



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 13/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 6 de abril de 2006, se ha adoptado el siguiente Acuerdo en relación con el expediente RO 2005/288:

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR CONTRA RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE ESTA COMISIÓN DE 3 DE FEBRERO DE 2005.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 3 de febrero de 2005, el Consejo de esta Comisión aprobó Resolución por la que se adoptan las siguientes medidas cautelares en el marco del expediente AEM 2004/1326 relativo a la oferta de la Tarjeta Internacional por parte de RETEVISIÓN MÓVIL S.A. (en adelante, "AMENA"):

"Primero.- Retevisión Móvil S.A. deberá cesar de manera inmediata en la distribución comercial y en la activación técnica de la denominada "Tarjeta Internacional AMENA".

Segundo.- En el plazo de cinco días desde la presente resolución, RETEVISION MOVIL deberá retirar de los canales de comercialización y distribución las tarjetas todavía no entregadas a los clientes.

Tercero.- Mientras se tramita en presente expediente, Retevisión Móvil deberá solicitar de la CMT la autorización previa de cualesquiera tarjetas de naturaleza similar a la "Tarjeta Internacional AMENA".

Cuarto.- Se declara confidencial el contenido del Anexo II de la presente Resolución, excepto para Retevisión Móvil, S.A."



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Tal y como consta en los archivos de esta Comisión, la citada Resolución fue notificada a AMENA con fecha 7 de febrero de 2005.

TERCERO.- Con fecha 14 de febrero de 2005, tuvo entrada en el Registro General de esta Comisión escrito de CITYCALL TELECOMUNICACIONES S.L. (en adelante, "CITYCALL") solicitando que se incoe el oportuno expediente sancionador a fin de constatar la existencia de una infracción muy grave por parte de AMENA que habría incumplido varias resoluciones de la CMT al comercializar la Tarjeta Internacional de AMENA.

CUARTO.- En virtud de la competencia atribuida a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de conformidad con lo previsto en el artículo 48.3 i) y 50.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) en materia de inspección sobre las actividades de los operadores de telecomunicaciones, con fecha 16 y 22 de febrero de 2005 se dictan dos órdenes de Inspección a AMENA en el marco del expediente AEM 2004/1326 con objeto de verificar la concurrencia de determinadas circunstancias que pudieran constituir actividades incluidas dentro de las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Las correspondientes inspecciones se realizaron los días 17 y 24 de febrero de 2005 con el objetivo de comprobar si AMENA había procedido a la retirada de las tarjetas todavía no entregadas a los clientes de los canales de comercialización y distribución en el plazo de cinco días desde la notificación de la citada Resolución 3 de febrero de 2005. Asimismo, las inspecciones comprobaron la operatividad funcional de las tarjetas adquiridas. El contenido y resultado de dichas inspecciones se encuentra detallado en el apartado de HECHOS PROBADOS.

QUINTO.- Con fecha 23 de febrero de 2005, tiene entrada en el registro de esta Comisión escrito de AMENA en el que pone de manifiesto su *"absoluta voluntad de cumplimiento de las medidas cautelares adoptadas mediante Resolución de 3 de febrero de 2005"* procediendo a exponer las diversas actuaciones realizadas por AMENA con tal propósito, según ella, dentro de los plazos establecidos en dicha Resolución y de acuerdo con el tenor literal de la misma. Asimismo, AMENA revela su voluntad de proceder a la inmediata aplicación de cualquier otra medida adicional o complementaria que la CMT pueda considerar indicada.

En concreto, AMENA alega que ha realizado las siguientes actuaciones para dar cumplimiento a la Resolución de 3 de febrero de 2005:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- (i) adoptar las medidas necesarias para cesar en la distribución comercial y la activación técnica de la Tarjeta Internacional incluso antes de habersele notificado la Resolución de 3 de febrero de 2005,
- (ii) realizar las tareas necesarias, dentro del plazo establecido, para proceder a la completa retirada de tarjetas de los puntos de venta directos de AMENA, y a la reversión del proceso de distribución comercial en sus canales indirectos,
- (iii) comunicar de manera fehaciente a todos los distribuidores conocidos por AMENA el cese inmediato en la distribución y comercialización de la tarjeta, solicitarles la retirada de todos los canales de distribución de las tarjetas no entregadas a usuarios finales, requerirles para que procedan a la devolución en el plazo de 48 horas de todas las tarjetas en su poder, comprometiéndose AMENA a restituir el importe de las tarjetas devueltas, e instarles para que trasladen dichos requerimientos a sus propios comercializadores.
- (iv) AMENA además alega haber solicitado a sus distribuidores que actúen con la máxima diligencia en el cumplimiento de dichas instrucciones, amenazando con resolver su relación contractual con ellos en el caso de no actuaran diligentemente.

Según AMENA, como resultado de dichas actuaciones, a fecha 23 de febrero de 2005, se ha procedido a revertir el proceso de distribución comercial de los canales de distribución de un volumen de hasta 86.524 tarjetas, de las 370.000 tarjetas que, según su propio escrito de 30 de diciembre de 2004, estimaba que tenía que recuperar. AMENA reconoce que dicho proceso de reversión no ha concluido debido a las gestiones que, a su vez realizan, los distribuidores directos de AMENA con sus propios comercializadores. Con el fin de agilizar el proceso, AMENA ha enviado a un operador logístico a dichos distribuidores para la recogida física de las tarjetas.

SEXTO.- Con fecha 24 de febrero de 2005, esta Comisión acordó la apertura de un procedimiento sancionador contra AMENA como presunto responsable directo de una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones por el presunto incumplimiento de la Resolución de 3 de febrero de 2005 por considerar que de las actuaciones practicadas en el expediente sobre la Tarjeta Internacional AMENA se derivaban elementos de juicio suficientes para estimar que concurrían las circunstancias que justifican la incoación de un procedimiento sancionador. Dicha Resolución nombró a Doña María Fe Fontal Instructora del procedimiento sancionador.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dicha Resolución fue notificada a AMENA y a CITYCALL mediante escritos de 1 de marzo de 2005. Asimismo, se comunicó el inicio del procedimiento al Instructor designado para instruirlo mediante escrito de 1 de marzo de 2005.

SÉPTIMO.- Con fecha 7 de marzo de 2005, Doña Teresa Rodríguez Buezas tiene acceso al expediente en nombre y representación de AMENA.

OCTAVO.- Con fecha 8 de marzo de 2005, tiene entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TELE2 TELECOMMUNICATION SERVICES S.L. (en adelante, "TELE2") en el que pone de manifiesto que AMENA sigue comercializando la denominada Tarjeta Internacional, adjuntando como prueba de ello 10 tarjetas adquiridas en el locutorio "Bojun Chen" de Santa Coloma de Gramanet (Barcelona), con su correspondiente factura.

NOVENO.- Con fecha 4 de abril de 2005, tiene entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de AMENA, al que se adjunta numerosa documentación.

A) Alegaciones relativas a los canales de comercialización de la Tarjeta Internacional AMENA:

Según AMENA, la Tarjeta Internacional AMENA se distribuía a través de dos entidades distintas: (i) las Tiendas Mundo AMENA, vinculadas con AMENA por una relación comercial de franquicia, que vendían directamente las tarjetas a los usuarios finales, y (ii) los distribuidores mayoristas, incluyendo los de la propia red AMENA como los de Auna, que comercializaban las tarjetas a través de sus propios canales de distribución. En relación con lo anterior, AMENA alega que únicamente tiene una relación contractual directa con las Tiendas Mundo AMENA y con los mayoristas, careciendo de capacidad para controlar los puntos de venta de la red de distribución de cada uno de los mayoristas.

