar los trámites exigibles para la contribución de los gastos originados por la creación de la Entidad de Referencia ha supuesto un beneficio directo dado Mundo Móvil redujo los costes al no

²¹ Al respeto cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2001 (RJ 2002, 6092) cuando en el fundamento de derecho tercero establece:

[...] tal principio [el de proporcionalidad de las sanciones] no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues como se precisa en SS. de este Tribunal de 26 septiembre y 30 octubre 1990 (RJ 1990, 7558) , la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, doctrina ésta ya fijada en SS. de 24 noviembre 1987 y 15 marzo 1988 (RJ 1988, 2293) , dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce al ámbito de sus potestades sancionadoras, pues a la actividad jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también por la paralela razón, el adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción [...]”.



cumplir con dicha obligación compleja. De conformidad con la información provista por AOPM, con fecha 18 de mayo de 2011, la cuota de regularización que debiera pagar Mundio Móvil sería de 67.115,96 Euros²² incluido el IVA.

Por tanto, habiendo sido posible determinar la existencia de beneficio bruto obtenido como consecuencia de la infracción y de conformidad con el artículo 56.1.a), el importe de la multa a imponer no podrá ser inferior a este beneficio, es decir, la sanción mínima aplicable al presente caso deberá quedar fijada en 67.115,96 euros.

En relación a la cuantía máxima aplicable, el criterio de determinación de la sanción pecuniaria basado en la concreción del beneficio bruto obtenido por el infractor consecuencia de la infracción, sólo será aplicable en el caso de que la cantidad resultante de calcular el quíntuplo del beneficio bruto (335.579,80 euros) resulte ser mayor a las tres cantidades a las que se refiere el artículo 56.1.a) de la LGTel:

- El último ejercicio en la rama de actividad afectada. Los ingresos brutos anuales obtenidos por Mundio Móvil en el ejercicio 2009 no han sido declarados.
- El 5 por 100 de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la comisión de la infracción. El incumplimiento por parte de Mundio Móvil de sus obligaciones en relación con la adhesión a la AOPM no requiere la dedicación de recursos, sino que se traduce en la omisión de un procedimiento administrativo. Así, no son necesarios fondos para cometer la infracción sino más bien lo contrario, no dedicar los recursos necesarios para cumplir con las obligaciones impuestas.
- 20 millones de euros. Siendo esta cantidad la mayor de las anteriormente fijadas, deberá considerarse la cifra de 20 millones de euros como sanción máxima aplicable al presente caso.

Determinación de la sanción que se propone.

De la aplicación de los anteriores criterios de graduación de las sanciones resultan las siguientes conclusiones:

- La cuantía de la sanción máxima es de 20 millones de euros, pues es la mayor de las cantidades a las que se refiere el artículo 56.1.a) de la LGTel, ya que por un lado ha resultado imposible determinar el 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción al tratarse de una infracción por omisión, y por otro, tanto el 1 por 100 de los ingresos brutos anuales no han sido declarados, como el quíntuplo de los beneficios brutos obtenidos como consecuencia de la sanción (335.579,80 euros) están muy por debajo del límite máximo fijado por la cifra de 20 millones de euros.
- La cuantía de la sanción mínima sería la resultante de cuantificar el beneficio que haya podido obtener la entidad infractora por la comisión de la infracción. Habiendo quedado acreditado que Mundio Móvil ha obtenido un beneficio bruto estimado de 67.115,96 euros, esta cantidad debe ser considerada como límite mínimo de la sanción.

²² Cantidad calculada por la AOPM en el mes de febrero de 2011 por la AOPM y que corresponde a la contribución ordinaria que hubiera tenido que pagar, para regularizar Mundio Móvil su situación.



No obstante lo anterior, ha de tenerse en cuenta la concurrencia de dos circunstancias atenuantes (escasa repercusión social de la infracción e inexistencia de infracciones de la misma naturaleza cometidas por el sujeto infractor con anterioridad) por lo que la cuantía de la sanción ha de realizarse de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 66.1ª del Código Penal. El citado precepto determina que, cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes, las penas se individualizarán imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia (sobre la aplicación del citado precepto del Código Penal a los procedimientos sancionadores trata, entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1996 –RJ 1996/6401-).

Asimismo, tal y como establece el artículo 4.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, en defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en su grado mínimo.

En atención a todo lo anterior, atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y en el artículo 56.2 de la LGTel, a la vista de que la actividad infractora ha reportado un escaso beneficio bruto, y teniendo en cuenta que concurren dos circunstancias atenuantes y ningún agravante, se considera que procede imponer una sanción de de sesenta y siete mil ciento quince mil euros con noventa y seis céntimos (67.115,96) euros.

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, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones,

RESUELVE

PRIMERO. Que se declare responsable directa a la entidad MUNDIO MÓVIL ESPAÑA, S.L. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.q) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido el artículo cuarto apartado tercero de la Circular 1/2008, sobre conservación y migración de numeración telefónica.

SEGUNDO. Que se imponga, por la comisión de la infracción señalada en el apartado Primero, una sanción económica a MUNDIO MÓVIL ESPAÑA, S.L. por importe de sesenta y siete mil ciento quince euros con noventa y seis céntimos (67.115,96 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. Una vez efectuado el ingreso, se remitirá un ejemplar del recibo de ingreso a esta Comisión para su archivo. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 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 la presente resolución. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido, se procederá a su exacción por la vía de apremio.

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 aprobado por la 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, por quienes puedan acreditar su condición de interesados, 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 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/10998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los artículos 107 y 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 3 del artículo 48 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.