



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO, en sustitución del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 7.2 de la O.M. de 9 de abril de 1997, B.O.E. de 11 de abril de 1997), 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 34/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 18 de octubre de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente RO 2006/1520, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR RO 2006/1520 INCOADO CONTRA D. IGNACIO JOSÉ ARNAU MORAL Y LA ENTIDAD VIRTUALIA NETWORK SERVICES, S.L. POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIBLES PARA LA EXPLOTACIÓN DE REDES Y LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS.

Finalizada la instrucción del presente expediente sancionador incoado contra D. José Ignacio Arnau Moral y la entidad Virtualia Network Services, S.L. por Acuerdo del Consejo de esta Comisión de 13 de diciembre de 2006 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. 34/07 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

I

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de mayo de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de la entidad Spantel 2000, S.A. (en adelante, Spantel) mediante el cual se denunciaba la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por parte de la entidad Virtual Telecom, entidad que según el denunciante no figuraba inscrita en el Registro



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de Operadores de Redes y Servicios de Comunicaciones Electrónicas (Documento 1 del expediente administrativo).

En concreto Spantel ponía de manifiesto *“que en los últimos meses, Spantel ha recibido una serie de llamadas en su centro de atención al cliente de abonados a su servicio de telefonía que se quejan de haber recibido facturas telefónicas no de Spantel sino de una empresa llamada Virtual Telecom cuya existencia desconocían y con la cual no habían contratado ningún servicio”*.

Como Anexo a su escrito, se acompañan copias de las facturas remitidas a sus abonados del servicio telefónico por parte de la entidad Virtual Telecom. En las citadas facturas Virtual Telecom se identifica con el número de identificación fiscal de D. José Ignacio Arnau Moral y consta domiciliada en un apartado de correos de Madrid.

SEGUNDO.- Recibido el escrito al que se refiere el Antecedente anterior, esta Comisión inició un expediente de información previa conforme a lo establecido en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), con el propósito de conocer las circunstancias del caso denunciado por Spantel. La apertura del período de información previa fue debidamente notificada a la entidad denunciante (Documento 2).

TERCERO.- Mediante escrito de 13 de junio de 2005, Spantel aporta otras facturas remitidas a sus abonados por Virtual Telecom en las que aparecen otros datos identificativos. En las citadas facturas la entidad se identifica como la mercantil Virtualia Network Services, S.L. (en adelante, Virtualia Network), domiciliada en la calle Ramón y Cajal nro. 2, PB. 1º A, de Las Rozas (Madrid), con CIF B-84882668. Asimismo, el denunciante indica que esta entidad tampoco figura inscrita en el citado Registro de Operadores (Documento 3).

CUARTO.- En el ámbito del período de información previa de referencia, mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 28 de junio de 2005, se requirió a Spantel determinada información (Documento 4).

En el escrito de contestación al citado requerimiento, la representación de Spantel hizo saber a esta Comisión que “Virtual Telecom” estaba utilizando el código de acceso indirecto de la entidad Xtra Telecom, S.A. (en adelante, Xtra), para la prestación de sus servicios (Documento 5).

QUINTO.- En base a la información aportada por Spantel y en virtud de lo establecido en el artículo 78 de la LRJPAC y en el ámbito del período de información previa, mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

15 de septiembre de 2005, se requirió a la entidad Xtra la siguiente información (Documento 6):

- *“Si la entidad Virtual Telecom tiene relación contractual con su entidad.*
- *En su caso, copia de los contratos de servicios de telecomunicaciones suscritos con la citada entidad, identificando el CIF y dirección de la misma.*
- *Si el código de selección de operador asignado a Xtra es o ha sido utilizado por Virtual Telecom.”*

Mediante escrito de 3 de octubre de 2005, la representación de Xtra procedió a contestar el requerimiento al que se refiere el Antecedente anterior, aportando la siguiente información (Documento 7):

- *“Que Xtra suscribió con D. Ignacio José Arnau Moral, con DNI 52365901-F, el contrato de fecha 27 de enero de 2005, que se acompaña fotocopiado como anexo 2, en el que aparece, entendemos como denominación comercial Virtual Telecom. Dicho contrato se resolvió con efectos de 31 de agosto de 2005 y se sustituyó por el contrato de 1 de septiembre de 2005 que se acompaña como anexo 3, suscrito entre Xtra y Virtualia Network Services, S.L. [siendo D. Ignacio José Arnau Moral el administrador único de esta entidad] (Documento 7.1).*
- *Que D. Ignacio José Arnau Moral / VIRTUAL TELECOM han utilizado el código de selección de operador (1054) asignado a XTRA. Dicho código de selección de operador es utilizado desde el 1 de septiembre de 2005 por Virtualia Network Services, S.L.” (Documento 7.2).*

SEXTO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión, de 25 de noviembre de 2005, se requirió a los denunciados para que comunicasen, en el plazo de un mes, su intención de explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas (Documento 8).

SÉPTIMO.- Con fecha 13 de diciembre de 2006 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó una Resolución (Documento 9) por la que se acordó la apertura de un procedimiento sancionador contra D. José Ignacio Arnau Moral y la entidad Virtualia Network, como presuntos responsables directos de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.t) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), consistente en la presunta explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir con los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en la LGTel y su normativa de desarrollo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tras reiterados intentos, el acuerdo de iniciación fue notificado a D. José Ignacio Arnau Moral y a la entidad Virtualia Network, el día 12 de febrero de 2007 (Documento 10).

Asimismo, el citado acuerdo de iniciación fue comunicado a la instructora (Documento 11) en fecha 15 de diciembre de 2006, con traslado de las actuaciones existentes al respecto.

OCTAVO.- Con fecha 30 de mayo de 2007, el Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Orden de inspección, designándose el personal inspector a tal efecto y consistente en *“la realización en la realización de una o varias llamadas al número telefónico fijo que consta en la documentación obrante en el citado expediente con el objeto de comprobar si se logra la contratación de servicios de comunicaciones electrónicas”* (Documentos 12 y 13).

Con fecha 21 de junio de 2007 mediante escrito del Secretario de esta Comisión se dio traslado a la instructora del procedimiento de las actuaciones de inspección, una vez practicada y levantada el acta correspondiente.

NOVENO.- Con fecha 31 de mayo de 2007, se requirió a la entidad Xtra la remisión de la siguiente información:

“Si el contrato firmado entre Xtra Telecom y Virtualia Network Services, S.L. el día 1 de septiembre de 2005, con el objeto de utilizar el código de selección de operador (1054) para la prestación de servicios de reventa telefónica, sigue vigente, o en caso contrario, fecha en la cual se rescindió dicho contrato.”

El 21 de junio de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito mediante el cual se dio contestación al citado requerimiento, indicando Xtra *“que el citado contrato firmado entre XTRA TELECOM, S.A. y VIRTUALIA NETWORK SERVICES, S.L. no está vigente desde el 30 de octubre de 2005”* (Documento 14).

DÉCIMO.- 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.

UNDÉCIMO.- Con fecha 24 de julio de 2007, la instructora del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución en la que proponía lo siguiente (Documento 15):



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“PRIMERO. Declarar responsables directos a D. José Ignacio Arnau Moral y a la entidad Virtualia Network Services, S.L. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.t) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber iniciado, sin presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la Ley General de Telecomunicaciones vigente, la actividad consistente en la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas.

SEGUNDO. Imponer a D. José Ignacio Arnau Moral una sanción económica por importe de cinco mil (5.000) euros.

TERCERO. Imponer a la entidad Virtualia Network Services, S.L. una sanción económica por importe de cuatro mil (4.000) euros.

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

Dicha propuesta de resolución fue notificada a los denunciados, mediante escritos de la instructora de fecha 24 de julio de 2007, recibida ese mismo día por la citada entidad local.

DUODÉCIMO.- Con fecha 6 de septiembre de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de D. Ignacio Arnau Moral mediante el cual manifestaba que con fecha 20 de marzo de 2007 remitió por fax, dirigido al Secretario de esta Comisión, escrito de alegaciones que no se tuvo en cuenta en la propuesta realizada por la instructora del presente expediente (Documento 16).

Junto al escrito se remite copia del citado fax en el que se realizan las siguientes manifestaciones:

“La empresa Virtualia Network Services, S.L., se constituyó con la idea de realizar una prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de reventa del servicio telefónico fijo.

Esta posibilidad surgió gracias a un comercial alemán que nos planteó la posibilidad de incorporar clientes a la empresa y poder facturarles directamente. Sin embargo, queremos aclarar que no fuimos capaces de realizar con éxito este trabajo y que nuestro desconocimiento del sector nos impidió que el proyecto empresarial saliera adelante, teniendo que cesar nuestra actividad tan sólo dos o tres meses después de iniciarla.

Para nosotros fue un verdadero desastre, puesto que tuvimos enormes dificultades en facturar a los clientes y también en poder atenderles



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

correctamente, puesto que la mayoría eran alemanes, como el comercial que los trajo a la compañía.

En ningún momento fuimos conscientes de que teníamos que registrarnos en la CMT y como es lógico de haberlo sabido, lo habiéramos hecho, después del dinero invertido y perdido, creemos que este trámite no nos hubiera supuesto un coste elevado y habríamos evitado inconvenientes. Por este hecho, pedimos disculpas y reconocemos nuestra equivocación, alegando que no ha existido en absoluto mala fe si no mas bien desconocimiento absoluto del sector”.

Consultado el Registro de entrada de esta Comisión se ha constatado que el escrito al que hace referencia D. Ignacio Arnau Moral no tuvo entrada oficial, no habiéndose por tanto tenido en cuenta las referidas manifestaciones hasta este momento.

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 D. José Ignacio Arnau Moral y la entidad Virtualia Network han iniciado, antes de presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la Ley General de Telecomunicaciones vigente, la actividad consistente en la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas.

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

1. Denuncia de Spantel de fecha 27 de septiembre de 2005 y documentación adjunta.

De la denuncia y de la documentación aportada con la misma (Documento 1) se desprenden ya indicios según los cuales D. José Ignacio Arnau Moral y la entidad Virtualia Network habrían iniciado la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas, antes de proceder a la notificación a esta Comisión a la que se refiere el artículo 6 de la LGTel.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Adjunto a la denuncia y posteriores escritos presentados ante esta Comisión, Spantel acompaña facturas giradas por ambos denunciados a sus abonados por la prestación del servicio de telefonía fija, entre los meses de enero y abril de 2005 (Documento 1.1, Documento 3 y Documento 5).

2. Contestación al requerimiento de información realizado a XTRA de fecha 3 de octubre de 2005.

Junto al escrito de contestación al requerimiento de información realizado por esta Comisión a la entidad Xtra en fecha 3 de octubre de 2005, la citada entidad aportó la siguiente documentación:

- Contrato firmado por Xtra con D. José Ignacio Arnau Moral, en fecha 27 de enero de 2005, con el objeto de utilizar el código de selección de operador (1054) asignado por esta Comisión a Xtra para la prestación de servicios de telefonía fija (Documento 7.1). Este contrato fue resuelto con fecha 31 de agosto de 2005.
- Contrato firmado por Xtra con Virtualia Network, en fecha 1 de septiembre de 2005, con el objeto de utilizar el código de selección de operador (1054) asignado por esta Comisión a Xtra para la prestación de servicios de telefonía fija (Documento 7.2). Este contrato fue resuelto con fecha 30 de octubre de 2005.

Analizados los referidos contratos, podemos afirmar que los mismos tienen por objeto la prestación de un servicio de reventa del servicio telefónico fijo. A lo largo de sus cláusulas se califica expresamente a los denunciados como "Switchless Reseller" o revendedores y se establece como objeto de los mismos la adquisición de accesos y tráfico para su posterior reventa por parte de los denunciados a sus abonados, todo lo cual queda reflejado en la cláusula primera de los mencionados contratos:

"El objeto del presente Contrato es la relación jurídica en virtud de la cual XTRATEL facilita al Switchless Reseller el acceso a su red de telecomunicaciones (en adelante el "servicio") con el objeto de que los clientes del Switchless Reseller (en adelante los "Usuarios") puedan cursar sus llamadas telefónicas a través de la red de telecomunicaciones de XTRATEL mediante el mecanismo que el Switchless Reseller estime oportuno. Los Usuarios podrán acceder a la red de XTRATEL a través de números 900 o el código de selección de operador que XTRATEL le facilite al Switchless Reseller estime oportuno."

De lo anterior se puede concluir que D. José Ignacio Arnau Moral y la entidad Virtualia Network, pudieron prestar el servicio de reventa del servicio telefónico fijo, a través del código de selección de operador 1054, contratado a Xtra, entre las fechas de 27 de enero y 30 de octubre de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Escrito presentado por D. Ignacio Arnau Moral de fecha 6 de septiembre de 2007.

En el escrito de fecha 6 de septiembre de 2007 D. Ignacio Arnau Moral reconoce expresamente que *“La empresa Virtualia Network Services, S.L., se constituyó con la idea de realizar una prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de reventa del servicio telefónico fijo”*.

Asimismo manifiesta que *“no fuimos capaces de realizar con éxito este trabajo y que nuestro desconocimiento del sector nos impidió que el proyecto empresarial saliera adelante, teniendo que cesar nuestra actividad tan sólo dos o tres meses después de iniciarla”*.

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, se considera probado que tanto D. José Ignacio Arnau Moral como la entidad Virtualia Network iniciaron, sin presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel, la actividad consistente en la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas.

SEGUNDO-. Que, actualmente, no se pueden contratar servicios de comunicaciones electrónicas con los denunciados.

El anterior hecho se desprende de las inspecciones realizadas durante los días 1 a 15 de junio de 2007 en la sede de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Tras la realización de varias llamadas al número de atención al cliente que constaba en las facturas remitidas a sus abonados por los denunciados, se ha constatado que en estos momentos no se puede contratar el servicio telefónico fijo disponible al público con D. José Ignacio Arnau Moral o con la entidad Virtualia Network.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.t) de la LGTel, que califica como infracción muy grave la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en la LGTel y su normativa de desarrollo.

Tal y como consta en el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, el expediente se inició contra D. José Ignacio Arnau Moral y la entidad Virtualia Network, por haber presuntamente incurrido en la conducta consistente en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de reventa del servicio telefónico fijo, sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en la LGTel y su normativa de desarrollo.

El apartado 2 del artículo 6 de la LGTel, establece como un requisito exigible para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, que los interesados, ya sean personas físicas o jurídicas¹, con anterioridad al inicio de la actividad, lo notifiquen fehacientemente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en los términos determinados por el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril y sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que se pretenda realizar.

A estos efectos, debe tenerse en cuenta el alcance legal del concepto de “*Servicio de comunicaciones electrónicas*”, el cual 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...”

¹ El artículo 6.1 de la LGTel establece que podrán explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas a terceros las personas físicas o jurídicas nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o con otra nacionalidad, cuando, en el segundo caso, así esté previsto en los en los acuerdos internacionales que vinculen al Reino de España.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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

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

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

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

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

-Acceso indirecto: Se basa en la utilización de los prefijos asignados a los operadores habilitados, o bien la utilización de marcación de numeración



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de red inteligente en la que los operadores habilitados instalan equipos que permiten reconocer a los clientes declarados por el revendedor, a través de la marcación de un código de identificación.

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

Una vez analizada la documentación aportada en el presente procedimiento, se desprende que la actividad prestada por los presuntos infractores queda perfectamente encuadrada dentro de lo que esta Comisión entiende por reventa del servicio telefónico fijo en su modalidad de acceso indirecto. Tal y como se deriva de los hechos probados, tanto D. Ignacio Arnau Moral, con fecha con fecha 27 de enero de 2005, como la entidad Virtualia Network, con fecha 1 de septiembre de 2005, firmaron sendos contratos de reventa como cliente mayorista con el operador Xtra con el objeto de suministrar el servicio telefónico fijo a través del código de selección de operador de este último. Se debe poner de relieve que entre ambos contratos existe una continuidad en el tiempo ya que el contrato suscrito por D. Ignacio Arnau Moral fue resuelto el 31 de agosto y el 1 de septiembre se firmó, en los mismos términos, contrato con la entidad Virtualia Network.

Asimismo, las facturas que obran en el presente procedimiento y que fueron remitidas por ambos denunciados a sus abonados acreditan que aquellos no sólo tenían capacidad de prestar el servicio sino que efectivamente iniciaron la actividad y facturaron por ello. Además debemos destacar que existen facturas giradas entre los meses de enero y abril de 2005 remitidas tanto por D. Ignacio Arnau Moral como por la entidad Virtual Network pese a que este último todavía no había firmado hasta el momento el contrato al que hacíamos referencia en el párrafo anterior.

Todo lo dicho queda reforzado con las manifestaciones vertidas por D. Ignacio Arnau Moral, mediante escrito de 6 de septiembre de 2007, donde reconoce expresamente que inició la actividad de reventa del servicio telefónico fijo. Asimismo manifiesta que cesó en la actividad dos o tres meses después, debido al fracaso del proyecto empresarial. A este respecto debemos señalar que en el presente expediente ha quedado acreditado que la actividad infractora se mantuvo durante un periodo de tiempo mayor al manifestado por el denunciado, ya que, como se ha señalado anteriormente, en el procedimiento obran facturas giradas entre los meses de enero y abril de 2005 y, posteriormente, se firmó un nuevo contrato entre las entidades Virtual Network y Xtra con el objeto de utilizar el CSO de esta última fechado el 1 de septiembre del mismo año, contrato que carecería de sentido si no se hubiese continuado con la actividad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por cuanto antecede, de la instrucción del procedimiento debemos concluir que la instrucción del presente procedimiento sancionador ha revelado que la infracción tipificada en el artículo 53.t) de la LGTel se concreta, en el presente caso, en que D. José Ignacio Arnau Moral y la entidad Virtualia Network, han iniciado, antes de presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel vigente, la actividad consistente en la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas.

TERCERO. Culpabilidad de D. José Ignacio Arnau Moral y la entidad Virtualia Network 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.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1995 (RJ 1995\9329), reconoce la aplicabilidad del principio de culpabilidad al ámbito del procedimiento administrativo sancionador:

“La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en línea con la del Tribunal Constitucional, ha establecido que la potestad sancionadora de la Administración, en tanto que manifestación del “ius puniendi” del Estado, se rige por los principios del Derecho penal, siendo principio estructural básico el de culpabilidad, incompatible con un régimen de culpabilidad objetiva, sin culpa, encontrándose esta exigencia expresamente determinada en el artículo 130.1 LRJPAC ...”.

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.”

Como se ha señalado por la jurisprudencia y doctrina aplicables y por esta Comisión en anteriores ocasiones, se entiende que el sujeto es culpable si la infracción es consecuencia de una acción u omisión imputable a su autor –esto es, si no se dan en él circunstancias que alteren su capacidad de obrar-, al menos por malicia o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1992 [RJ 1992\852], de 9 de julio de 1994 [RJ 1994\5590]).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esto es, la imputabilidad de la conducta puede serlo a título de dolo o culpa. 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 conoce y quiere realizar el hecho ilícito. Asimismo, el artículo 6.1 del Código Civil dispone que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.

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

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.

Es decir, 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.

De lo anterior se concluye la existencia de una conducta culpable por parte de los denunciados en base a los hechos que configuran el tipo infractor del que trae causa el presente procedimiento sancionador. A la luz de los actos de instrucción, de los hechos probados y de las propias manifestaciones realizadas por D. Ignacio Arnau Moral donde reconoce expresamente que inició la actividad imputada, resulta que los denunciados han realizado la conducta objeto de la infracción no habiendo existido la diligencia debida exigida para evitar el resultado antijurídico producido.

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

La anterior conclusión no se ve afectada por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad de los denunciados. Tales circunstancias eximentes, reguladas en el Derecho Penal, que son de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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 inexistencia de otras infracciones cuya sanción corresponde a esta Comisión cometidas anteriormente por los denunciados o ausencia de reiteración, conforme a lo dispuesto en el artículo 131.3 apartado a) de la LRJPAC. El presente es el primer procedimiento sancionador que se incoa por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a los inculcados.
- La escasa repercusión social de la infracción, según el criterio establecido por el artículo 56 de la LGTel. La infracción cometida por los denunciados se ha producido en un corto período de tiempo (7 meses en el caso de D. Jose Ignacio Arnau Moral y 2 meses en el caso de la entidad Virtualia Network) y no ha tenido ninguna trascendencia en la opinión pública.
- La ausencia de beneficio para el infractor por los hechos objeto de infracción, según el criterio señalado en el mismo artículo 56 de la LGTel.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- El cese de la conducta infractora por parte de los denunciados, en aplicación del artículo 21.5ª del Código Penal².

QUINTO. Sanción aplicable a la infracción.

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

Multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de dos millones de euros.

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

En aplicación de los anteriores criterios de graduación de las sanciones y de las actuaciones habidas en el presente procedimiento, los límites de la sanción que puede ser impuesta a los denunciados por la comisión de la infracción objeto del presente procedimiento son los siguientes:

- En cuanto a la cuantía de la sanción máxima, procede señalar que no resulta posible determinar el beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción por cuanto que la infracción cometida no reporta ningún beneficio para el infractor, al ser la notificación un acto totalmente gratuito para el operador. Por tanto, la sanción máxima que se podría imponer es de dos millones de euros.
- No existe límite, en el presente caso, para el establecimiento de la cuantía de la sanción mínima, habida cuenta de la inexistencia de beneficio para el infractor.

El artículo 131.2 de la LRJPAC dispone que el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas

² El artículo 21.5ª del Código Penal señala como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, “[l]a de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”, siendo de aplicación los principios inspiradores y conceptos del Derecho penal al Derecho Administrativo sancionador, como ha afirmado en varias ocasiones la jurisprudencia (SSTS de 9 de junio de 1986 –RJ 1986\6612-, de 30 de mayo de 1989 –RJ 1989\4107-, de 13 de octubre de 2004 –RJ 1986\6612- y STC núm. 18/1981, de 8 de junio).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

infringidas. En consecuencia, ha de tenerse en cuenta esta previsión legal a la hora de establecer la sanción correspondiente.

La sanción que se proponga imponer a D. José Ignacio Arnau Moral y a la entidad Virtualia Network debe atender necesariamente al principio de proporcionalidad, que preside la actividad sancionadora de la Administración, y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 56.2 de la LGTel.

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).

En atención a ello y en aplicación del principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y en el artículo 56.2 de la LGTel, a la vista de que la actividad infractora no ha reportado a D. José Ignacio Arnau Moral ni a la entidad Virtualia Network beneficio bruto alguno, atendiendo al periodo de tiempo en que los denunciados se mantuvieron en la actividad infractora y teniendo en cuenta que concurren cuatro circunstancias atenuantes y ningún agravante, se considera que procede imponer las siguientes sanciones:

- Sanción económica de tres mil (3.000) euros a D. José Ignacio Arnau Moral.
- Sanción económica de mil quinientos (1.500) euros a la entidad Virtualia Network.

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

A tal efecto, los denunciados debería haber pagado la tasa general de operadores, tal y como se prevé en el artículo 49 y el Anexo I, apartado 1, de la LGTel, y en el artículo 17.b) del Reglamento sobre las condiciones para la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril. Por ello, deberá presentar las correspondientes declaraciones de ingresos brutos de explotación obtenidos desde que inició la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24.3 del Real Decreto 1620/2005, de 30 de diciembre, por el que se regulan las tasas establecidas en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de 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, la instructora del presente expediente sancionador,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar responsables directos a D. José Ignacio Arnau Moral y a la entidad Virtualia Network Services, S.L. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.t) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber iniciado, sin presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la Ley General de Telecomunicaciones vigente, de la actividad consistente en la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas.

SEGUNDO. Imponer a los denunciados las siguientes sanciones económicas:

- Sanción económica de tres mil (3.000) euros a D. José Ignacio Arnau Moral.
- Sanción económica de mil quinientos (1.500) euros a la entidad Virtualia Network Services, S.L.

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 0049 1182 352110349354 abierta al efecto en el Banco Santander Central Hispano (BSCH). 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 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.

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 DIRECTOR DE
ASESORÍA JURÍDICA

Vº Bº EL PRESIDENTE

Miguel Sánchez Blanco
P.S. art. 7.2 O.M. de 9 abril 1997
(B.O.E. de 11 de abril de 1997)

Reinaldo Rodríguez Illera