Por ello, AMENA considera que la única interpretación razonable y proporcionada del Resuelve Segundo de la Resolución de 3 de febrero es que *"AMENA debía retirar, en el plazo de cinco días hábiles, todas las tarjetas todavía no entregadas a sus usuarios finales que estuvieran en los canales de comercialización y distribución controlados por AMENA, esto es, de Tiendas Mundo AMENA y mayoristas"*. Entendiendo que de no ser así, y considerarse que AMENA debía retirar todas las tarjetas existentes tanto en su red de distribución directa como indirecta, la Resolución de 3 de febrero resultaría de imposible cumplimiento para AMENA.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

B) Alegaciones sobre el proceso de activación de la Tarjeta Internacional AMENA:

AMENA expone que la activación de la Tarjeta Internacional implica la participación de tres agentes: (i) la propia AMENA, (ii) IDT Spain S.L. (en adelante, "IDT") que es el proveedor del servicio de plataforma de gestión del crédito y de terminación del tráfico que curse el usuario de la tarjeta, y (iii) Auna como canalizador de las relaciones jurídicas entre las sociedades del grupo Auna e IDT.

Según AMENA, se entiende por "activación técnica" la acción que permite que un PIN determinado impreso en una tarjeta se habilite en la plataforma de gestión del crédito de IDT como válido para cursar tráfico. IDT lleva a cabo dicha activación a solicitud de Auna que cursa la solicitud a instancias de AMENA. El proceso de activación es distinto según se trate de distribuidores habituales de AMENA o de mayoristas distribuidores de Auna. En el primer caso, las tarjetas se activan en el momento de la salida del almacén por lo que llegan tanto a la Tienda Mundo AMENA como al mayorista de la propia red de AMENA ya activados. Contrariamente, en el caso de los mayoristas integrantes de la red de distribución gestionada por Auna, la activación se realiza cuando AMENA indica a Auna que el mayorista en posesión de las tarjetas todavía sin activar, ha realizado el pago de las mismas.

En cualquier caso, según AMENA la activación de las tarjetas no está relacionada con el uso de la tarjeta por parte del usuario final de la misma. Por lo que cuando el usuario adquiere la tarjeta, ésta ya se encuentra activada. Por ello, la comprobación realizada por el Inspector actuante de que las tarjetas adquiridas se encontraban operativas, no significa que se activaran en el momento de la compra o de la primera llamada, dado que estaban activadas desde un momento anterior.

C) Alegaciones sobre las actuaciones realizadas por AMENA en cumplimiento de la Resolución de la CMT de 3 de febrero de 2005

Según AMENA, para dar cumplimiento a la Resolución de 3 de febrero de 2005, ha realizado las siguientes actuaciones:

- (i) Tal y como acredita la certificación emitida por IDT aportada como documento 1, en fecha 7 de febrero de 2005, IDT dejó de activar las tarjetas objeto de este expediente.
- (ii) Con fecha 10 de febrero de 2005, AMENA solicitó mediante correo electrónico a todos sus distribuidores mayoristas (los de su propia red y los de la red de Auna) que de modo inmediato cesasen en la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

distribución de la Tarjeta Internacional AMENA, que restituyeran las tarjetas en el plazo de 48 horas, y que requiriesen a sus distribuidores actuar de igual modo. Dichos correos electrónicos se aportan como documentos 2 al 22.

- (iii) Con fecha 11 de febrero de 2005, AMENA remitió burofaxes a los mismos mayoristas adjuntando el mismo escrito comunicado mediante correo electrónico. Se adjunta como documentos 23 al 44 copia de dichos burofaxes.
- (iv) Con fecha 21 de febrero de 2005, AMENA dispuso que su propio operador de logística pasase a recoger las tarjetas existentes en las dependencias de los distribuidores mayoristas de la red de Auna. (Se aportan sendos burofaxes como documentos 45 a 51). Por otra parte, según AMENA, respecto de los mayoristas de su propia red el procedimiento de devolución de productos es el ordinario. AMENA expone que el proceso de recogida de tarjetas es extremadamente complejo. Adjunta los documentos 52 y 53 como prueba de las comunicaciones mantenidas con Logista e Itálica (dos mayoristas de la red de AMENA), así como copia de los albaranes de recogida de las tarjetas y de las solicitudes de devolución (documento 54). Además, AMENA señala que ha reintegrado el importe prepagado por los mayoristas por las tarjetas devueltas tal y como demuestra el documento 55 adjunto.
- (v) Las instrucciones de retirada de las tarjetas en las Tiendas Mundo AMENA se transmitieron a través de los canales internos de comunicación habituales (jefes de venta de AMENA y supervisores de zona), distribuyéndose con fecha 18 de febrero de 2005, la guía y la solicitud de devolución (documento 56). Se adjunta como documento 57 copia de los albaranes de recogida de las tarjetas, así como resguardos acreditativos de los reembolsos realizados por las tarjetas devueltas (documento 58).
- (vi) A fecha de 4 de abril de 2005, se ha procedido a la reversión del proceso de comercialización de los canales de distribución de un volumen estimado de 110.443 tarjetas.
- (vii) Concluyendo, AMENA alega que procedió a comunicar a todos los distribuidores de su tarjeta con los que tenía una relación contractual y que, por lo tanto, conocía y se encontraban en el ámbito de su poder de disposición y control, el cese inmediato en la distribución y comercialización de la tarjeta, y a solicitar a los mismos la retirada de las tarjetas todavía no entregadas a los usuarios finales,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comprometiéndose AMENA al reintegro del importe de las tarjetas devueltas. Además, AMENA solicita a sus distribuidores que actúen con la máxima diligencia en el cumplimiento de las instrucciones recibidas, ya que de no hacerlo así AMENA se entendería facultada para resolver la relación contractual existente con los mismos. Asimismo, AMENA solicita expresamente a sus distribuidores que proceda de igual modo con las tarjetas que éstos hayan entregado a sus respectivos comercializadores, intentando por tanto extender el efecto de la Resolución incluso más allá de las relaciones contractuales sujetas a su facultad de disposición.

- (viii) Finalmente, AMENA añade que el 23 de febrero de 2005 manifestó ante la CMT su total disponibilidad para detallar las actuaciones realizadas, aclarar cualquier cuestión y adoptar cualquier otra medida adicional que la CMT considerara conveniente para dar cumplimiento a la Resolución de 3 de febrero de 2005.

D) Alegaciones indicando la ausencia del supuesto de hecho previsto en el artículo 53r) de la LGTel

AMENA alega que del escrito de apertura del procedimiento sancionador se deduce que éste se incoa por el presunto incumplimiento de una de las obligaciones establecidas en la Resolución de 3 de febrero de 2005, esto es la de no haber retirado en el plazo de cinco días de los canales de distribución y comercialización, las tarjetas todavía no entregadas a los clientes, al haberse constatado que con fecha 17 de febrero de 2005, la Tarjeta Internacional de AMENA continuaba disponible para los clientes en tres locales concretos y el 24 de febrero, en uno de ellos. Según AMENA, no hay ninguna afirmación ni el menor indicio de que AMENA no hubiera cumplido las restantes obligaciones que le fueron impuestas en la Resolución de 3 de febrero de 2005.

Según AMENA, ha cumplido con la obligación impuesta en la Resolución de 3 de febrero de 2005 relativa a la retirada de los canales de comercialización y distribución de las tarjetas dentro de los plazos señalados en dicha Resolución (5 días), realizando todas las actuaciones que podía realizar dentro de su ámbito de decisión y acción.

AMENA considera que la única interpretación posible de la Resolución de 3 de febrero de 2005 es la de entenderla referida a los canales de distribución directa de AMENA, concretamente, a las Tiendas Mundo AMENA y a los mayoristas tanto de Auna como los de la propia AMENA. De no ser así, dice AMENA que la Resolución de 3 de febrero de 2005 resultaría de imposible cumplimiento para AMENA dado que no está a su alcance retirar de los puntos de venta de las redes de distribución de sus mayoristas las tarjetas, puesto que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

AMENA no conoce la identidad de dichos puntos de venta ni tiene ninguna relación jurídica con los mismos.

De acuerdo con las instrucciones dadas por AMENA a las Tiendas Mundo AMENA, cualquier usuario que intentara adquirir la Tarjeta Internacional AMENA en una tienda Mundo AMENA debería haber recibido la misma respuesta que la obtenida por el Inspector en la tienda sita en la calle Toledo 57 de Madrid, esto es que AMENA había ordenado su retirada. La respuesta obtenida por el Inspector en la Tienda Mundo AMENA de la Plaza Callao 1 de Madrid, dónde pudo comprar la tarjeta como parte del Pack Individual, se debió a un error interno de ese distribuidor que entendió que la orden de retirar las tarjetas únicamente se refería a su presentación individual y no al Pack Internacional, tal y como él mismo reconoce en la carta adjunta como documento 59.

