



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA

Que en la Sesión nº 22/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 12 de junio de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente RO 2007/1167, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR RO 2007/1167 INCOADO CONTRA LA ENTIDAD GLOBALCOM TELECOMUNICACIONES, S.A. POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA CIRCULAR 2/2004 EN MATERIA DE PORTABILIDAD.

Finalizada la instrucción del presente expediente sancionador incoado contra la entidad Globalcom Telecomunicaciones, S.A. por Acuerdo del Consejo de esta Comisión de 29 de noviembre de 2007 y, vista la propuesta de resolución elevada a este Consejo por la instructora del citado procedimiento sancionador, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 22/08 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

I

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de julio de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Circular 2/2004, sobre la conservación de la numeración (en adelante Circular 2/2004).

La Circular 2/2004 se hizo pública mediante Resolución del Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 16 de julio de 2004, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 16 de agosto de 2004.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El apartado cuarto número tercero de la citada Circular establece que *“todos los operadores tendrán la obligación de compartir los costes incurridos en el establecimiento, correcto funcionamiento y gestión administrativa de la Entidad de Referencia, así como el derecho de acceso directo a la misma”*.

SEGUNDO.- Con fecha 4 de octubre de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de D. José Manuel Gutiérrez Alonso, en representación de la Asociación de Operadores para la Portabilidad (en adelante, AOP), mediante el cual denunciaba que la entidad Globalcom Telecomunicaciones, S.A. (en adelante, Globalcom) había dejado de cumplir con sus obligaciones de pago como miembro de la Asociación, lo que podría constituir un incumplimiento de la Circular 2/2004, relativa a la conservación de la numeración en redes telefónicas públicas (Documento 1 del expediente).

TERCERO.- A la vista de este escrito y en virtud de lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 10 de octubre de 2007 se remitió a los interesados la apertura del período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento, concediéndoles un plazo de 10 días para formular alegaciones (Documento 2).

No habiendo sido posible la notificación del escrito de apertura del expediente a la entidad Globalcom, puesto que el interesado resultó desconocido en el domicilio a efectos de notificaciones que consta en esta Comisión, se procedió, de acuerdo con lo establecido en el artículo 59.5 de la LRJPAC, a notificar a través del Boletín Oficial del Estado (en adelante, B.O.E.) el inicio de la tramitación del mismo. La citada notificación fue publicada en el B.O.E. con fecha 13 de noviembre de 2007 (documento 3).

CUARTO.- Con fecha 31 de octubre de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la AOP mediante el cual realizaba las siguientes alegaciones (Documento 4):

- *“Que, según esta Asociación ha tenido conocimiento a través de información aportada por distintos operadores miembros de la misma, en el momento presente está sucediendo que las solicitudes de portabilidad de numeración que los operadores cursan con destino a la entidad Globalcom no están siendo respondidas por parte de ésta. En consecuencia, las operaciones de portabilidad en las que Globalcom ha de desempeñar el rol de donante no pueden ser completadas, y ello debido a falta de aceptación de las solicitudes cursadas.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Que, ante el incumplimiento por parte de Globalcom de su obligación de pago de facturas emitidas en concepto de sus contribuciones a esta Asociación, se ha procedido a ejecutar el protocolo de actuación que fue aprobado por la Asamblea General de la AOP en sesión celebrada el día 25 de mayo de 2006, en donde esta cuestión figuraba como Punto 10 del Orden del Día de la misma, protocolo aprobado al amparo de lo previsto en el artículo 36 de los Estatutos de la Asociación¹”*

QUINTO.- Con fecha 29 de noviembre de 2007, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó una Resolución (Documento 5) por la que se acordó la apertura de un procedimiento sancionador contra la entidad Globalcom, como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.q) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), y consistente en el presunto incumplimiento de la Circular 2/2004, sobre la conservación de la numeración.

No habiendo resultado posible la notificación del escrito de apertura del expediente a la entidad Globalcom, se procedió, de acuerdo con lo establecido en el artículo 59.5 de la LRJPAC, a notificar a través del B.O.E. el inicio de la tramitación del mismo. La citada notificación fue publicada en el B.O.E. con fecha 28 de diciembre de 2007 (Documento 7).

SEXTO.- Con fecha 12 de diciembre de 2007, se requirió a la AOP para que en el marco del presente procedimiento aportase la siguiente información (documento 8):

- Copia compulsada o autenticada de las facturas que, a fecha del presente requerimiento, son adeudadas a la Asociación de Operadores para la Portabilidad por la entidad Globalcom Telecomunicaciones, S.L.
- Cualquier otro dato o documento que pudiese ser de interés en el presente procedimiento sancionador.

El 28 de diciembre de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito mediante el cual se daba contestación al citado requerimiento y se aportaba la documentación solicitada (documento 9).

¹ El artículo 36 de los Estatutos de la AOP establece que “*el incumplimiento por un asociado de cualquiera de los deberes previstos en el artículo 34 de estos Estatutos – entre otros, el impago de cantidades debidas a la Asociación o la no constitución y mantenimiento en vigor de una garantía válida en los términos fijados en el artículo 35 – podrá suponer, previo acuerdo de la Asamblea General y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 32, la sanción del asociado lo que implicará la pérdida de alguno/s o todos los derechos señalados en el artículo 33 de estos Estatutos y durante el plazo de tiempo que acuerde la Asamblea General (...)*”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SÉPTIMO.- A efectos de constatar la situación societaria de Globalcom, la instructora del presente procedimiento sancionador consultó la información proporcionada por el Registro Mercantil Central a través de su página web. Según la información ofrecida por esta entidad, con fecha 5 de febrero de 2008, se procedió a la inscripción de la declaración de concurso voluntario de Globalcom y del nombramiento del Administrador concursal, derivado todo ello del procedimiento de concurso voluntario 540/2007 tramitado ante el Juzgado Mercantil nº 5 de Barcelona (documento 10).

OCTAVO.- Con fecha 2 de abril del 2008, se requirió a la AOP para que en el marco del presente procedimiento aportase la siguiente información (documento 11):

- Si la entidad Globalcom Telecomunicaciones, S.L. estableció, en el momento de constituirse como asociado de la AOP, algún tipo de garantía al objeto de asegurar sus obligaciones de pago, tal y como se establece en el artículo 35 de los Estatutos de la AOP.
- En el caso de existir tal garantía, fecha e importe en la que se ejecutó la misma.

El 4 de abril de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de la AOP mediante el cual se daba contestación al citado requerimiento (documento 12):

- Que, Globalcom depositó en efectivo como parte de sus obligaciones al constituirse como asociado de la AOP una garantía por valor de 5211,76 euros en la cuenta de esta Asociación.
- Que, debido a los continuos impagos de facturas por parte de Globalcom, esta Asociación procedió a cobrar, en cumplimiento del procedimiento acordado por su Asamblea General, los importes de dichas facturas con cargo a la garantía que Globalcom tenía depositada a favor de la AOP.
- Que, las cuantías detraídas de la garantía nunca se restituyeron y la garantía originalmente depositada nunca se restableció quedando a Globalcom en la cuenta de la AOP un remanente de 1921,09 euros.

NOVENO.- Al amparo del artículo 16.2 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, se han llevado a cabo los demás actos de instrucción necesarios para el examen de los hechos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DÉCIMO.- Con fecha 23 de mayo de 2007, la instructora del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución en la que proponía lo siguiente (Documento 13):

“PRIMERO. Declarar responsable directo a la entidad Globalcom Telecomunicaciones, S.A. 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 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 esta Ley.

SEGUNDO. Imponer a la entidad Globalcom Telecomunicaciones, S.A. una sanción económica por importe de cuatro mil (4.000) euros”.

Dicha propuesta de resolución fue notificada, el 6 de mayo del 2008, a través del B.O.E (documento 14).

Asimismo, con fecha 29 de abril de 2008, la citada propuesta de resolución fue puesta en conocimiento del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona, órgano judicial donde se sigue la tramitación del procedimiento de concurso voluntario 540/2007 (documento 15).

UNDÉCIMO.- A fecha de la presente Resolución, la entidad denunciada no ha presentado escrito de alegaciones.

II

HECHOS PROBADOS

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

ÚNICO.- Que la entidad Globalcom Telecomunicaciones S.A., no ha cumplido con la obligación de pago de las contribuciones que le corresponden como miembro de la AOP, impuesta a los prestadores del servicio telefónico fijo disponible al público mediante la Circular 2/2004, de conservación de numeración.

Según consta en las actuaciones realizadas y en los documentos incorporados a la instrucción del procedimiento sancionador, este hecho probado resulta de lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- De las propias manifestaciones del representante legal de la AOP, quien en su escrito de fecha 4 de octubre de 2007, denunciaba ante esta Comisión que la entidad Globalcom había dejado de cumplir su obligación de abonar las contribuciones ordinarias y extraordinarias que estatutariamente correspondían a la citada entidad.

La AOP denunciaba la existencia de una deuda exigible a Globalcom por importe de 622,14 euros, correspondiente a una factura de fecha 8 de agosto de 2007 y 784,90 euros, correspondiente a una factura de fecha 10 de septiembre de 2007.

Asimismo, la AOP manifestaba que existían otras tres facturas emitidas a Globalcom en concepto de contribuciones ordinarias por un importe total de 1.883,63 euros, las cuales se habían devengado pero aún no estaban vencidas y por tanto no constituía en ese momento una deuda exigible.

Adjunto a la denuncia la AOP acompañaba como prueba diversos e-mails y burofax remitidos a los representantes legales de Globalcom recordándoles la existencia de la deuda y su obligación de pago.

- De la documentación aportada por la propia AOP, en contestación al requerimiento de información realizado por esta Comisión en fecha 12 de diciembre de 2007, en el seno del presente procedimiento sancionador. En concreto, la AOP aportó la siguiente documentación acreditativa de las cantidades impagadas por la entidad denunciada:

- Factura nro. 646, de fecha 8 de junio de 2007, girada a Globalcom Telecomunicaciones S.A. por importe de 622,14 euros.
- Factura nro. 698, de fecha 10 de julio de 2007, girada a Globalcom Telecomunicaciones S.A. por importe de 784,90 euros.
- Factura nro. 752, de fecha 7 de agosto de 2007, girada a Globalcom Telecomunicaciones S.A. por importe de 621,33 euros.
- Factura nro. 804, de fecha 7 de septiembre de 2007, girada a Globalcom Telecomunicaciones S.A. por importe de 638,30 euros.
- Factura nro. 856 de fecha 8 de octubre de 2007, girada a Globalcom Telecomunicaciones S.A. por importe de 624 euros.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según las propias manifestaciones vertidas por la AOP en su escrito de 4 de abril, las facturas impagadas una vez vencidas, fueron cobradas a cargo del depósito de garantía que toda entidad miembro de la AOP debe establecer en el momento de constituirse como asociado². Asimismo, la AOP indica que esta garantía nunca fue restituida por la entidad Globalcom.

En consecuencia, mediante el presente hecho probado, ha quedado acreditado que la entidad Globalcom no ha cumplido con la obligación de pago de las contribuciones que le corresponden como miembro de la AOP, impuesta a los prestadores del servicio telefónico fijo disponible al público mediante la Circular 2/2004.

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 posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 53.q) de la LGTel, que califica como infracción muy grave 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 esta Ley.

² Así lo establece expresamente el artículo 35 de los Estatutos de la AOP "Al objeto de garantizar el cumplimiento por los asociados de las obligaciones de pago prevista en la letra b) del artículo anterior, 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") que serán aprobadas por la Asamblea General de acuerdo con lo previsto en estos Estatutos."



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tal y como consta en el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador (Documento 5), el expediente se inició por el presunto incumplimiento del apartado cuarto punto tercero de la Circular 2/2004, donde se establece que *“todos los operadores tendrán la obligación de compartir los costes incurridos en el establecimiento, correcto funcionamiento y gestión administrativa de la Entidad de Referencia, así como el derecho de acceso directo a la misma”*.

La conservación de la numeración o portabilidad es un derecho de los abonados, siendo responsabilidad de los operadores el sostenimiento de los sistemas que lo permiten.

Así, 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 Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (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.

En base a esta competencia, con fecha 15 de julio de 2004 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Circular 2/2004, mediante la cual se disponen una serie de principios que deben regir la portabilidad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La citada Circular estableció que todos los operadores que prestaran servicios telefónicos disponibles al público u otros servicios con numeración telefónica que así lo requiriesen, tuvieran la obligación de compartir los costes incurridos en el establecimiento, correcto funcionamiento y gestión administrativa de la Entidad de Referencia³ (en adelante, ER), así como el derecho de acceso directo a la misma.

Asimismo se determinó que la operación y gestión de la ER fuera responsabilidad exclusiva de los operadores, para lo cual deberían establecer un sistema organizativo de gestión que sustituyera al modelo vigente hasta entonces basado en el Convenio de Portabilidad suscrito entre los operadores y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el 2 de julio de 1999.

En base a todo ello, los propios operadores afectados acordaron la creación de la AOP⁴, que actualmente es la entidad encargada de gestionar la ER, y por tanto, es la entidad facultada para repercutir los costes entre los operadores obligados a contribuir.

Una vez examinado el contexto normativo descrito, procede indicar que al objeto de determinar la tipificación de la actuación de la entidad Globalcom, es necesario analizar si del hecho que ha resultado probado puede inferirse que ha existido un incumplimiento del apartado cuarto número tercero de la Circular 2/2004 y, por tanto, si constituyen una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.q) de la LGTel, esto es, el incumplimiento de una instrucción dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ámbito de sus competencias, sobre salvaguarda de la libre competencia en el mercado.

La entidad Globalcom figura inscrita en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas cuya llevanza corresponde a esta Comisión, desde el 12 de septiembre del 2002⁵, para la prestación del servicio telefónico disponible al público, sin que a fecha de la presente propuesta haya tenido lugar la cancelación de la misma.

³ El artículo cuatro.1 de la Circular se determina que la Entidad de Referencia de la portabilidad se configura como un sistema centralizado actuando como agente intermedio de comunicación al objeto de facilitar los procedimientos administrativos entre operadores y mantener continuamente actualizada la base de datos de los números portados.

⁴ Con fecha 10 de febrero de 2006, tuvo lugar el Acto Fundacional de la AOP, haciéndose cargo desde la citada fecha de la actividad que hasta ese momento había venido desarrollando el Comité de Seguimiento de la Entidad de Referencia (CSER).

⁵ Por Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 29 de mayo de 2003, expediente 2003/706, se autorizó la transmisión de la Licencia Individual de tipo A1, cuya titularidad ostentaba la sociedad “**Advantage Management, S.L.**” por Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 12 de septiembre de 2002, a favor de la entidad “**Globalcom Telecomunicaciones, S.A.**”, quedando subrogada la entidad cesionaria en la totalidad de los derechos y obligaciones derivados de la licencia individual de tipo A1 transmitida.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como ya indicamos anteriormente, todo aquel operador que presta un servicio telefónico fijo disponible al público debe poder garantizar la conservación de la numeración de sus abonados. Puesto que dicha conservación sólo se puede realizar a través de la ER y, tal como dispone la Circular y se desprende del desarrollo normativo de la portabilidad, sus costes deben ser repercutidos a todos los operadores, dichos operadores deben costear el mantenimiento de la ER (actualmente gestionada por la AOP).

Por tanto, la entidad denunciada, en calidad de prestador del servicio telefónico fijo disponible al público, tiene la obligación de cumplir con las obligaciones impuestas por la legislación sectorial descrita anteriormente, lo que se concreta en la obligación de pago de las facturas giradas por la AOP en concepto de contribuciones que le corresponden como miembro de la citada Asociación.

Según ha quedado acreditado del hecho que ha resultado probado, la entidad Globalcom no hizo frente al pago de cinco facturas giradas por la AOP en concepto de contribuciones ordinarias y extraordinarias. Hecho que ha sido suficientemente acreditado por la AOP mediante la aportación de las facturas impagadas así como por los e-mails y burofax remitidos a Globalcom recordándoles su obligación de pago.

En base a todo ello, podemos concluir que el hecho de que Globalcom no haya cumplido con el pago de las facturas giradas por la AOP supone un incumplimiento de lo dispuesto por esta Comisión en el apartado cuarto número tercero de la Circular 2/2004.

Por tanto, de la instrucción del procedimiento, según se deriva del hecho probado, resulta que la entidad Globalcom ha incurrido en una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 53.q) de la LGTel, consistente en el incumplimiento del apartado cuarto número tercero de la Circular 2/2004, de 15 de julio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre conservación de la numeración, existiendo pues tipicidad en la actuación de dicha entidad, conforme lo establecido en el artículo 129 de la LRJPAC.

TERCERO.- Culpabilidad de la entidad Globalcom en la comisión de la infracción y ausencia de eximentes de responsabilidad.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

De este modo, para la imposición de una sanción por la Administración se exige que el infractor sea culpable de los actos sancionados; es decir, que le sea imputable la autoría de la infracción, aún a título de simple inobservancia⁶, tal y como establece el artículo 130.1 de la LRJPAC.

Por tanto, la imputabilidad de la conducta puede serlo a título de dolo o culpa, si bien no se exige dolo. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS de 22 de noviembre de 2004 –RJ 2005\20) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción.

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

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

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

Como ha afirmado la doctrina y la jurisprudencia (por todas, STS de 3 de marzo de 2003, RJ 2003\2621), *“en Derecho Administrativo Sancionador (...) por regla basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que de otra suerte, caso de haberse dado, únicamente opera como elemento de*

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

graduación (agravante) de la sanción. Así se establece con carácter general en el artículo 131.3.a) LRJPAC –con el rótulo de intencionalidad- sin perjuicio de que en muchas leyes sectoriales se haga esta prevención con mayor o menor precisión”.

No obstante, una vez analizado el presente caso, se puede afirmar que el denunciado ha incurrido en una conducta dolosa, ya que en su actuación concurren los dos componentes exigibles al dolo: el intelectual y el volitivo.

Concorre el elemento intelectual porque Globalcom era plenamente consciente de que estaba cometiendo una infracción, ya que conocía perfectamente su obligación como operador que presta servicio telefónico disponible al público de pagar las cuotas de la AOP. En cuanto al elemento volitivo, no se puede obviar el hecho de que Globalcom, pese a los reiterados requerimientos de pago realizados por la AOP, siguió manteniéndose en la actividad infractora lo que llevó a la AOP a ejecutar el cobro de la deuda a cargo de la garantía depositada por la entidad denunciada en el momento de hacerse miembro de la Asociación.

De todo lo anterior, se concluye la existencia de una conducta dolosa por parte de la entidad Globalcom en los hechos que configuran el tipo infractor del que trae causa el presente procedimiento sancionador, ya que, a la luz de los actos de instrucción y de los hechos probados que constan en la presente propuesta, resulta que la citada entidad ha realizado la conducta objeto de la infracción de forma consciente y voluntaria.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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:

- La escasa repercusión social de la infracción, según el criterio establecido por el artículo 56 de la LGTel. La infracción cometida por el denunciado no ha tenido ninguna trascendencia en la opinión pública.
- La escasa importancia del daño causado. En atención a lo dispuesto en el artículo 56.2 de la LGTel, ha de entenderse la escasa importancia del daño causado como una circunstancia atenuante modificativa de la responsabilidad del infractor.
- El escaso beneficio que ha reportado a Globalcom el hecho objeto de la infracción, según el criterio marcado por el artículo 56.2 de la LGTel. Durante la instrucción del procedimiento se han podido establecer unas cifras aproximadas de los beneficios económicos reportados a dicha entidad como consecuencia de la comisión de la infracción, cifra que ha quedado fijada en 137,96 euros, tal y como queda acreditado en el siguiente fundamento de derecho

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:

“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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 mas 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 disuasión⁷.

⁷ Al respecto 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Aplicación al presente caso de los criterios legales.

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

De la documentación aportada en el presente expediente se deduce que la entidad denunciada constituyó en su día una garantía de 5.211,76 euros, la cual fue ejecutada parcialmente por la AOP, a los 22 días del vencimiento de cada una de las facturas impagadas por Globalcom. Si bien a primera vista podría parecer que por esta vía Globalcom no habría obtenido un lucro, sin embargo debemos tener en cuenta que la operativa habitual de la AOP supone que las cantidades detraídas de la garantía deben reponerse en un plazo de 15 días, desde la ejecución de la fianza, a fin de mantener la integridad de la garantía inicial.

Puesto que no se ha realizado la reposición de la citada garantía, se estima que el lucro o beneficio bruto obtenido por Globalcom lo constituiría el coste financiero del importe de la fianza a reponer, durante el plazo que media entre la obligación de reponer la fianza hasta finales de marzo de 2008. Tomando como referencia, para el cálculo de los intereses, el interés de demora contemplado en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, obtendríamos las cantidades reflejadas en el siguiente cuadro:

Nº Factura	Fecha Factura	Importe	Vencimiento	Ejecución garantía	Intereses de demora
646	08/06/2007	622,14 €	08/08/2007	11/09/2007	35,59
698	10/07/2007	784,90 €	10/09/2007	02/10/2007	39,84
752	07/08/2007	621,33 €	07/10/2007	29/10/2007	26,57
804	07/09/2007	638,30 €	07/11/2007	29/11/2007	21,21
856	08/10/2007	624,00 €	08/12/2007	31/12/2007	14,75
TOTAL		3.290,67 €			137,96 €

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 [...]”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 137,96 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 (689,80 euros) resulte ser mayor a las tres cantidades a las que se refiere el artículo 56.1.a) de la LGTel:

-El 1 por 100 de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada. Los ingresos de explotación declarados por Globalcom en sus cuentas anuales, recogen unos ingresos de explotación que ascienden a 2.634.371 euros, resultando una cantidad a efectos de referencia para la sanción de 26.343,71 euros.

- El 5 por 100 de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la comisión de la infracción. No es aplicable al presente supuesto este criterio, dado que la actividad infractora no ha supuesto la aplicación de unos fondos específicos.

- 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 obtenidos por Globalcom en el ejercicio 2006 (26.333,71 euros) como el quíntuplo de los beneficios brutos obtenidos como consecuencia de la sanción (689,80 euros) están muy por debajo del límite máximo fijado por la cifra de 20 millones de euros.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 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 Globalcom ha obtenido un beneficio bruto estimado de 137,96 euros, esta cantidad debe ser considerada como límite mínimo de la sanción.

No obstante lo anterior, ha de tenerse en cuenta la concurrencia de tres circunstancias atenuantes (escasa repercusión social de la infracción cometida, escasa importancia del daño causado y el escaso beneficio que ha reportado a Globalcom el hecho objeto de la infracción) 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-).

Del mismo modo, el artículo 56.2.a) de la LGTel establece *que “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”*. Como ya se indicó en el Antecedente de Hecho Octavo, por auto de fecha 14 de diciembre de 2007, dictado por el Juzgado Mercantil nº 5 de Barcelona, se procedió a declarar a la entidad Globalcom en concurso voluntario, hecho que ha de ser tenido en cuenta a la hora de calcular la sanción.

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, considerando la situación económica del infractor y teniendo en cuenta que concurren tres circunstancias atenuantes y ningún agravante, se considera que procede imponer una sanción de cuatro mil (4.000) euros.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 esta Comisión,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directo a la entidad Globalcom Telecomunicaciones, S.A. 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 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 esta Ley.

SEGUNDO.- Imponer a la entidad Globalcom Telecomunicaciones, S.A. una sanción económica por importe de cuatro mil (4.000) euros.

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 0049 1548 68 2810188091 abierta al efecto en el Banco Santander. 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, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera