



COMISIÓN 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 27/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 23 de julio de 2009, se ha adoptado el siguiente Acuerdo, en relación con el expediente RO 2009/719:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA INICIADO POR DENUNCIA DE VODAFONE ESPAÑA S.A.U. CONTRA LA ENTIDAD MIDAS TELECOM, S.L. POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIBLES PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS (RO 2009/719).

I. ANTECEDENTES

Primero.- Escrito presentado por VODAFONE, S.A.U.

Con fecha 4 de mayo de 2009, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de denuncia de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, VODAFONE), en virtud del cual pone en conocimiento de esta Comisión que la entidad MIDAS TELECOM S.L. (en adelante, MIDAS) podría estar prestando el servicio telefónico móvil, en su modalidad de reventa, sin cumplir con los requisitos exigibles para la prestación de dicho servicio, establecidos en el artículo 6.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).

En concreto, VODAFONE expone que ha tenido conocimiento por distintas informaciones aparecidas en varios medios de comunicación que la entidad MIDAS declara ser un Operador Móvil Virtual (en adelante, OMV) con cobertura Vodafone.

Según VODAFONE, en la actualidad no existe relación contractual alguna entre ambas entidades, con lo cual, MIDAS estaría prestando el servicio de reventa móvil sin disponer de habilitación contractual alguna que le permita hacer uso de la red de Vodafone.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

VODAFONE manifiesta que la única relación existente entre VODAFONE y MIDAS sería de tipo indirecto a través del OMV de VODAFONE, HITS TELECOM SPAIN, S.A. (en adelante, HITS), para el que, en principio, MIDAS actúa como mero distribuidor de los productos de HITS.

Como consecuencia de estos hechos, VODAFONE solicita a esta Comisión que se proceda a incoar un procedimiento sancionador contra la entidad denunciada por prestar el servicio telefónico móvil disponible al público en su modalidad de reventa, sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades.

Segundo.- Apertura de periodo de información previa.

Mediante sendos escritos de 11 de mayo de 2009 y de conformidad con lo establecido en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 2 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJPAC), se informó a los interesados que se había abierto un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento.

Además, por ser necesario para la determinación y conocimiento de los hechos denunciados por VODAFONE, esta Comisión requirió a la entidad MIDAS para que en el plazo de diez días remitiera la siguiente información:

- *“Descripción del servicio que la entidad Midas presta a sus clientes, en concreto, si su actividad consiste en la reventa del servicio telefónico móvil o si por el contrario su actividad se limita a la distribución del mencionado servicio. La citada información deberá ser debidamente acreditada.*
- *Relación contractual existente entre las entidades Midas y la entidad Hits, y en su caso, documentación acreditativa de la misma.*
- *En caso de prestar servicios de reventa del servicio telefónico móvil indicar:*
 - *Numeración utilizada para la prestación del servicio, así como la descripción de funcionamiento del citado servicio.*
 - *Descripción de la tecnología empleada en la prestación de los productos y servicios que suministra.*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Documentación acreditativa de la relación contractual de Midas con sus clientes (usuarios finales) para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas con copia, preferentemente, de algunos de los contratos suscritos.*
- *Copia de facturas expedidas a sus clientes (usuarios finales)”.*

Asimismo, mediante escrito de esa misma fecha se requirió a la entidad HITS para que en el plazo de 10 días presentase la siguiente información:

- *“Relación contractual existente entre las entidades Midas y Hits, y en su caso, documentación acreditativa de la misma.*
- *Si la actividad de la entidad Midas consiste en la reventa del servicio telefónico móvil de Hits, o por el contrario, si su actividad consiste en distribuir productos de Hits.”*

Tercero.- Contestación al requerimiento por parte de la entidad HITS.

El 25 de mayo de 2009 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de HITS mediante el cual realizaba las siguientes manifestaciones:

- Que la relación contractual entre las entidades HITS y MIDAS se limita a la distribución por ésta última de los servicios de telefonía móvil de HITS.
- Que las noticias surgidas en distintos medios de comunicación en relación a la actividad realizada por la entidad MIDAS no merecen crédito alguno ya que es bastante habitual que la prensa o los foros de Internet se hagan eco de la aparición de nuevos OMV que realmente no lo son.

Adjunto a su escrito remite copia del contrato de distribución firmado el 5 de marzo de 2009 con la entidad MIDAS.

Cuarto.- Contestación al requerimiento por parte de la entidad MIDAS.

El 3 de junio de 2009 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de MIDAS mediante el cual realizaba las siguientes manifestaciones:

- Que la actividad que realiza consiste en la distribución de servicios de telefonía móvil de la entidad HITS y no en la reventa de los mencionados servicios móviles.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que su actividad consiste básicamente en recabar los datos personales del cliente para realizar el alta de la tarjeta SIM que, previamente, ha comprado a la entidad HITS.
- Que, respecto a la publicidad errónea que se ha generada sobre esta entidad a través de Internet, quiere manifestar que la misma no ha sido originada ni solicitada desde esa compañía.
- Que MIDAS ya ha procedido a solicitar a la empresa que publicó la publicidad errónea la retirada de cualquier referencia que en la misma se hace a la entidad VODAFONE. En prueba de ello, junto a su escrito adjunta diversos e-mails remitidos a la citada entidad.

Asimismo, junto a su escrito remite copia del contrato de distribución firmado el 5 de marzo de 2009 con la entidad HITS, así como un modelo de factura, garantía del producto y solicitud de portabilidad de diversos clientes.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Calificación del escrito presentado por el denunciante y de los hechos conocidos por las actuaciones practicadas.

El escrito presentado ante esta Comisión el día 5 de mayo de 2009, constituye una denuncia de VODAFONE en virtud de la cual se pone en conocimiento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinados hechos que podrían ser constitutivos de una infracción administrativa tipificada en el artículo 53 t) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, "LGTel"), consistente en la prestación del servicio telefónico móvil por parte de la entidad MIDAS, sin cumplir los requisitos exigibles establecidos en dicha Ley y su normativa de desarrollo.

El artículo 69 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) establece que la denuncia es una de las formas de provocar el acuerdo de inicio de oficio de un procedimiento administrativo; sin embargo, no recoge una definición concreta de lo que debe entenderse por "denuncia".

Es el artículo 11 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión, el que delimita dichos conceptos al establecer que:

"A efectos del presente Reglamento, se entiende por (...):



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

d) denuncia: el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa.”

Por este motivo, esta Comisión considera necesario examinar las alegaciones y documentos presentados durante el trámite de actuaciones previas abierto al amparo del artículo 69.2 de la LRJPAC y del artículo 12 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, con el fin de determinar si procede iniciar el correspondiente expediente sancionador.

SEGUNDO.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Para poder determinar la habilitación competencial de esta Comisión en el marco de las presentes actuaciones, ha de analizarse si la conducta descrita se pueden considerar como conducta sancionable por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

El artículo 53, apartado t), de la LGTel, establece que se considerará infracción muy grave:

“t) La explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta ley y su normativa de desarrollo.

En lo relativo a la competencia para sancionar las referidas infracciones, la LGTel dispone en su artículo 58 que la competencia sancionadora corresponderá:

“a) A la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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, e infracciones leves tipificadas en el párrafo d del artículo 55, respecto de los requerimientos por ella formulados. Dentro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la imposición de sanciones corresponderá:

- 1. Al Consejo, respecto de las infracciones muy graves y graves.*
- 2. Al Presidente, en cuanto a las leves.” (El subrayado es nuestro)*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo tanto, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y conocer sobre la supuesta infracción que se denuncia, y, consecuentemente, la competencia para decidir sobre la iniciación o no del correspondiente procedimiento sancionador, según lo dispuesto en el artículo 11.1 del Reglamento del Procedimiento Sancionador.

TERCERO .- Valoración de las actuaciones practicadas.

Según se ha puesto de manifiesto en los Antecedentes de Hecho de la presente Resolución, VODAFONE comunicó a esta Comisión que la entidad denunciada podría estar prestando servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles establecidos por la normativa.

A este respecto debemos indicar que el apartado 2 del artículo 6 de la LGTel establece como requisito exigible para la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas que los interesados en la prestación de una determinada red o en la prestación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas deberán, con anterioridad al inicio de la actividad, notificarlo fehacientemente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

A estos efectos, debe tenerse en cuenta el alcance legal del concepto de “*Servicio de comunicaciones electrónicas*”, que viene definido en el Anexo II de la Ley General de Telecomunicaciones, de la siguiente forma:

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

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

No existe en la normativa actual una definición de reventa del servicio telefónico. No obstante, esta Comisión se ha pronunciado en diferentes Resoluciones sobre lo que se entiende por prestación del servicio de reventa del servicio telefónico. Así, en la Resolución de 28 de julio de 2005, relativa a



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consulta formulada por el ente Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), se señala que:

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

En último término, sería el servicio que se va a comercializar el que calificaría la reventa, hablándose de reventa del servicio telefónico fijo, o del servicio telefónico móvil. La reventa del servicio telefónico consiste en la compra de minutos de llamadas telefónicas al por mayor a distintos operadores habilitados para su prestación, para, a su vez, ofrecérselos a un tercero, generalmente por un precio superior.”

Por tanto, a la luz de las anteriores consideraciones, es preciso analizar si el servicio efectivamente prestado por la entidad denunciada puede ser enmarcado dentro de la definición de servicio de reventa del servicio telefónico móvil.

En las alegaciones realizadas en el presente expediente, tanto MIDAS como HITS coinciden en afirmar que la actividad que realiza la primera no consiste en la reventa del servicio telefónico móvil sino que su actividad se limita a la mera distribución de los servicios que ofrece HITS.

En apoyo a sus manifestaciones, ambas entidades aportan como prueba copia del *“contrato de distribución”* que tienen suscrito desde el 5 de marzo de 2009. Asimismo, con el fin de probar que su actividad no consiste en la prestación de servicios de reventa la denunciada presenta modelos de facturas, garantías del producto y solicitudes de portabilidad de clientes.

A continuación se procede a analizar la documentación aportada por las partes:

- Contrato de distribución firmado entre Midas y Hits.

Tal y como se desprende de la cláusula primera, el contrato firmado por ambas entidades, con fecha 5 de marzo de 2009, tiene por objeto la realización, por parte de MIDAS, de todas aquellas actividades relacionadas con la promoción comercial y la contratación de los servicios de telefonía móvil de HITS, y ello a cambio de una remuneración económica.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A su vez, el Anexo I del citado acuerdo, concreta los servicios de telefonía móvil de HITS que serán objeto de distribución por parte de MIDAS, y que son los siguientes:

- *“Tarjeta SIM de HITS SPAIN,*
- *Packs (tarjeta SIM+terminal) de HITS SPAIN y*
- *Recargas de saldo de líneas de HITS SPAIN”.*

Por otro lado, en relación a los precios que MIDAS cobrará a sus clientes, la cláusula 1.4 del citado contrato establece que *“Los precios y demás condiciones económicas de acceso al Servicio, para la clientela del Distribuidor, serán los que marque HITS SPAIN”*. A su vez, en la cláusula 3.3 el distribuidor (en este caso, MIDAS) se compromete a *“mantener en lugar perfectamente visible de sus locales las tarifas vigente y el material publicitario facilitado por HITS SPAIN”*.

En consecuencia, del tenor literal de la documentación contractual sometida a consideración, se deduce que la relación jurídica existente entre ambas entidades consiste en un contrato de distribución comercial, según el cual MIDAS realiza la contratación de clientes para que reciban una serie de servicios ofrecidos por el operador HITS, siendo este último operador el que fije expresamente las tarifas y condiciones del servicio.

- Otra documentación aportada por MIDAS.

La entidad denunciada, a fin de acreditar que el cliente que contrata sus servicios es consciente de que esa entidad es un distribuidor del OMV HITS (siendo este el que realmente le presta el servicio telefónico móvil), presenta un modelo de factura y garantía del producto que se entrega al cliente tras la contratación del servicio telefónico móvil, así como una copia de solicitud de portabilidad de numeración móvil.

Respecto del modelo de factura y garantía del producto que se entrega al cliente, se ha podido constatar que, además de los datos de la propia entidad, en ambos documentos aparece el logotipo de HITS fácilmente visible al cliente. A su vez, en el documento de garantía consta como responsable del producto la entidad HITS, siendo esta entidad a la que deba dirigirse el cliente en caso de reclamación.

Del mismo modo, se anexa una copia de solicitud de portabilidad de numeración móvil tramitada por un nuevo cliente de MIDAS (que anteriormente era cliente de Xfera Móviles, S.A.) en la cual consta



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

claramente como operador receptor de la numeración portada la entidad HITS. Por tanto, el usuario es plenamente consciente al firmar este documento de que su numeración va a ser transmitida del operador Xfera al operador HITS, y no a la entidad denunciada que actúa como mero intermediario.

Con lo cual, de la documentación analizada en el presente procedimiento ha quedado acreditado por un lado, que la entidad denunciada no actúa bajo su propio nombre y marca, y por otro, que tanto las condiciones como los precios que factura a sus clientes son aquellos fijados por HITS en calidad de OMV, aspectos todos ellos esenciales en la prestación del servicio de reventa.

En suma, debemos concluir que la labor que realiza la entidad MIDAS consiste en la mera distribución de los servicios que ofrece un operador (en concreto HITS), debiendo entenderse que tal actividad se corresponde con la propia de un intermediario, resultando de todo punto ajena a la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas y no siendo necesario para su ejercicio la previa notificación de acuerdo con el artículo 6.2 de la LGTel ni estar inscrito en el Registro de Operadores de esta Comisión.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, esta Comisión,

RESUELVE

Único.- No iniciar procedimiento administrativo, al no acreditarse la existencia de indicios que lo justifiquen, y declarar concluso el periodo de información previa de referencia.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, 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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 29/10998, 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 2 del artículo 48 de la misma Ley.

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