AMENA alega que no es responsable de que los revendedores integrantes de alguna de las redes de distribución de los mayoristas, tales como un quiosco o una tienda de alimentación china, hayan podido seguir vendiendo las tarjetas, ya que AMENA carece de relación jurídica contractual con los mismos, por lo que no está capacitada para requerirles legalmente el cese de la comercialización de las tarjetas -previamente pagadas y activadas- en su poder.

E) Alegaciones de AMENA sobre la falta de representatividad de la inspección realizada

AMENA alega que la inspección realizada en cuatro locales (dos Tiendas Mundo AMENA, un quiosco de prensa, y una tienda de alimentación china) no es indicativa de la realidad puesto que representa un porcentaje ínfimo de los locales en los que se distribuye la Tarjeta Internacional AMENA. Según AMENA, una inspección acorde con lo dispuesto en el artículo 12.1 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora hubiera requerido visitar un número representativo de las 164 Tiendas Mundo AMENA existentes, y de la veintena de mayoristas con relación contractual con AMENA, extendiendo las actuaciones a varias ciudades españolas. AMENA considera las inspecciones realizadas en el quiosco y la tienda de alimentación china totalmente irrelevantes ya que no forman parte de la red de distribución directa de AMENA.

AMENA alega que se le está imputando una falta muy grave sobre la base de haber encontrado tarjetas en un único local de los que componen el canal directo de comercialización de AMENA (las Tiendas Mundo AMENA), sin realizar actuaciones adicionales para precisar si en dicho canal la mayoría de locales vendía o no la Tarjeta Internacional AMENA.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, según AMENA no le fueron comunicadas las órdenes ni las actas de inspección no permitiéndosele realizar aclaraciones al respecto.

AMENA concluye diciendo que la inspección realizada no resulta ajustada a derecho ni incorpora indicios significativos de incumplimiento por parte de AMENA de la Resolución de 3 de febrero de 2005, por lo que solicita el archivo del expediente.

F) Alegaciones sobre la falta de culpabilidad

AMENA considera que, de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia vigente, el Derecho Administrativo Sancionador no admite la responsabilidad objetiva, sino que rige el principio de culpabilidad siendo necesario para poder sancionar que exista una acción u omisión imputable de modo directo a su autor por malicia o imprudencia, negligencia e ignorancia inexcusable.

Por otra parte, AMENA alude al artículo 137 de la LRJPAC según el cual *“los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario”*. De acuerdo con la jurisprudencia alegada, el derecho a la presunción de inocencia opera tanto respecto de la realidad de los hechos imputados como respecto de la exigencia de culpabilidad, entendida como nexo psicológico entre el autor y la conducta reprochada. Es decir, que la Administración tiene que demostrar la existencia de culpabilidad, sea a título de dolo o de simple negligencia, en el presunto infractor, no bastando, pues, con que demuestre objetivamente que éste ha incurrido en el tipo de la infracción.

Según AMENA, la carga de la prueba recae sobre la CMT. En este sentido, AMENA entiende que la presunción de inocencia de la que goza no ha sido destruida ni siquiera con carácter indiciario por lo que no se justifica la incoación de un expediente sancionador por prueba de cargo alguna que acredite la posible comisión de la infracción tipificada en el artículo 53r) de la LGTel.

G) Alegaciones sobre la falta de proporcionalidad

AMENA entiende que la apertura del presente procedimiento sancionador y la calificación de su conducta como infracción muy grave resultan desproporcionadas. La operadora señala que la posible sanción estaría basada en la detección de tarjetas en un único local de la red de distribución directa de AMENA, cuando AMENA cuenta con 164 Tiendas Mundo AMENA en el territorio nacional y sólo se han inspeccionado dos Tiendas Mundo AMENA con resultados contradictorios, siendo que además el distribuidor en el que se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

encontraron las tarjetas ha reconocido que actuó por error en contra de las instrucciones de AMENA.

DÉCIMO.- Con fecha 15 de noviembre de 2005, la Instructora del presente procedimiento sancionador incorporó al presente procedimiento los documentos obrantes en el expediente AEM 2004/1326 remitidos por la Dirección de Análisis Económico de esta Comisión.

UNDÉCIMO.- Con fecha 21 de diciembre de 2005, el Consejo de esta Comisión adoptó Acuerdo por el que se procede al cambio de Instructor en el presente procedimiento sancionador, sustituyendo a la que era Instructora hasta el momento, Doña María Fe Fontal Vila, y designando en su lugar a Doña Teresa Kuchkovsky Jiménez. Dicho Acuerdo se notificó tanto a la Instructora sustituida como a la nombrada, dándose traslado a ésta última de las actuaciones obrantes en el expediente de referencia.

DUODÉCIMO.- Con fecha 2 de febrero de 2006, el Consejo de esta Comisión resolvió ampliar en dos meses el plazo máximo de resolución y notificación del presente procedimiento sancionador iniciado en fecha 24 de febrero de 2005.

DÉCIMOTERCERO.- Con fecha 13 de marzo de 2006, la Instructora del presente procedimiento notificó a AMENA su propuesta de resolución adjuntando como anexo una relación de los documentos obrantes en el expediente sancionador de referencia.

En su propuesta de resolución la Instructora propuso: *“Archivar el expediente sancionador incoado a RETEVISIÓN MÓVIL S.A. en fecha 24 de febrero de 2005 por el presunto incumplimiento de la Resolución de esta Comisión de 3 de febrero de 2005 por la que se adoptan determinadas medidas cautelares en el marco del expediente AEM 2004/1326.”*

Asimismo se informó a AMENA de que dispone de un plazo de un mes, contado desde el día siguiente al del recibo de la notificación, para formular las alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes.

DECIMOCUARTO.- Con **fecha -----**, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de AMENA. A continuación se resumen dichas alegaciones:

Previa.- AMENA expone que explicó con todo detalle la forma de activación y comercialización de la Tarjeta Internacional Amena con la intención de demostrar que tras la notificación de la Resolución de 3 de febrero de 2005,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

AMENA había procedido a ejecutar todas las acciones que se encontraban dentro de su ámbito y poder de disposición con el único objetivo de dar cumplimiento a dicha Resolución. AMENA considera que de la documentación obrante en el expediente se desprende que no cabe apreciar indicios de conducta antijurídica debiéndose proceder al archivo del mismo.

Primera. - AMENA realiza las siguientes alegaciones en relación con los hechos que la Instructora considera probados:

a) AMENA manifiesta su total conformidad con el Hecho Probado Primero que concluye que, desde el 7 de febrero de 2005, AMENA no ha activado ninguna Tarjeta Internacional en cumplimiento del Resuelve Primero de la Resolución de 3 de febrero de 2005.

b) AMENA insiste en que únicamente tiene un vínculo contractual con las Tiendas Mundo AMENA y con los distribuidores mayoristas, no existiendo relación contractual alguna con la red de distribución de cada uno de los mayoristas. De ello se deriva que AMENA interprete la obligación de retirada de la tarjeta de los canales de distribución y comercialización como referida a los integrados por las Tiendas Mundo AMENA y los mayoristas, y no a canales de distribución que no controla. Por ello, AMENA solicita a la CMT que reconsidere el HECHO PROBADO SEGUNDO que concluye que transcurrido el plazo de cinco días hábiles desde la notificación de la Resolución, todavía no se habían retirado todas las tarjetas de los canales de distribución y de comercialización. Según AMENA, el hecho de que en la inspección realizada por la CMT en la Tienda Mundo AMENA de la Plaza Callao de Madrid se encontrara una Tarjeta Internacional como parte del "Pack Internacional" fue debido a un error del distribuidor y no es imputable a AMENA.

c) El HECHO PROBADO TERCERO concluye que desde el 7 de febrero de 2005 AMENA ha llevado a cabo una serie de actuaciones para cesar en la distribución de la Tarjeta Internacional AMENA y retirar de los canales de comercialización y distribución las tarjetas todavía no entregadas a los clientes. Como hecho que refuerza la voluntad de AMENA de cumplir la Resolución de 3 de febrero de 2005, AMENA aporta el acta de una reunión celebrada el día 8 de febrero de 2005 con carácter de urgencia con el fin de dar instrucciones a las Tiendas Mundo Amena en relación con el contenido de dicha Resolución. A dicha reunión asistieron el Director de los Canales de Distribución, los Coordinadores nacionales de las Unidades de Negocio, y los responsables de los canales de las tiendas propias de AMENA y franquicias.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

d) AMENA muestra su total conformidad con el HECHO PROBADO CUARTO que concluye que AMENA ha solicitado de la CMT la autorización previa de cualesquiera tarjetas de naturaleza similar a la Tarjeta Internacional AMENA.

Segunda.- En relación con el principio de tipicidad, AMENA considera que cumplió con la obligación de retirada de las tarjetas de los canales de distribución y comercialización impuesta en la Resolución de 3 de febrero de 2005, al realizar las actuaciones que estaban a su alcance.

Tercera.- Según AMENA, la información obrante en el expediente acredita que AMENA ordenó a los mayoristas – tanto de su propio canal de distribución, como del canal de distribución gestionado por AUNA – el cese de modo inmediato en la distribución de la Tarjeta Internacional AMENA en el plazo de cinco días, y la retirada de sus canales de distribución. AMENA expone que dicha orden se transmitió a las Tiendas Mundo AMENA a través de los canales internos de comunicación existentes con cada una de ellas, y en particular, en la reunión celebrada el día 8 de febrero con los responsables de este canal. Por ello, AMENA reitera que toda su red de distribución directa tenía instrucciones claras y precisas para dar cumplimiento a la Resolución de 3 de febrero de 2005. Según AMENA, el hecho de que en una Tienda Mundo AMENA se encontrara una tarjeta internacional como parte de un “Pack Internacional” se debió a un error del distribuidor. Además, AMENA apunta que es preciso tener en cuenta que el despliegue de medios y esfuerzos realizados para cumplir con la Resolución de 3 de febrero de 2005 iba dirigido fundamentalmente a sus mayoristas puesto que éstos representaban un porcentaje muy elevado respecto de la distribución de la Tarjeta Internacional en comparación con las tiendas propias de AMENA.

Por otra parte, según AMENA no es razonable ni ajustado a Derecho que se responsabilice a AMENA por el hecho de que los revendedores integrantes de alguna de las redes de distribución de los mayoristas (tiendas de alimentación china, quioscos de prensa) haya continuado vendiendo tarjetas transcurrido el plazo otorgado por esta Comisión para su retirada.

AMENA concluye mostrando su total conformidad con la propuesta de la Instructora de archivo del expediente por falta de culpabilidad, solicitando únicamente que se reconsidere el HECHO PROBADO SEGUNDO en la parte en la que se cuestiona concretamente la conducta de AMENA con respecto a los pequeños comercios desvinculados de AMENA. Asimismo solicitan que se incorpore como hecho probado la reunión celebrada el día 8 de febrero pues refuerza la intención de AMENA de cumplir y hacer cumplir la Resolución de 3 de febrero de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II. HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente han quedado probados, a los efectos del procedimiento de referencia, los siguientes hechos:

PRIMERO.- Que, en cumplimiento de lo establecido en el Resuelve Primero de la Resolución de 3 de febrero de 2005, a partir del 7 de febrero de 2005 AMENA no ha activado ninguna “Tarjeta Internacional AMENA”.

El Resuelve Primero de la Resolución de 3 de febrero de 2005 establecía lo siguiente: *“Primero.- Retevisión Móvil, S.A. deberá cesar de manera inmediata en la distribución comercial y en la activación técnica de la denominada “Tarjeta Internacional AMENA”.*

Según consta en el expediente (Documento número 53 del expediente AEM 2204/1326 incorporado al presente procedimiento) la citada Resolución fue notificada a AMENA el día 7 de febrero de 2005.

AMENA, en su escrito de alegaciones remitido a esta Comisión el día 4 de abril de 2005, explica el proceso de activación de la “Tarjeta Internacional AMENA”.

La “activación técnica” consiste en la acción que permite que un PIN determinado, impreso en una tarjeta, se habilite en la plataforma de gestión de crédito de IDT como válido para cursar tráfico. La activación de las tarjetas la lleva a cabo IDT, a solicitud siempre de AUNA, que cursa la solicitud a instancias de AMENA. El proceso de activación es distinto según se trate de distribuidores habituales de AMENA o de mayoristas distribuidores de Auna. En el primer caso, las tarjetas se activan en el momento de la salida del almacén, por lo que llegan tanto a las Tiendas Mundo AMENA, como al mayorista de la propia red de AMENA, ya activadas. Por el contrario, en el caso de los mayoristas integrantes de la red de distribución gestionada por Auna, la activación se realiza cuando AMENA indica que el mayorista en posesión de las tarjetas (todavía sin activar), ha realizado el pago de las mismas.

Según, consta en el escrito de AMENA de 4 de abril de 2005, desde la fecha en que AMENA tuvo conocimiento de la Resolución de 3 de febrero de 2005, no se ha procedido a activar ninguna “Tarjeta Internacional AMENA”.

En efecto, desde el día 7 de febrero de 2005, no se solicitó de IDT la activación de ninguna “Tarjeta Internacional AMENA”. Para acreditar esta circunstancia, AMENA aporta como Documento número 1 anexo a su escrito de 4 de abril de 2005, una certificación de fecha 29 de marzo de 2005 emitida por el jefe de ventas de IDT Spain, S.L. en los siguientes términos:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Por la presente, IDT Spain, S.L. (...) CERTIFICA que desde el día 7 de febrero de 2005 IDT PhoneCard Ireland, S.L. no ha procedido a la activación de ninguna tarjeta de las denominadas “Tarjeta Internacional AMENA”.

A los efectos de esta certificación se entiende por “activación” la acción que permite que un PIN determinado se habilite en la plataforma de gestión del crédito de IDT como válido para cursar tráfico”.

Además, ha de indicarse que la activación de las tarjetas no está relacionada con el uso de las mismas por el usuario final. En efecto, cuando el usuario adquiere la tarjeta, la misma ya tiene su PIN activado, con independencia de que el usuario la utilice o no. Como señala AMENA, podría darse el caso de un PIN activado cuya tarjeta no salga del almacén del distribuidor y no llegue a ser adquirida por un usuario final. De este modo, la primera llamada que se hace con la tarjeta no supone la “activación” de la misma, sino un proceso de utilización que es idéntico al que se produce en todas las llamadas posteriores. Por ello, se concluye que las tarjetas que están a la venta se encuentran operativas, sin que sea necesario que el usuario realice una primera llamada para proceder a su activación.

Por esta razón, la comprobación realizada en las inspecciones –de fechas 17 y 24 de febrero de 2005- de que las tarjetas adquiridas en el curso de las mismas se encontraban activas, no significa que las mismas se activaran en el momento de su compra o de la primera llamada, dado que éstas ya habían sido activadas en un momento anterior.

En virtud de lo expuesto, ha quedado acreditado que AMENA, desde el 7 de febrero de 2005, no ha activado ninguna “Tarjeta Internacional AMENA”.

SEGUNDO.- Que transcurrido el plazo de cinco días hábiles establecido en el Resuelve Segundo de la Resolución de 3 de febrero de 2005, no se habían retirado todas las tarjetas de los canales de comercialización y distribución.

Como se ha señalado anteriormente, la Resolución de 3 de febrero de 2005 fue notificada a AMENA el día 7 de febrero de 2005.

Según manifiesta AMENA en su escrito de alegaciones de 4 de abril de 2005, hasta que tuvo lugar el cese de su comercialización, la “Tarjeta Internacional AMENA” se distribuía a través de dos canales distintos: (i) Tiendas Mundo AMENA, vinculadas con AMENA por una relación comercial de franquicia, que vendían directamente las tarjetas a los usuarios finales; y (ii) distribuidores



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mayoristas, incluyendo los de la propia red de AMENA como los de Auna, que comercializaban las tarjetas a través de sus propios canales de distribución.

AMENA en su escrito de 4 de abril de 2005 señala que existen 164 Tiendas Mundo AMENA en todo el territorio nacional y 22 distribuidores mayoristas.

Pues bien, con el fin de comprobar si AMENA, en el plazo previsto en la Resolución (esto es, 12 de febrero de 2005), había procedido a la retirada de los canales de comercialización y distribución de las tarjetas todavía no entregadas a los clientes, los días 17 y 24 de febrero de 2005 se llevaron a cabo dos inspecciones.

La primera de ellas -17 de febrero de 2005- se llevó a cabo en los comercios que se especifican a continuación y con los resultados siguientes:

- (i) una Tienda Mundo AMENA situada en la plaza Callao número 1 de Madrid, en la que se adquirió el producto conocido como "Pack Internacional" que incluye la Tarjeta Internacional empaquetada junto con una tarjeta SIM (línea prepago gratis con tres euros) y un regalo de bienvenida de seis euros, sin que pudiera adquirirse la citada tarjeta de forma independiente.
- (ii) un quiosco de prensa, en el que se adquirió la Tarjeta Internacional AMENA contra el reembolso de cinco euros.
- (iii) una tienda de alimentación china, en el que se adquirió la Tarjeta Internacional AMENA contra el reembolso de cinco euros.

En los tres casos, el Inspector actuante comprobó que los productos adquiridos estaban activos y operativos para la realización de llamadas, estableciendo el propio Inspector una llamada con las tres tarjetas adquiridas con duración disponible de seis minutos.

Por su parte, la segunda inspección se realizó el 24 de febrero de 2005, en los comercios que se especifican a continuación y con los resultados siguientes:

- (i) una Tienda Mundo AMENA situada en la plaza Callao número 1 de Madrid, en la que se adquirió el producto conocido como "Pack Internacional" que incluye la Tarjeta Internacional empaquetada junto con una tarjeta SIM (línea prepago gratis con tres euros) y un regalo de bienvenida de seis euros, sin que pudiera adquirirse la citada tarjeta de forma independiente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- (ii) una Tienda Mundo AMENA situada en la calle Toledo número 57 de Madrid, en la que el empleado de la tienda comunica al Inspector la no disponibilidad de la Tarjeta Internacional ni del llamado "Pack Internacional" al haber sido retirados por parte de AMENA del mercado.

En el primer caso, el Inspector actuante comprobó que el producto adquirido estaba activo y operativo para la realización de llamadas, estableciendo el propio Inspector una llamada con la tarjeta adquirida con duración disponible de seis minutos.

Como consecuencia de las dos inspecciones realizadas, ha quedado acreditado que una vez transcurrido el plazo de 5 días hábiles previsto en el Resuelve segundo de la Resolución de 3 de febrero de 2005, todavía se estaba comercializando la "Tarjeta Internacional AMENA" en una Tienda Mundo AMENA, dentro del denominado "Pack Internacional".

En relación con la tarjeta adquirida durante la inspección en la Tienda Mundo AMENA situada en la plaza Callao número 1 de Madrid, AMENA manifiesta en su escrito de alegaciones de 4 de abril de 2005, que *"debido a un error interno de ese distribuidor (...) siguió vendiendo durante algunos días tarjetas dentro del denominado "Pack Internacional" por un malentendido, en contra de las instrucciones recibidas de AMENA, al entender que la orden de retirar de la venta la Tarjeta se refería sólo a su presentación individual"*.

Asimismo, adjunta como Documento 59 anexo al escrito de 4 de abril de 2005 una carta de fecha 30 de marzo de 2005 del distribuidor EUROMOVIL COMUNICA, S.L. (propietario de la Tienda Mundo AMENA situada en la Plaza Callao 1) dirigida a AMENA poniendo de manifiesto el error cometido al comercializar la "Tarjeta Internacional AMENA", en el siguiente sentido:

"Lamentablemente y en contra de las instrucciones recibidas de ustedes ordenando la retirada de la venta de la tarjeta internacional AMENA, les informamos que, debido a un malentendido interno, nuestro personal de la tienda Mundo AMENA situada en la Plaza de Callao número 1 de Madrid continuó vendiendo la tarjeta hasta los últimos días de febrero, al entender que la retirada de la tarjeta estaba referida solamente a su venta individualizada, pero no a su venta dentro del llamado Pack Internacional, que es el que se continuó vendiendo."

En todo caso, la propia AMENA reconoce en su escrito de 5 de abril de 2005 que en esa fecha se había procedido a revertir el proceso de distribución comercial de los canales de distribución de un volumen de 110.433 tarjetas, de las 370.000 tarjetas que, según su propio escrito de 30 de diciembre de 2004



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(Documento 42 del Expediente AEM 2004/1326 incorporado al presente procedimiento sancionador) estimaba que se encontraban comercializadas.

Por ello, ha quedado acreditado que una vez transcurrido el plazo de cinco días previsto en el Resuelve segundo de la Resolución de 3 de febrero de 2005, AMENA no había retirado de los canales de comercialización y distribución las tarjetas todavía no entregadas a los clientes.

TERCERO.- Que desde el 7 de febrero de 2005 AMENA ha llevado a cabo una serie de actuaciones para cesar en la distribución de la “Tarjeta Internacional Amena” y retirar de los canales de comercialización y distribución las tarjetas todavía no entregadas a sus clientes.

Con el fin de cesar en la distribución comercial y retirar de los canales de comercialización las tarjetas existentes, AMENA ha llevado a cabo una serie de actuaciones que a continuación se exponen:

- **Mayoristas integrantes de la propia red de AMENA y de la red de gestionada por Auna:**
 1. Con fecha 10 de febrero de 2005, AMENA comunicó mediante correo electrónico a sus 22 mayoristas, la Resolución de la CMT de 3 de febrero de 2005, solicitando de los mismos que de modo inmediato cesasen en la distribución de la “Tarjeta Internacional AMENA”, restituyesen cualquier mercancía que pudiera obrar en su poder en el plazo de 48 horas y requiriesen, a su vez, a sus distribuidores a que procediesen de igual modo.

En concreto, el contenido del correo electrónico es el siguiente:

“Estimados Sres:

Con fecha 7 de febrero de 2005, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha ordenado a AMENA:

1.- Cesar de manera inmediata en la distribución comercial y en la activación técnica de la denominada Tarjeta Internacional AMENA.

2.- En el plazo de cinco días, desde la notificación de la presente Resolución, AMENA deberá retirar de los canales de comercialización y distribución tarjetas todavía no entregadas a los clientes.

En cumplimiento de lo dispuesto por la Comisión, AMENA se ve obligada a poner todos los medios que estén a su alcance para retirar de los canales de comercialización y distribución las tarjetas todavía no entregadas a clientes, por ello, solicita



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

encarecidamente a –distribuidor- como distribuidor del producto “Tarjeta Internacional” a que de modo inmediato:

- *Cese en la distribución del producto Tarjeta Internacional.*
- *Restituya cualquier mercancía que pudiera obrar en su poder en el plazo de 48 horas.*
- *Y, requiera, a su vez, a sus distribuidores a que procedan de igual modo. Lo que implica trasladar la orden de cesar en la distribución y comercialización del producto y proceder a la devolución, inmediata, de las tarjetas activadas o no activadas que pudieran obrar en poder de éstos.*

Como consecuencia del proceso de reversión de distribución comercial, AMENA se compromete a devolver a sus distribuidores lo importes del producto que le sea devuelto.

Al amparo del contrato suscrito entre ambas partes, AMENA ruega a –distribuidor- obre diligentemente y ponga todos los medios a su alcance para hacer efectivas las indicaciones anteriores, en caso contrario, esta entidad se vería obligada a resolver definitivamente la relación contractual existente por incumplimiento de las obligaciones que le incumben”.

AMENA adjunta como documentos números 2 a 22 anexos a su escrito de 4 de abril de 2005, copia de los correos electrónicos remitidos a los siguientes mayoristas:

AMENA	AUNA
Telecor, S.A.	Globaltel Baleares, S.L.
NMC, S.A.	Petchora Ibergropur
Endesa Energía, S.A.	Vivaline Comunicaciones 2003, S.L
Logista Expendedurías	Converxis Telecom, S.L.
Uritel 2000	Globaltel Canarias, S.L.,
Hello Telefonía y Comunicaciones, S.L.	Valdephone Telecomunicaciones, S.L.,
Investrónica distribuidor Informática Avanzada	Global Conversa Comunicaciones, S.L
Ingram Micro, S.A.	Telecom Trade Trust Corp, S.L.,
Distel Telefonía y Comunicaciones	Tele-Open, S.L.
Itálica, S.A	
AN-Post Transaction Services, S.A.U.	
Acom	
Dominon Logista	

2. Posteriormente, con fecha 11 de febrero de 2005, AMENA envió un burofax a sus mayoristas, adjuntando el mismo escrito comunicado mediante correo electrónico el día 10 de febrero de 2005.

Se adjuntan como documentos 23 a 44 anexos al escrito de 4 de abril de 2005, copia de los burofaxes remitidos a los mayoristas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Como consecuencia de las notificaciones enviadas, algunos mayoristas de la red gestionada por Auna comunicaron a AMENA la existencia de stocks de tarjetas para devolver. En concreto, se trataba de los siguientes distribuidores: Globatel Baleares, S.L., Converxis Telecom, S.L., Globatel Canarias, S.L., Valdephone Telecomunicaciones, S.L., Global Conversa Comunicaciones, S.L., Telecom Trade Trust Corp, S.L. y Tele-Open, S.L..

AMENA dispuso de su propio operador de logística para recoger dichas tarjetas, informando del procedimiento de devolución mediante un burofax enviado a los distribuidores mencionados con fecha 21 de febrero de 2005.

En concreto, en dicho burofax AMENA informa a los distribuidores que *“en los próximos días nuestro operador de Logística se pondrá en contacto con Vdes. para pasar a recoger en sus instalaciones las unidades de “Tarjeta Internacional AMENA” que ya nos ha indicado que quedan en su poder”*.

Se adjuntan como Documentos 45 a 51 anexos al escrito de 4 de abril de 2005, copia de los burofaxes remitidos.

En el caso de los mayoristas propios de la red de AMENA, según señala el operador, el procedimiento de devolución es el establecido para la devolución de cualquier producto, por lo que no fue necesaria comunicación alguna al respecto.

4. Asimismo, AMENA, en los Documentos 52 a 54 anexos al escrito de 4 de abril de 2005, adjunta copia de las solicitudes de devolución de tarjetas recibidas por los siguientes distribuidores de AMENA y de AUNA: Globatel Canarias, S.L., Valdephone Telecomunicaciones, S.L., Logista Expendedurías, Uritel 2000, Investrónica Distribuidor Informática Avanzada, Global Conversa, Telecom Trade Trust y Dominon Logista.
5. En cuanto al procedimiento de devolución de las tarjetas, AMENA adjunta como Documento 54 anexo al escrito de 4 de abril de 2005, copia de los albaranes de recogida de las tarjetas de los siguientes mayoristas de AMENA y AUNA: Globatel Baleares, S.L., Telecor, S.A., NMC, S.A., Endesa Energía, S.A., Converxis Telecom, S.L., Tele-Open, S.L., Hello Telefonía y Comunicaciones, S.L., Ingram Micro, S.A., Distel Telefonía y Comunicaciones, Distribuidora Itálica, S.A., Global Conversa, Telecom Trade Trust y AN-Post Transaction Services, S.A.U.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ha de indicarse que según consta en la documentación remitida, la recogida de las tarjetas de los distribuidores anteriores se llevó a cabo entre el 14 de febrero de 2005 y el 3 de marzo de 2005.

6. Como consecuencia del proceso de retirada de las tarjetas, AMENA procedió a la devolución de las correspondientes cantidades a aquéllos mayoristas que habían prepagado la activación de las tarjetas. A modo de ejemplo, AMENA aporta como Documento 55 anexo al escrito de 4 de abril de 2005 algunos resguardos acreditativos de los reembolsos efectuados.

En concreto, se trata de devoluciones efectuadas a Hello Telefonía y Comunicaciones, S.L., Distribuidora Itálica, S.A., Investrónica, S.A., Globatel Baleares, S.L., Ingram Micro, S.A., Distel Telefonía y Comunicación, S.L., Investrónica, S.A., NMC, S.A., AN POST TRANSACTION SERVICES, S.A.U.

Se adjunta, a continuación, un cuadro resumen con las actuaciones practicadas por AMENA con sus mayoristas y los de AUNA, con el fin de retirar de los canales de distribución y comercialización las tarjetas todavía no entregadas a sus clientes.

a) Actuaciones con los mayoristas de la red de AMENA:

Distribuidores AMENA (Docs. 2-22 anexos a escrito de 4 abril 2005)	Solicitud de distribuidores a AMENA para proceder a la devolución de las tarjetas (Doc. 54 anexo a escrito de 4 de abril de 2005)	Albaranes de recogida de las tarjetas retiradas Doc. 54 anexo a escrito de 4 de abril de 2005
TELECOR, S.A.		Fecha albarán: 28-02-05, 02-03-05 y 15-03-05 Recogida: 03-03-05
NMC, S.A.		Fecha albarán: 21-02-05 Recogida: 22-02-05
ENDESA ENERGÍA, S.A.		Fecha albarán: 22-02-05 Recogida: 03-03-05
CONVERXIS TELECOM, S.L.		Fecha albarán: 28-02-05 Recogida: 03-03-05
LOGISTA EXPENDIDURÍAS	01-03-05 y 02-03-05	
URITEL 2000	07-01-05 y 01-03-05	
HELLO TELEFONÍA Y COMUNICACIONES, S.L.		Fecha albarán: 24-02-05 Recogida: 28-02-05
INVESTRONICA DISTRIBUIDOR INFORMÁTICA AVANZADA	14-02-05	
INGRAM MICRO, S.A.		Fecha albarán: 14-02-05 Recogida: 22-02-05
DISTEL TELEFONÍA Y COMUNICACIONES		Fecha albarán: 24-02-05 Recogida: 28-02-05



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DISTRIBUIDORA ITALICA, S.A.		Fecha albarán: 23-02-05 Recogida: 28-02-05
ACOM		
DOMINION LOGISTICA	14-02-05	
AN-POST TRANSACTION SERVICES, S.A.U.		Fecha albarán: 22-02-05

b) Actuaciones con los mayoristas de la red de AUNA:

Distribuidores AUNA (Docs. 2-22 anexos a escrito de 4 abril 2005)	Comunicación de AMENA de fecha 21-02-05 en relación con el procedimiento de devolución de tarjetas por parte de los distribuidores que comunicaron stock de tarjetas a devolver. (Docs. 45-51 anexos a escrito 4 abril 2005)	Solicitud de distribuidores a AMENA para proceder a la devolución de las tarjetas (Doc. 54 anexo a escrito de 4 de abril de 2005)	Albaranes de recogida de las tarjetas retiradas Doc. 54 anexo a escrito de 4 de abril de 2005
GLOBALTEL BALEARES, S.L.	X		Fecha albarán 22-02-05
VIVALINE TELECOMUNICACIONES 2003, S.L.			
CONVERXIS TELECOM, S.L.	X		Fecha albarán: 28-02-05 Recogida: 03-03-05
GLOBALTEL CANARIAS, S.L.	X	01-03-05	
VALDEPHONE TELECOMUNICACIONES, S.L.	X	15-03-05	
GLOBAL CONVERSA COMUNICACIONES, S.L.	X	17-03-05	Recogida: 28-3-05
TELECOM TRADE TRUST CORP, S.L.	X	16-3-05	Recogida:
TELE-OPEN, S.L.	X		Fecha albarán: 22-02-05 Recogida: 24-02-05
PETCHORA IBERGROUP			

- Tiendas Mundo AMENA.

Como se ha señalado anteriormente, AMENA dispone de 164 Tiendas Mundo AMENA en todo el territorio nacional.

En las Tiendas Mundo AMENA, las instrucciones para la retirada de la comercialización de las tarjetas se transmitieron a través de los canales de comercialización habituales (jefes de venta de AMENA). Concretamente, tal y como acredita el acta aportada por AMENA durante el trámite de audiencia, el día 8 de febrero de 2005 tuvo lugar una reunión urgente entre el Director de los Canales de Distribución de AMENA, los Coordinadores Nacionales de las Unidades de Negocio, y los responsables de los canales de las tiendas propias y franquicias de AMENA en la que se les ordena el cese en la comercialización de la Tarjeta Internacional Amena y su retirada de dichos puntos de venta.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De conformidad con el acta de dicha reunión, el asunto tratado fue el siguiente: *“Se he recibido una resolución por parte de la CMT, ordenándonos el cese inmediato en la venta de la Tarjeta Internacional, y su recogida en los puntos de venta y esta orden debe trasladarse inmediatamente al canal”*. Tal y como recoge el acta de dicha reunión, las conclusiones a las que se llegaron fueron las siguientes: *“Comunicar inmediatamente a los responsables de las cuentas de suministro directo, el cese inmediato en la venta de la Tarjeta Internacional, y la devolución de las que tienen en su poder. (...) lo hará saber a mayoristas y a las personas responsables de las cuentas de suministro directo.”*

Además, el acta de dicha reunión incluye un apartado de Comentarios que muestran las actuaciones realizadas por AMENA en relación con las Tiendas Mundo AMENA: *“(...) como Director de canales de Distribución, dice que puede asumir el recoger todas las tarjetas que hemos suministrado directamente. Es decir podemos recoger, las que se han servido a los mayoristas, que todavía no han bajado al canal, y todas las enseñas de suministro directo entre las que se encuentran las franquicias. El Coordinador Nacional de franquicias, comenta que él comunicará a los Coordinadores de Ventas de franquicias el cese inmediato en la venta de las tarjetas, y la necesidad de devolución inmediata de las mismas a AMENA. (...) hará lo mismo con el resto de la distribución comunicando directamente la situación a mayoristas y personas responsables de las cuentas de suministro directo.”*

Asimismo, con fecha 18 de febrero de 2005, AMENA envió a los jefes de venta un correo electrónico en el que se adjuntaba una guía para llevar a cabo la retirada de tarjetas y una solicitud de devolución de las mismas. (Documento número 56 anexo al escrito de 4 de abril de 2005).

En concreto, en dicho correo electrónico AMENA indica a sus jefes de venta lo siguiente: *“Como sabéis tenemos que devolver con carácter urgente las tarjetas y los pack internacionales a logística de AMENA. Os adjunto la guía y la solicitud que tienen que enviar los franquiciados”*.

Al igual que en el caso de los mayoristas, como consecuencia del correo electrónico anterior, las Tiendas Mundo AMENA procedieron a devolver las correspondientes tarjetas. A modo de ejemplo, AMENA remite como Documento 57 anexo al escrito de 4 de abril de 2005, copias de algunos albaranes de recogida de las tarjetas de distintas Tiendas Mundo AMENA.

Finalmente, AMENA aporta, como Documento 58, copia de algunos resguardos acreditativos de los reembolsos efectuados a diversas Tiendas Mundo AMENA a raíz de la devolución de las tarjetas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, como consecuencia de todas las actuaciones practicadas, AMENA manifiesta que el día 4 de abril de 2005, había procedido a retirar del mercado un volumen estimado de 110.443 tarjetas de un total de 370.000 que, según su propio escrito de 30 de diciembre de 2004 (Documento 42 del Expediente AEM 2004/1326 incorporado al presente procedimiento sancionador) estimaba que se encontraban comercializadas.

En virtud de lo expuesto, ha de concluirse que desde el 7 de febrero de 2005 AMENA ha ordenado el cese en la comercialización y la retirada de las tarjetas existentes, lo que acredita el cese en la distribución comercial de la “Tarjeta Internacional AMENA”, entendiéndose por tal el lanzamiento de nuevas remesas de dicha tarjeta al mercado.

Asimismo, del análisis de la información obrante en el expediente, se concluye que AMENA ha llevado a cabo una serie de actuaciones para retirar de los canales de comercialización y distribución las tarjetas todavía no entregadas a sus clientes.

CUARTO.- Que AMENA ha solicitado de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la autorización previa de cualesquiera tarjetas de naturaleza similar a la “Tarjeta Internacional AMENA”.

El Resuelve Tercero de la Resolución de 3 de febrero de 2005 establecía la siguiente obligación: *“Tercero.- Mientras se tramita el presente expediente, Retevisión Móvil deberá solicitar de la CMT la autorización previa de cualesquiera tarjetas de naturaleza similar a la “Tarjeta Internacional AMENA”.* En cumplimiento de lo dispuesto en dicha Resolución, AMENA en dos ocasiones ha solicitado a esta Comisión autorización previa de tarjetas.

Así, mediante la Resolución de fecha 20 de octubre de 2005 (AEM 2005/1124) se autorizó a AMENA al lanzamiento del «Módulo Internacional de AMENA» para tarjetas de 5 y 10 euros de valor facial. Posteriormente, con fecha 15 de diciembre de 2005, el Consejo de esta Comisión autorizó la modificación de tarifas del «Módulo Internacional de AMENA» para tarjetas de 5 y 10 euros de valor facial (AEM 2005/1684).

Por lo tanto, ha de concluirse que AMENA ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Resuelve tercero de la Resolución de 3 de febrero de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para resolver el presente procedimiento sancionador.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.3 j) y 50.7 de la Ley 32/2004, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, "LGTel"), corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.

El pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, de conformidad con lo establecido en el artículo 58 letra a) de la vigente LGTel, en el que se dispone que la competencia sancionadora corresponderá «a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 5 (...). Dentro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la imposición de sanciones corresponderá: 1º) Al Consejo, respecto de las infracciones muy graves y graves.»

SEGUNDO.- Tipificación de los hechos probados.

El presente procedimiento sancionador se incoa por la presunta comisión de una infracción tipificada como infracción muy grave por el artículo 53.r) de la LGTel, que califica como infracción muy grave *"el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes"*.

Concretamente, la Resolución cuyo incumplimiento da lugar a la infracción es la Resolución de 3 de febrero de 2005 por la que se adoptan determinadas medidas cautelares sobre la Tarjeta Internacional AMENA dictada en el marco del expediente AEM 2004/1326. Dicha Resolución estableció con claridad tres obligaciones:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Primero.- Retevisión Móvil S.A. deberá cesar de manera inmediata en la distribución comercial y en la activación técnica de la denominada “Tarjeta Internacional AMENA”.

Segundo.- En el plazo de cinco días desde la presente resolución, RETEVISION MOVIL deberá retirar de los canales de comercialización y distribución las tarjetas todavía no entregadas a los clientes.

Tercero.- Mientras se tramita en presente expediente, Retevisión Móvil deberá solicitar de la CMT la autorización previa de cualesquiera tarjetas de naturaleza similar a la “Tarjeta Internacional AMENA”.

En primer lugar, ha quedado acreditado que el día 7 de febrero de 2005, AMENA recibió validamente la notificación de dicha Resolución.

En segundo lugar, de lo expuesto en el HECHO PROBADO TERCERO cabe deducir que desde la notificación de la citada Resolución, AMENA cesó en la distribución comercial de la Tarjeta Internacional AMENA, entendiendo por tal el lanzamiento de nuevas remesas de dicha tarjeta al mercado.

En tercer lugar, tal y como se expone en el HECHO PROBADO PRIMERO ha quedado acreditado que el día en que le fue notificada la citada Resolución, AMENA cesó en la activación técnica de la Tarjeta Internacional AMENA, cumpliendo por lo tanto la segunda obligación impuesta por el Resuelve Primero de dicha Resolución.

En cuarto lugar, en cumplimiento del Resuelve Tercero de la citada Resolución, AMENA ha solicitado de esta Comisión la autorización previa de las tarjetas de naturaleza similar a la Tarjeta Internacional AMENA. Dichas solicitudes han sido resueltas por esta Comisión en el marco de los expedientes con referencia AEM 2005/1124 y AEM 2005/1684, tal y como se recoge en el HECHO PROBADO CUARTO.

Por último, tal y como acreditan las dos inspecciones realizadas y se expone en el HECHO PROBADO SEGUNDO, transcurrido el plazo de cinco días hábiles establecido en el Resuelve Segundo de la Resolución de 3 de febrero de 2005, no se habían retirado de los canales de comercialización y distribución las tarjetas todavía no entregadas a los clientes, por lo que AMENA ha incumplido el Resuelve Segundo de la citada Resolución, incurriendo en una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En contestación a las alegaciones de AMENA en las que interpreta la obligación de retirada de las Tarjetas como referida únicamente a los canales que ella misma controla directamente, es decir Tiendas Mundo AMENA y mayoristas, es preciso señalar, que la obligación impuesta a AMENA por esta Comisión en fecha de 3 de febrero de 2005 de *“retirar de los canales de comercialización y distribución las tarjetas todavía no entregadas a clientes”* se adoptó como medida cautelar necesaria y urgente con el fin de evitar la expulsión del mercado de otros operadores que comercializaban tarjetas prepago, y por lo tanto requería la retirada del mercado por completo de la Tarjeta Internacional AMENA. Así, la Resolución de 3 de febrero de 2005 impone una obligación a AMENA que ha de ser considerada en su totalidad, sin que sea posible excluir ningún canal de distribución.

Por lo tanto, concurre tipicidad en la conducta de AMENA al no haberse retirado de los canales de comercialización y distribución las tarjetas todavía no entregadas a los clientes en el plazo de cinco días hábiles establecido en el Resuelve Segundo de la Resolución de 3 de febrero de 2005. Otra cosa es, que el hecho de no cumplir en toda su extensión la obligación de retirada de las tarjetas de los canales de distribución sea imputable o no a AMENA a título de culpabilidad.

TERCERO.- Culpabilidad de AMENA en la comisión de la infracción.

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.

Si bien históricamente se había admitido la responsabilidad objetiva en la imposición de sanciones administrativas, actualmente la jurisprudencia afirma sin excepción la aplicabilidad del principio de culpabilidad al ámbito del procedimiento administrativo sancionador, de lo que son reflejo, entre otras muchas, las siguientes sentencias:

- (i) Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril:
“(...) Ello no puede llevar a la errónea conclusión de que se haya suprimido en la configuración del ilícito tributario el elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa. En la medida en que la sanción de las infracciones tributarias es una de las manifestaciones del ius puniendi del estado, tal resultado sería inadmisibles en nuestro ordenamiento. (...) en el nuevo artículo 77.1 de la Ley General



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tributaria sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente”.

- (ii) Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1995: *“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.”.*
- (iii) 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”.*
- (iv) 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”.*

La redacción del artículo art. 130.1 LRJPAC ha sido un tanto controvertida respecto del elemento subjetivo de la culpabilidad al establecer:

“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.”

No obstante, la doctrina jurisprudencial ha confirmado que el principio estructural básico de la culpabilidad, incompatible con un régimen de responsabilidad objetiva, está contemplado en el artículo 130.1 de la LRJPAC, tal y como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2004. En este sentido se expresa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Andalucía/Granada 28 noviembre 1994 (RJCA 1995/678):

“Asimismo se alega la inexistencia de culpabilidad a título de dolo o culpa. Pero es evidente que el incumplimiento por la Empresa de medidas de obligada observancia constituye al menos una negligencia y, como tal, debe ser calificada de conducta culposa.” (F.D. 5)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la Jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero 1991 en su Fundamento de derecho 4 enuncia claramente la conceptualización del principio de culpabilidad:

“Por último en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse, que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta. No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe.”

Por otra parte, de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia, la presunción de inocencia es un principio rector del ordenamiento administrativo sancionador. Así lo recoge el artículo 137.1 de la LRJPAC que establece: *“Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.”* De ello se deduce que la existencia de culpa, y por ello de responsabilidad, requiere prueba de cargo suficiente, aportada por la Administración, en la que se acredite además del componente objetivo de la infracción, su elemento subjetivo, es decir la culpabilidad del sancionado, sin que éste tenga la carga de acreditar su falta de culpabilidad.

Por todo ello, **es preciso analizar si en virtud de los hechos probados concurre el elemento de la culpabilidad en la conducta llevada a cabo por AMENA.**

Ha de indicarse que nada en el expediente administrativo de referencia induce a pensar en una supuesta intencionalidad o dolo por parte de AMENA respecto del hecho de que no se hubieran retirado todas las tarjetas de los canales de distribución de AMENA a los cinco días hábiles de la notificación de la Resolución de 3 de febrero de 2005 por la que se adoptaron medidas cautelares en el marco del expediente AEM 2004/1326. Más bien al contrario, de todas las actuaciones realizadas por AMENA acreditadas en los HECHOS PROBADOS se deduce que la intención de AMENA fue la de cumplir la citada Resolución en su totalidad, incluida la obligación de retirar las tarjetas en el plazo de cinco días.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ha de determinarse, entonces, si la existencia en el mercado de Tarjetas Internacionales AMENA pasados los cinco días desde la notificación de la Resolución de 3 de febrero de 2005 es imputable a AMENA a título de negligencia; esto es, si revela la falta de aquella diligencia que AMENA tendría que aplicar en el cumplimiento de su obligación de realizar las actuaciones necesarias para cumplir con dicha Resolución.

La negligencia implica un juicio de desaprobación o reproche, en el sentido de que la persona que actúa negligentemente actúa sin la diligencia debida pudiendo haberlo hecho. En el caso que nos ocupa, se considera que en el plazo de cinco días hábiles AMENA realizó todas las actuaciones que serían exigibles a un operador diligente al solicitar tanto a sus distribuidores mayoristas como a las Tiendas Mundo AMENA el cese inmediato en la distribución de la Tarjeta Internacional AMENA y la restitución de dichas tarjetas en el plazo de 48 horas, poniendo en marcha a continuación un complejo dispositivo de logística para la recogida de tarjetas y el reintegro de las mismas a los distribuidores.

Respecto de la distribución de tarjetas a través de pequeños comercios desvinculados de AMENA tales como tiendas de alimentación, quioscos de prensa o locutorios, no puede sino tenerse en cuenta las alegaciones de AMENA entendiendo que no estaba en su mano requerir a dichos comercios la retirada de sus tarjetas al no tener relación jurídica alguna con ellos, no pudiendo hacer otra cosa que requerir a sus distribuidores mayoristas que trasladaran a dichos comercios las órdenes de retirada. A este respecto ha quedado acreditado que AMENA solicitó a sus distribuidores que trasladaran a sus clientes – es decir a los quioscos, locutorios y demás comercios- la orden de cese en la comercialización de las tarjetas y de devolución inmediata de las tarjetas, bajo amenaza de resolver sus respectivos contratos en caso de que los distribuidores no actuaran diligentemente. Por lo que tampoco cabe entender que AMENA obró negligentemente respecto de tales comercios.

En definitiva, se considera que de la documentación obrante en el presente expediente no puede concluirse que en la conducta de AMENA haya concurrido el elemento de la culpabilidad necesario para proceder a sancionar la infracción realizada al no cumplir en toda su extensión la obligación de retirada de tarjetas de los canales de distribución impuesta por Resolución esta Comisión de 3 de febrero de 2005 por la que se adoptaron medidas cautelares en el marco del expediente AEM 2004/1326.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos de derecho, esta Comisión, en uso de las competencias que tiene atribuidas para el ejercicio de la potestad sancionadora,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

ÚNICO.- Archivar el expediente sancionador incoado a RETEVISIÓN MÓVIL S.A. en fecha 24 de febrero de 2005 por el presunto incumplimiento de la Resolución de esta Comisión de 3 de febrero de 2005 por la que se adoptan determinadas medidas cautelares en el marco del expediente AEM 2004/1326.

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 dos del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera