



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA

Que en la Sesión nº 32/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 25 de septiembre de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente RO 2008/551, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR RO 2008/551 INCOADO CONTRA EL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE FORNELLS DE LA SELVA POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 6.2 LGTEL.

Finalizada la instrucción del presente expediente sancionador incoado contra el AYUNTAMIENTO DE FORNELLS DE LA SELVA por Acuerdo del Consejo de esta Comisión de 10 de abril de 2008 y, vista la propuesta de resolución elevada a este Consejo por el instructor del citado procedimiento sancionador, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. --/08 del día de la fecha, la siguiente Resolución

I

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Esta Comisión tuvo conocimiento a través de diversos correos electrónicos remitidos a su centro de información, de la posible explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por parte de GESMEDIA, GESTIONS MULTIMÈDIA, S.C. (en adelante, GESMEDIA) en diversas localidades de la Comunidad Autónoma de Cataluña, sin cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 6.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En uno de los correos electrónicos recibidos se hace referencia a la información contenida en la página web www.xarxeslocals.org. De esta página web, se obtuvo información sobre la iniciativa denominada como “*Xarxes Locals*”, que pretende el impulso, por parte de “*ayuntamientos o entidades*”, del acceso a internet mediante la instalación de redes inalámbricas. En dicha página web se menciona a GESMEDIA como entidad encargada de ofrecer una solución integral, consistente en la instalación de la red, con su posterior mantenimiento, acceso a internet, gestión de clientes, soporte técnico, funcionamiento, facturación a los clientes, etc. Además son citadas como poblaciones adheridas al proyecto las siguientes: Caldes de Malavella, Quart, Sant Andreu Salou, Bordils, Espinelves, Fornells de la Selva y Campllong.

SEGUNDO.- Consultado el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (en adelante, Registro de Operadores) dependiente de esta Comisión, la entidad GESMEDIA no constaba inscrita como persona autorizada para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

TERCERO.- Mediante escrito de 6 de septiembre de 2006, esta Comisión puso en conocimiento de GESMEDIA la información que había recibido en relación con la posible explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por parte de dicha entidad, así como la necesidad de notificación previa a esta Comisión, con anterioridad al inicio de la actividad, en los términos establecidos en el Reglamento sobre las condiciones para la 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.

En el referido escrito esta Comisión comunicó a GESMEDIA la apertura de un procedimiento de información previa, de conformidad con 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) y del artículo 12 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 agosto, con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento sancionador, solicitando a dicha entidad la aportación, en su caso, de la información que considerase oportuna en relación con el establecimiento de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en determinadas poblaciones, entre las que se encontraba el Ayuntamiento de Fornells de la Selva. Este escrito fue notificado a la entidad GESMEDIA el día 13 de septiembre de 2006, de acuerdo con el resguardo postal remitido a esta Comisión, sin que se haya recibido alegación alguna al respecto por parte de GESMEDIA (Documento 1).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO.- En el ámbito del período de información previa de referencia, mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 21 de marzo de 2007, se solicitó la intervención de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información dependiente del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, al amparo de lo establecido en el artículo 48.3 letra i) de la LGTel, para la realización de una inspección técnica en relación con la posible instalación de redes de comunicaciones electrónicas que utilicen el dominio público radioeléctrico, supuestamente a través de frecuencias de uso común, en las siguientes poblaciones: Bordils, Espinelves, Campllong, Sant Andreu Salou, Fornells de la Selva, Caldes de Malavella y Quart (Documento 2).

QUINTO.- Con fecha 30 de abril de 2007, la Subdirección General de Inspección y Supervisión de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información remitió a esta Comisión la documentación del resultado de la inspección realizada (Documento 3). Los documentos remitidos son los siguientes:

- Fotocopia del contrato privado de constitución de GESMEDIA como Sociedad Civil de carácter particular.
- Fotocopia de un documento donde se indica que D. Francesc Navarra i García (socio de GESMEDIA, GESTIONS MULTIMEDIA, S.C.) figura inscrito en el Registro Especial de Titulares de Autorizaciones Generales.
- Fotocopias de la declaración de conformidad de los equipos de red y de usuario.
- Fichas de composición de la red para cada una de las poblaciones: Bordils, Espinelves, Campllong, Fornells de la Selva, Quart, Caldes de Malavella (Sant Andreu Salou está cubierto por la red de Caldes de Malavella).

Estas fichas contienen información relativa a las redes inalámbricas existentes en las citadas poblaciones. Entre ellos son de destacar los siguientes:

POBLACIÓN	PROPIEDAD DE LA RED	LINEAS ADSL		USUARIOS	COSTE	
		NRO.	PROPIEDAD		ALTA	MES
Bordils	Municipal	2	Municipal	102	150 €	6 €
		1	Gesmedia			
Espinelves	Municipal	1	Gesmedia	15	150 €	9 €
Campllong	Municipal	1	Gesmedia	15	150 €	9 €
Fornells de la	Municipal	3	Gesmedia	60	150 €	9 €



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Selva						
Quart	Municipal	2	Gesmedia	60	150 €	9 €
Caldes de Malavella	Gesmedia	5	Gesmedia	90	150 €	18 €

SEXTO.- Consultado el Registro de Operadores, el Ayuntamiento de Fornells de la Selva no figuraba inscrito como persona autorizada para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

SEPTIMO.- Con fecha 14 de mayo de 2007, esta Comisión remitió al Ayuntamiento de Fornells de la Selva, escrito comunicándole:

- La apertura de un período de información previa, con el fin de determinar si el Ayuntamiento de Fornells de la Selva podría estar explotando redes o prestando servicios de comunicaciones electrónicas a terceros, sin haber realizado la notificación a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel.
- La información remitida a esta Comisión por la citada Subdirección General de Inspección y Supervisión en las fichas de composición de la red pertenecientes a cada población, donde se indica que la red instalada es de titularidad municipal. En el escrito remitido se solicitó, al amparo de lo establecido en el artículo 76.1 de la LRJPAC, la siguiente información:
 - Breve descripción de la ingeniería y diseño de la red de su propiedad.
 - Oferta de servicios y su descripción comercial, en su caso.
 - Copia de los contratos, en su caso, suscritos con terceros para la explotación de la red o para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

Este escrito fue notificado, de acuerdo con el acuse de recibo remitido por el servicio postal, el día 22 de mayo de 2007. (Documento 4)

OCTAVO.- Con fecha 10 de septiembre de 2007, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones reiteró al Ayuntamiento de Fornells de la Selva el requerimiento de información de 14 de mayo de 2007 indicado anteriormente en el Antecedente de Hecho Séptimo, adjuntándose una copia de dicho escrito (Documentos 5).

NOVENO.- Con fecha 24 de octubre de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del Ayuntamiento de Fornells de la Selva por el que venía a dar correcto cumplimiento del reitero de fecha 10 de septiembre de 2007 sobre el requerimiento de esta Comisión de 14 de mayo de 2007. (Documento 6).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DECIMO.- Con fecha 10 de abril de 2008 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó una Resolución (Documento 7) por la que se procede a la apertura de procedimiento administrativo sancionador contra la entidad GESMEDIA contra determinados Ayuntamientos, entre ellos el Ayuntamiento de Fornells de la Selva, por el presunto incumplimiento de los requisitos exigibles para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas establecidos en el artículo 6.2 de la Ley 32-2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, como presuntos responsables directos de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.t) de la 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.

Esta Resolución se notificó al Ayuntamiento de Fornells de la Selva el día 11 de abril de 2008, siendo recibida por el citado Ayuntamiento el 17 de abril de 2008. (Documento 8).

Asimismo, el citado acuerdo de iniciación fue comunicado al instructor (Documento 9) en fecha 11 de abril de 2008, con traslado de las actuaciones existentes al respecto.

UNDECIMO.- Con fecha 23 de mayo de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del Ayuntamiento de Fornells de la Selva por el que presenta las alegaciones que estima pertinentes en el seno del presente procedimiento sancionador (Documento 10).

El presunto infractor, en su escrito de alegaciones manifiesta que *“en ningún momento pretendió vulnerar la normativa de telecomunicaciones [...] pues era desconocedor de que con su actuación estaba llevando a cabo una “explotación de redes y/o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas”, en el sentido expresado en la LGTel [...]”*.

Igualmente, este Ayuntamiento alega que en *“todo momento interpretó dicho precepto en el sentido de considerar que dicha creación de la red, y por tanto, su explotación, la llevaba a cabo el concesionario, y que era éste a quién le correspondía cumplir con las obligaciones legales establecidas por la normativa de telecomunicaciones”* y que por ello el Ayuntamiento solicitó al concesionario, GESMEDIA, el título necesario para prestar el servicio de comunicaciones electrónicas.

En su escrito, el Ayuntamiento alega la ausencia de *“intencionalidad alguna en relación a la conducta infractora y sí en cambio un error de interpretación de la normativa aplicable al caso concreto, circunstancias éstas que cabría tener en cuenta a la hora de apreciar la culpabilidad”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, manifiesta que aún entendiendo cometida la infracción que se le imputa, cabe alegar una serie de consideraciones en orden a la determinación de la eventual sanción.

En este sentido, según el citado Ayuntamiento, se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 131.2 de la LRJPAC, referente al principio de proporcionalidad que debe imperar en la actividad punitiva del estado, en orden a graduar la infracción cometida con la sanción aplicada. Según el Ayuntamiento de Fornells de la Selva *“la proporcionalidad –para el caso que nos ocupa- se refleja en tres circunstancias que recoge el mismo artículo 131 de la LRJPAC y que se consideran criterios para la graduación”*.

Estos criterios, según el Ayuntamiento son:

- Existencia de intencionalidad o reiteración, a este respecto, el presunto infractor alega que *“no ha existido por parte del Ayuntamiento una voluntad expresa de cometer el acto presuntamente antijurídico si no que se ha procurado cumplir con lo que se consideraba la legalidad exigible en el ámbito de la legislación sectorial”* al exigirle al contratista prestador del servicio la condición de operador de telecomunicaciones inscrito en esta Comisión. Asimismo, manifiesta que no hay reiteración, puesto que rescindió el contrato con el prestador del servicio.
- En lo que concierne a la naturaleza de los perjuicios causados, el Ayuntamiento de Fornells de la Selva *“entiende que la no notificación de la creación de la red inalámbrica gestionada por un tercero operador no ha causado ningún perjuicio para el mercado de los servicios de telecomunicaciones”*. En este sentido manifiesta que se deben valorar una serie de circunstancias de la prestación del servicio de acceso a Internet en el municipio de Fornells de la Selva que inciden directamente en la valoración de los perjuicios causados, entre ellas, la nula incidencia del servicio pues el número de usuarios no es superior a treinta, que la creación de la red inalámbrica por el Ayuntamiento obedece a la necesidad de los vecinos pues en diversas zonas del municipio no existe el servicio de acceso a Internet residencial, etc.
- Finalmente, como último criterio a tener en cuenta en la interpretación del artículo 131.2 de la LRJPAC, señala el Ayuntamiento que no ha existido reincidencia *“por no haber una conducta previa que haya sido objeto de sanción”*.

Continúa el escrito del Ayuntamiento manifestando que además de las anteriores consideraciones respecto de la proporcionalidad, también se debe tener en cuenta a la hora de graduar la sanción lo recogido en el artículo 56.2¹



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la LGTel. En efecto, dicho precepto contempla como circunstancias a valorar:

- La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona. En este sentido, el Ayuntamiento de Fornells de la Selva manifiesta que *“esta Corporación no ha cometido con anterioridad ningún tipo de infracción”*.
- La repercusión social de las infracciones. A este respecto, el Ayuntamiento de Fornells de la Selva entiende que la repercusión social *“que deriva de la creación de la red inalámbrica para la posterior prestación por terceros del servicio de acceso a Internet, sin previa notificación fehaciente ante esta Comisión, cabe considerarla como de muy poca importancia teniendo en consideración [...] el interés público subyacente a la creación de la red y la incidencia real del mismo manifestada en el número de usuarios”*.
- Beneficio que haya reportado al infractor. Según el citado Ayuntamiento *“el carácter formal de la obligación de notificación [...] imposibilita la existencia de un beneficio económico”*. Asimismo y *“[d]esde el punto de vista material tampoco ha existido beneficio alguno por la creación de la red teniendo en consideración que no existían ingresos derivados de la citada actividad. En este sentido el operador [p]restador del servicio no remuneró en ningún caso al Ayuntamiento por el uso de la red creada”*.

Asimismo manifiesta que *“para sancionar se debería haber acreditado una verdadera “explotación” en el sentido de “sacar una utilidad a un negocio o industria en provecho propio”, circunstancia que no se produce en tanto en cuanto, y tal como se acredita (documento 1), la Corporación no ha tenido ingreso alguno.”*

Finalmente termina su escrito sosteniendo que *“el posible incumplimiento de la normativa de telecomunicaciones no ha sido intencionado, ni el Ayuntamiento de Fornells de la Selva ha sido reincidente de otras infracciones, ni ha tenido beneficios por la prestación de este servicio. No se ha causado daño ni perjuicio real, ni concurren circunstancias que agraven la conducta de los responsables municipales”, y*

¹ “En todo caso, la cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta, además de lo previsto en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo siguiente:

- La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.
- La repercusión social de las infracciones.
- El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.
- El daño causado.

Además, para la fijación de la sanción se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan.

El infractor vendrá obligado, 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 o de haber disfrutado de título para la utilización del dominio público radioeléctrico.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

solicita que se *“proceda al archivo de las actuaciones, o subsidiariamente, aplique la sanción en su grado mínimo”*.

DECIMO SEGUNDO.- Mediante escrito de fecha 29 de mayo de 2008 y al amparo del artículo 16.2 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, se requirió al Excmo. Ayuntamiento de Fornells de la Selva la siguiente información:

- *“Fecha de constitución de la red de comunicaciones electrónicas del municipio de Fornells de la Selva.*
- *Número de usuarios del servicio.*
- *Estudio de coste de la inversión en la red Wi-Fi.”*

Este escrito fue notificado, de acuerdo con el acuse de recibo remitido por el servicio postal, el día 2 de junio de 2008. (Documento 11)

DECIMO TERCERO.- Con fecha 19 de junio de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del Ayuntamiento de Fornells de la Selva (Documento 12) por el que venía a dar contestación al requerimiento efectuado por el Instructor del procedimiento sancionador de fecha 29 de mayo de 2008, en concreto Ayuntamiento de Fornells de la Selva manifiesta que:

“1.- En relación a la fecha de constitución de la red de comunicaciones electrónicas del municipio de Fornells de la Selva, le adjuntamos:

- a) Copia del pliego de cláusulas para la realización del contrato de concesión para la explotación que fue aprobado por DA de fecha 17-11-2004. (Documento 1)*
- b) Copia de la oferta presentada por GESMEDIA, Gestions Multimedia, SC, Sr. Francesc Navarra i García de fecha 1-12-2004 en donde figura el calendario de actuaciones que forma parte del contrato (documento 2)*
- c) Copia del contrato administrativo para la instalación y explotación de una red sin hilos de acceso a Internet de fecha 28-12-2004. (Documento 3)*

2.- Respecto al número de usuarios del servicio, resulta que al no ser el Ayuntamiento el gestor del servicio solo tenemos conocimiento del número de usuarios en la fecha de finalización del contrato de gestión de la Red Wi-Fi con GESMEDIA, GESTIONS MULTIMEDIA, SC, (Francesc Navarra i García) de fecha 28-02-2008 que según listado facilitado por la empresa gestora era de 30 usuarios. (Documento 4)

3.- Respecto del estudio de coste de la inversión en la red Wi-Fi fue el siguiente: Que el coste de la inversión en la red Wi-Fi el Ayuntamiento asumió [...] 9.744 euros”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DECIMO CUARTO.- Con fecha 31 de julio de 2008, el instructor del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución en la que proponía lo siguiente (Documento 13):

***“PRIMERO.** Que se declare responsable directo al AYUNTAMIENTO FORNELLS DE LA SELVA 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, 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, las actividades consistentes en la explotación de una red pública y en la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas.*

***SEGUNDO.** Que se imponga al AYUNTAMIENTO FORNELLS DE LA SELVA una sanción económica por importe de DOS MIL (2.000) EUROS.*

***TERCERO.** Intimar al denunciado a que proceda, conforme al artículo 6 de la Ley General de Telecomunicaciones, a la notificación e inscripción de su actividad en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas dependiente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.*

***CUARTO.** Intimar al AYUNTAMIENTO DE FORNELLS DE LA SELVA 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.”*

Dicha propuesta de resolución fue notificada a la Administración denunciada con fecha 31 de julio de 2008 (Documento 14), quien no presentó escrito de alegaciones a la misma.

DECIMO QUINTO.- Con fecha 20 de agosto de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del Ayuntamiento de Fornells de la Selva por el que notificó su intención de iniciar las actividades que a continuación se detallan, al amparo de la autorización general establecida en el artículo 6.1 de la LGTel:

- *Explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas mediante la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común.*
- *Proveedor de acceso a Internet*

No obstante, una vez examinada la documentación aportada por el citado Ayuntamiento, por medio de Resolución del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 27 de agosto de 2008, se tuvo por no



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

realizada dicha notificación por no reunir los requisitos establecidos en la normativa sectorial.

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 Ayuntamiento de Fornells de la Selva ha 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 explotación de una red 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. Informe de la Dirección General de Telecomunicaciones y de Tecnologías de la Información de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 30 de abril de 2007.

En la Inspección realizada por la Jefatura Provincial de Inspección de Telecomunicaciones de Girona (Documento 3), y más concretamente su anexo número 4, relativo a las fichas de composición de la red para la población de Fornells de la Selva, se constató que este Ayuntamiento es propietario de la red del municipio.

2. Escritos del Ayuntamiento de Fornells de la Selva.

Conforme con los escritos remitidos por el Ayuntamiento de Fornells de la Selva en el seno del presente procedimiento sancionador y más concretamente en su escrito de fecha 23 de mayo de 2008 de alegaciones [Documento 10] manifiesta en su alegación primera *“que el Ayuntamiento de Fornells de la Selva en ningún momento pretendió vulnerar la normativa de telecomunicaciones citada como infringida, pues era desconocedor de que con su actuación estaba llevando a cabo una explotación de redes y/o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, en el sentido expresado en la LGTel...”* de donde implícitamente el Ayuntamiento admite su actuación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En virtud de los anteriores hechos, se ha podido verificar que este Consistorio ha explotado una red de comunicaciones electrónicas con anterioridad a la previa notificación que exige el artículo 6.2 de la LGTel.

3. Escrito del Ayuntamiento de Fornells de la Selva de 19 de junio de 2008.

En el escrito de fecha 19 de junio de 2008 del Ayuntamiento de Fornells de la Selva (Documento 12) en contestación al requerimiento de información de 29 de mayo de 2008, se establece que, *“el Ayuntamiento asumió como propietaria de la red solo el coste de instalación de la red por un total de 10.962.00 euros [...] habiendo sido el coste real y único de la instalación de la red [...] un total de 9.744 euros que nos fue facturado por GESMEDIA.”*

De lo anterior, se observa claramente que aún cuando GESMEDIA sea el responsable fáctico de la construcción de la red, es el Ayuntamiento de Fornells de la Selva el titular de ésta y, por ello, asume el coste de la misma. De igual manera en los anexos del documento 12 se observa que la red es propietaria del Ayuntamiento y que revertirá a su control una vez se extinga la concesión.

Por todo lo anterior ha quedado acreditado que el Ayuntamiento de Fornells de la Selva es el titular de la red de comunicaciones electrónicas en ese municipio, conllevando esta titularidad la explotación de la misma en los términos de la LGTel.

SEGUNDO-. Que el Ayuntamiento de Fornells de la Selva ha explotado una red de comunicaciones electrónicas sin estar inscrito en el Registro de Operadores durante un periodo de 3 años y 7 meses.

El tiempo durante el cual el Ayuntamiento de Fornells de la Selva ha estado explotando una red pública de comunicaciones electrónicas sin estar inscrito como operador de comunicaciones electrónicas fue, como mínimo, de **3 años y 7 meses**.

En efecto, y sin tener una fecha concreta por parte de ese Consistorio de la constitución de la red pues el citado Ayuntamiento no ha especificado la fecha concreta de constitución de la red, de la documentación aportada por Ayuntamiento de Fornells de la Selva (Documento 11) en contestación al requerimiento de información de 29 de mayo de 2008, se concluye que la fecha de adjudicación del contrato a GESMEDIA –entidad prestadora del servicio– fue el **28 de diciembre de 2004**.

Conforme al plan de despliegue de GESMEDIA del *“2 al 4 de enero de 2005 [...] es la puesta en marcha de la red con un periodo de pruebas y la conexión general de usuarios en pruebas, la instalación del resto de nodos, y conexión de las dependencias municipales”* [hoja nº 10 del Documento 11]. A mayor



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

abundamiento, el mismo documento dispone que el “1 de febrero de 2005” se proceda “al inicio del servicio”. De esta manera, desde **enero de 2005** el Ayuntamiento de Fornells de la Selva ya estaba explotando la red, aunque fuera en pruebas², habiendo transcurrido desde entonces hasta la fecha de la presente propuesta **3 años y 7 meses**.

En consecuencia, se considera acreditado en el presente expediente que el Ayuntamiento de Fornells de la Selva ha llevado a cabo durante 3 años y 7 meses la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas.

TERCERO - Que, actualmente, no se encuentra inscrito en el Registro de Operadores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el AYUNTAMIENTO DE FORNELLS DE LA SELVA como entidad habilitada para explotar redes de comunicaciones electrónicas o prestar servicios de comunicaciones electrónicas.

Con fecha 20 de agosto de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del Ayuntamiento de Fornells de la Selva por el que notificaba su intención de iniciar las actividades detalladas en el Fundamento de Derecho Décimo Quinto. No obstante y tras ser examinada la documentación aportada por el citado Ayuntamiento en su solicitud, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por medio de Resolución de su Secretario de fecha 28 de agosto de 2008 tuvo por no realizada dicha notificación por no reunir los requisitos establecidos en la normativa sectorial.

Conforme a lo anterior, hasta la fecha de la presente Resolución, el Ayuntamiento de Fornells de la Selva no ha practicado la notificación fehaciente que así exige el artículo 6.2 de la LGTel, y por tanto, no consta como operador habilitado para explotar redes ni para prestar el servicio de comunicaciones electrónicas en el Registro de Operadores de esta Comisión 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.

² La actual LGTel no distingue entre la prestación del servicio o la explotación de la red de comunicaciones electrónicas en pruebas o en pleno funcionamiento, en cualquier caso, el sujeto pasivo interesado en la prestación del servicio debe notificarlo al CMT antes de el inicio de la prestación. En este sentido las Resoluciones del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 24 de septiembre de 2004, referente al procedimiento sancionador RO2004/057 incoado a la entidad Proyecto Atarfe, S.A. por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 15 de abril de 2004



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El Pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, a tenor de lo establecido en el artículo 58.a).1º) de la LGTel. De acuerdo con este precepto, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por medio de su Consejo, el ejercicio de la competencia sancionadora cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54.

SEGUNDO. Tipificación de los hechos probados.

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 53.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 el Ayuntamiento de Fornells de la Selva, por haber presuntamente incurrido en la conducta consistente en la explotación de redes de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tal actividad establecida en la LGTel y su normativa de desarrollo.

El apartado 2 del artículo 6³ de la LGTel, establece como un requisito exigible para la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, que los interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, con anterioridad al inicio de la actividad, lo notifiquen fehacientemente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en los términos que se determinen mediante Real

³ Artículo 6. Requisitos exigibles para la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas.

1. 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 acuerdos internacionales que vinculen al Reino de España. Para el resto de personas físicas o jurídicas, el Gobierno podrá autorizar excepciones de carácter general o particular a la regla anterior.

En todo caso, las personas físicas o jurídicas que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas a terceros deberán designar una persona responsable a efecto de notificaciones domiciliada en España, sin perjuicio de lo que puedan prever los acuerdos internacionales.

2. Los interesados en la explotación de una determinada red o en la prestación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas deberán, con anterioridad al inicio de la actividad, notificarlo fehacientemente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en los términos que se determinen mediante real decreto, sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que pretendan realizar. Quedan exentos de esta obligación quienes exploten redes y se presten servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación.

3. Cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones constate que la notificación no reúne los requisitos establecidos en el apartado anterior, dictará resolución motivada en un plazo máximo de 15 días, no teniendo por realizada aquélla.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Decreto, 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 “*Explotación de una red de comunicaciones electrónicas*” que viene definido en el Anexo II de la Ley General de Telecomunicaciones, de la siguiente forma:

“13. Explotación de una red de comunicaciones electrónicas: la creación, el aprovechamiento, el control o la puesta a disposición de dicha red.”

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.

Una vez analizada la documentación aportada en el presente procedimiento, se debe señalar que la actividad prestada por el presunto infractor queda perfectamente encuadrada dentro de la definición de explotación de red de comunicaciones electrónicas que recoge la LGTel. Pues, tal y como se deriva del hecho probado primero, el presunto infractor es titular de la red instalada en el municipio de Fornells de la Selva conllevando esta titularidad la explotación de una red de comunicaciones electrónicas en los términos recogidos en la LGTel.

Por cuanto antecede, se debe concluir que el 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 el Ayuntamiento de Fornells de la Selva, ha iniciado la actividad consistente en explotación de una red de comunicaciones electrónicas, 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.

TERCERO. Culpabilidad del Ayuntamiento de Fornells de la Selva en la comisión de la infracción.

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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 puniendo” del Estado, se rige por los principios del Derecho penal, siendo principio estructural básico el de culpabilidad, incompatible con un régimen de responsabilidad objetiva, sin culpa, encontrándose esta exigencia expresamente determinada en el artículo 130.1 de la LRJPAC”

De conformidad con la 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.*”**

Esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en el derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva, pues la jurisprudencia mayoritaria de nuestro Tribunal Supremo (a partir de sus sentencias de 24 y 25 de enero [RJ 1983, 306] y 9 de mayo de 1983 [RJ 1983, 2898]) y la doctrina del Tribunal Constitucional (después de su STC 76/1990 [RTC 1990, 76]), ***“destacan que el principio de culpabilidad, aun sin reconocimiento explícito en la Constitución, se infiere de los principios de legalidad y prohibición de exceso (artículo 25.1 CE), o de las exigencias inherentes a un Estado de Derecho, y requieren la existencia de dolo o culpa”***⁴.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Febrero de 2000 establece que:

“Es cierto, como reconoce la parte recurrente, y así se infiere del análisis de las STS de 30 de enero de 1985 (RJ 1985\896), 5 de febrero de 1988 (RJ 1988\714), 13 de octubre de 1989 (RJ 1989\8386), 12 de enero de 1996 (RJ 1996\156) y 3 de abril de 1996 (RJ 1996\3584) que la culpabilidad es un requisito de toda infracción administrativa, asentándose el sistema punitivo en el principio de responsabilidad personal, siendo la potestad sancionadora administrativa de la misma naturaleza que la potestad penal, por lo que las directrices estructurales del ilícito administrativo tienden como en el ilícito penal a conseguir la individualización de la responsabilidad, por lo que no basta que

⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 septiembre 2001 [RJCA, 2002\272]



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la conducta sea antijurídica y típica, sino que es necesario que sea culpable, pues como reconoce la jurisprudencia (así, en STS, Sala del art. 61 de la LOPJ, de 6 de noviembre de 1990 [RJ 1990\9158]), la acción u omisión ha de ser imputable a su autor por imprudencia, negligencia o ignorancia, ya que como una exigencia derivada del artículo 25.1 de la CE, nadie puede ser sancionado sino por hechos que le puedan ser imputados (principio de culpabilidad) y, como reconoce la invocada jurisprudencia, las directrices estructurales del ilícito tienden también en el ámbito administrativo a conseguir la individualización de la responsabilidad y vedan la posibilidad de crear una responsabilidad objetiva”.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2000 concluye que *“la culpabilidad, a título de dolo o negligencia, es un presupuesto necesario para la apreciación de las infracciones administrativas”.*

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]).

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.

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.

Respecto a la apreciación de la culpabilidad, el Ayuntamiento de Fornells de la Selva alega en su escrito que *“en ningún momento pretendió vulnerar la normativa de telecomunicaciones citada como infringida”* y que entendía que el concepto de explotación de la red no es el así dispuesto en la LGTel, esto es, *“la creación, aprovechamiento, el control o la puesta a disposición de dicha red”* sino que *“dicha creación de la red, y por tanto, su explotación, la llevaba a cabo el concesionario, y que a éste a quién le correspondía cumplir las obligaciones legales establecidas por la normativa de telecomunicaciones”.*

Que precisamente, el titular de la sociedad adjudicataria⁵ aportó la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 30 de mayo de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2005, por la que se tenía inscrito en el Registro de Operadores de redes y Servicios de comunicaciones electrónicas, y por ende, entendió que todo estaba correcto.

Por tanto, según este Ayuntamiento, *“no existe [...] intencionalidad alguna en relación a la conducta infractora y sí en cambio un error de interpretación de la normativa aplicable al caso concreto, circunstancias éstas que cabría tener en cuenta a la hora de apreciar la culpabilidad, como elemento insustituible de la infracción administrativa”*, y sustenta su alegato en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2000⁶, donde este Tribunal dota de gran relevancia la existencia de intencionalidad y/o error a la hora de apreciar la culpabilidad de los imputados.

En este sentido, y como anteriormente se ha mencionado, en el derecho administrativo sancionador no es sostenible la idea de la responsabilidad objetiva, es decir, por la comisión de un resultado o la mera infracción de la norma. La Jurisprudencia, valgan las anteriores sentencias nombradas a este respecto, exige la concurrencia del elemento subjetivo, ya sea éste por dolo o culpa, entendiendo por ésta la *falta de la diligencia debida en la observancia de la norma*⁷.

Si bien la intencionalidad es un elemento que puede concurrir en la culpabilidad, éste se circunscribe al ámbito del dolo y no a la culpa -como falta de la diligencia debida- pues difícilmente se puede ser negligente con intención de ello. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de noviembre de 2004 al establecer que, *“[l]a noción de intencionalidad en el Derecho Administrativo sancionador requiere que el sujeto responsable del hecho infractor realice la acción infractora con pleno conocimiento de los elementos del injusto, de modo que se deduzca que tiene plena conciencia del propósito de infringir la norma administrativa y de provocar un resultado dañoso de los intereses públicos tutelados, cuya apreciación por el órgano administrativo sancionador exige que se soporte en las circunstancias objetivas concurrentes acudiendo a un mecanismo de inferencia lógico racional para afirmar su existencia, y que, en este supuesto, no se ha acreditado se haya producido de modo irracional o arbitrariamente”*. Por tanto, para apreciar el criterio de la intencionalidad debe concurrir en la actuación del infractor el conocimiento de los elementos del injusto, conocimiento que en el caso del Ayuntamiento de Fornells de la Selva no se aprecia, y por tanto, tampoco concurre la intencionalidad en su actuación.

⁵ Don Francesc Navarra i Garcia

⁶ *“La absoluta «irrelevancia» de aquellos factores subjetivos –intencionalidad y error– pone de manifiesto una concepción de la responsabilidad sancionadora objetiva y automática no compatible con las exigencias constitucionales. Pues sin duda para la apreciación de la culpabilidad –elemento insustituible de toda infracción administrativa– no tienen por qué ser irrelevantes ni la ausencia de intencionalidad ni el error, elementos ambos que, en cuanto demostrativos de la buena fe de un administrado, pueden desempeñar un cierto papel en el análisis de su conducta a los efectos de considerarle «culpable» o no de una determinada infracción”*

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2004.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, este Ayuntamiento manifiesta que si bien la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento (art 6.1Cc) ello *“ha de ser matizado, en el ámbito de la potestad sancionadora, mediante las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes y, por ello, determinantes de la actuación o inactividad del inculcado. En el caso que ahora enjuiciamos, el comportamiento de éste no fue arbitrario o caprichoso y tenía su fundamento en la convicción de que la distribución de gas butano era propia del comercio al menudeo y, por ello, no sujeta al impuesto sobre el tráfico de las empresas”* (...) STS 2 de noviembre de 1987”.

En este sentido, el artículo 6.1 del Código Civil, encuadrado en el capítulo II del título preliminar de *“eficacia general de las normas”* no supone una presunción *“iuris tantum”* o *“iuris et de iure”* de conocimiento del derecho, sino que justifica su sentido en el deber general de cooperación y colaboración en el respeto de las leyes, incluso las que no se conocen. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de mayo de 1999: *“Como puede verse, la sentencia, al decir que «no puede exigirse al ciudadano el conocimiento exhaustivo de cuantas -ciertamente numerosísimas- disposiciones dictadas por la Administración», está incurriendo en el error de creer que el artículo 6.1 del Código Civil establece una ficción o, en su caso, una presunción -«iuris tantum», o «iuris et de iure»- de conocimiento del derecho, cuando lo que, en realidad, establece es una regla imperativa: la de la inexcusabilidad del derecho. Parece lo mismo, pero no es igual.”*

Abundando el Alto Tribunal en la explicación de la eficacia general de las normas jurídicas establece, respecto al artículo 2 del anterior Código Civil que, con la nueva redacción del título preliminar, pasó a ser el artículo 6.1, que *“el artículo 2 (como el 6.1 actual) tiene razones claras de justicia y se basa en el deber de cooperación de todos en la realización del derecho; una manifestación de esta colaboración es respetar las leyes, incluso las que no se conocen, soportando y reconociendo sus consecuencias”* (Subrayado añadido).

De esta manera, la interpretación o matización del artículo 6.1 ha sido admitida, en ocasiones, por la jurisprudencia en relación con los ciudadanos y en supuestos muy concretos, normalmente en el ámbito tributario, pues en última instancia los administrados no están en un contacto directo con el entorno normativo, no pudiéndoles exigir el conocimiento de toda la normativa, cuestión que conforme a la anterior sentencia no predica este artículo. No obstante, esta ignorancia no puede ser aducida por la propia Administración Pública, cuyo ámbito de actuación, el interés público, le exige un plus de diligencia en sus actuaciones.

Es más, si se aceptase la teoría del Ayuntamiento, esto podría conllevar, como así ha establecido el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su Sentencia de 28 de marzo de 2000, a que *“el principio de que la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento (artículo 6.1 Código Civil), quedaría vacío de contenido permitiendo multitud de ilícitos administrativos”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Podría entenderse, como así parece desprenderse de las alegaciones del citado Ayuntamiento, que debido a la especial complejidad de la redacción del artículo, se realizó una interpretación ambigua de la norma conllevando a un conocimiento no exacto de su contenido. De esta forma, todo acto realizado a partir de una interpretación errónea de la norma conduciría a un incumplimiento de la misma sin ánimo de hacerlo.

Este supuesto es típico de la normativa tributaria, cuyos artículos, debido a su compleja redacción, han conllevado, en ocasiones, al denominado error de derecho, es decir, error en la interpretación de la norma jurídica como causa eximente de la culpabilidad y, por tanto, de la responsabilidad del sujeto.

Para poder apreciar la concurrencia del error, como causa excluyente de culpabilidad, la Jurisprudencia ha establecido unos criterios básicos que deben darse en la conducta del presunto infractor. En primer lugar, *“debe exigirse “la esencialidad”, es decir, que el error recaiga sobre un elemento de la infracción cuya existencia y presencia impone el derecho positivo. En segundo lugar, resulta necesario “el carácter invencible”, que implica que no hubiera podido superarse aunque el sujeto infractor hubiera puesto toda la diligencia que le era exigible”*⁸, supuesto que no se cumple en el presente caso, puesto que el desconocimiento de la norma o el error en su interpretación, y más concretamente del concepto “explotación de red” aludida por el Ayuntamiento de Fornells de la Selva, se desvirtúa por la propia norma jurídica.

En efecto, la propia LGTel en su Anexo II punto 13 recoge una definición clara y concreta de lo que, a efectos de la legislación sectorial, se debe entender por explotación de red. Por tanto, si el Ayuntamiento de Fornells de la Selva hubiera actuado con la diligencia mínima que se estima de cualquier sujeto que quiera realizar una actividad de comunicaciones electrónicas debería haber conocido tanto el concepto de explotación de red, como los requisitos exigidos para el ejercicio del mismo, esto es, la previa notificación a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones antes del inicio de actividad. En este sentido, se debe desestimar la alegación del Ayuntamiento de Fornells de la Selva.

Por todo ello, teniendo en cuenta que la actitud del Ayuntamiento de Fornells de la Selva ha dado lugar a la comisión de la infracción, ésta debe ser considerada como una actitud negligente y por tanto culpable, por no haber actuado con toda la diligencia debida o exigida.

Del presente procedimiento, según se deriva de los hechos probados, resulta que el Ayuntamiento de Fornells de la Selva llevaba a cabo la actividad

⁸ Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 5 de julio de 2007, por la que se resuelve el expediente sancionador RO 2005/1053, incoado a la entidad Telefónica de España, S.A.U. por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 23 de febrero de 2006.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consistente en la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas 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, existiendo pues tipicidad y culpabilidad en la actuación de dicho Ayuntamiento, conforme a lo así exigido por la normativa.

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

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 naturaleza de los perjuicios causados.

En este sentido, el Ayuntamiento de Fornells de la Selva entiende que *“la no notificación de la creación de la red inalámbrica gestionada por un tercero operador no ha causado ningún perjuicio para el mercado de los servicios de telecomunicaciones”*.

Según este Consistorio se deben valorar una serie de circunstancias de la prestación del servicio de acceso a Internet en el municipio de Fornells de la Selva que inciden directamente en la valoración de los perjuicios causados:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *“El servicio de acceso a Internet para clientes residenciales es inexistente en amplias zonas del término municipal por lo que se considera fundamentada la actuación del Ayuntamiento de crear una red inalámbrica que dé respuesta a las necesidades de los vecinos”.*

A este respecto, se debe precisar que la actuación de las Administraciones Públicas (AA.PP.) en el ámbito de las comunicaciones electrónicas está sometido al mismo ámbito normativo que cualquier otro sujeto, y por tanto, a las mismas obligaciones. Si bien es cierto que, como argumenta el Ayuntamiento, la actuación de esta Administración podría venir motivada ante la presunta falta de interés de los operadores del sector a la inversión en estas zonas, el Ayuntamiento de Fornells de la Selva para la constitución de la red y, por tanto, su explotación, debía previamente haber realizado la notificación exigida por el artículo 6.2 de la LGTel.

- *“El servicio lo prestaba la empresa GESMEDIA S.C. con lo que el Ayuntamiento no figuraba en ningún caso como un operador que se relacionase con los vecinos”.*

A este respecto, se debe señalar que el objeto del presente procedimiento sancionador es analizar la presunta explotación de la red de comunicaciones electrónicas por el Ayuntamiento de Fornells de la Selva, y no como así parece esgrimir el Consistorio la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas. Este servicio en dicho municipio es presuntamente prestado por GESMEDIA, S.C., entidad sobre la que, al igual que el Ayuntamiento de Fornells de la Selva en el periodo de información previa que dio lugar a la apertura del presente procedimiento sancionador, se observaron la existencia de indicios de incumplimiento por su parte y ha dado lugar a la apertura del procedimiento sancionador RO 2008/547, bajo cuya instrucción se analizará la presunta responsabilidad de esta entidad.

No obstante, en el presente procedimiento es indiferente si el Ayuntamiento constaba como operador ante los vecinos, pues su incumplimiento se centra en no haber notificado su intención de explotar una red de comunicaciones electrónicas a esta Comisión antes del inicio de su actividad.

- *“La nula incidencia del servicio – y por tanto de perjuicio económico- se observa en el número de usuarios (30 en el momento de la rescisión del contrato). La cuota de mercado de la empresa no indica que su actuación pueda suponer una distorsión en el mercado y por tanto un perjuicio económico para cualquier otra empresa con intereses en ese mercado (circunscrito, cabe recordarlo, al municipio de Fornells de la Selva)”*
- *“En definitiva no puede haber perjuicios cuando no se dan las condiciones de competencia y de mercado (Apartado III de la Resolución de la CMT de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

22 de febrero de 2007 relativa a la finalización del período de información previa iniciado como consecuencia de la denuncia presentada contra el Ayuntamiento de Anglés por incumplimiento de diversas disposiciones de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones).”

Ambas cuestiones son tratadas de forma conjunta pues en última instancia se refieren al mismo ámbito, esto es, a la posible afectación de la conducta del Ayuntamiento de Fornells de la Selva en el mercado minorista de banda ancha.

En este sentido, se debe precisar que la actuación del Ayuntamiento no se encuadra en el mercado minorista de banda ancha, donde, en su caso, afectaría el número de clientes que ostentara –en este caso el prestador del servicio- así como los perjuicios que pudiera ocasionar a terceros operadores prestadores del servicio. En efecto, la infracción que se le imputa al citado Ente Local consiste en la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas sin haber realizado con anterioridad la preceptiva notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 6.2), y no en la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas. De esta manera, la comisión de una obligación formal, como es la falta de notificación a esta Comisión, no despliega *a priori* perjuicios a terceros, y aún menos en el mercado minorista de banda ancha donde no se circunscribiría la actividad del Ayuntamiento.

- *“Pero es que además, consideramos que la infracción cometida tiene su fundamento en una obligación formal y que por tanto, los perjuicios que se derivan de la misma son nulos, en tanto en cuanto, el cumplimiento de la obligación de notificación no hubiese variado en absoluto las circunstancias que en cuanto a la explotación de la red y/o prestación del servicio, puedan haberse producido.”*

En este sentido, y como se ha mencionado, la comisión de una infracción referente a una obligación formal, como es la falta de la notificación exigida por el artículo 6.2, en sí no conlleva un perjuicio asociado a terceros.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se estima pertinente la concurrencia de la eximente aquí analizada, esto es, la escasa naturaleza del perjuicio causado.

- La ausencia de beneficio para el infractor por los hechos objeto de infracción.

El Ayuntamiento de Fornells de la Selva esgrime que la ausencia de beneficio para el presunto infractor se manifiesta desde un doble punto de vista, por un



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

lado entiende que el carácter formal de la obligación de notificación recogida en el artículo 6.2 de la LGTel imposibilita *per se* la existencia de un beneficio económico por su incumplimiento; y por otro, y ya desde un punto de vista material *“tampoco ha existido beneficio alguno por la creación de la red teniendo en consideración que no existían ingresos derivados de la citada actividad. En este sentido el operador prestador del servicio no remuneró en ningún caso al Ayuntamiento por el uso de la red”*. Como prueba de la falta de remuneración del servicio, el Ayuntamiento de Fornells de la Selva presenta como documento anexo 1 a su escrito de fecha 23 de mayo de 2005 [Documento 9] certificado de fecha 27 de mayo de 2008 del Secretario del citado Consistorio por el que *“según antecedentes obrantes en la Secretaría a mi cargo, el Ayuntamiento de Fornells de la Selva no ha tenido nunca, ni tiene actualmente ingreso procedente i/o relacionado con el servicio de red inalámbrica de acceso a Internet”*.

Conforme a lo anterior, se debe estimar la existencia de la presente eximente, pues el Ayuntamiento de Fornells de la Selva no obtuvo un beneficio directo por comisión de la infracción. Es más, y aún cuando anteriormente se ha mencionado que este Ayuntamiento no actuó de forma correcta, la motivación para la creación de la red parece obedecer a la falta de interés por parte de otros operadores en el sector de invertir en determinadas zonas del municipio. De tal manera, se puede concluir que el Ayuntamiento de Fornells de la Selva en la comisión de la infracción no buscaba un beneficio o rendimiento, sino más bien satisfacer un servicio a sus ciudadanos. Conforme a todo lo anterior se debe estimar la concurrencia de la presente eximente, esto es la ausencia de beneficio para el infractor.

No obstante, esta Comisión no puede aceptar lo alegado por este Consistorio, respecto a que *“para sancionar se debería haber acreditado una verdadera “explotación” en el sentido de “sacar una utilidad a un negocio o industria en provecho propio”, circunstancia que no se produce en tanto en cuanto, y tal como se acredita (documento 1), la Corporación no ha obtenido ingreso alguno”*. El criterio de explotación no se infiere a lo comúnmente conocido o entendido como un criterio empresarial, no hay que olvidar que nos encontramos ante un concepto dentro de una regulación sectorial donde la misma norma establece qué se debe entender por explotación de una red, esto es, *“la creación, el aprovechamiento, el control o puesta a disposición de dicha red”*, por tanto, el Ayuntamiento efectivamente llevó a cabo la explotación de la red, en los términos de la LGTel, pues es el titular de la misma y la puso a disposición del prestador de servicio de comunicaciones electrónicas.

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:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 al Ayuntamiento de Fornells de la Selva 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 y al no haber obtenido un beneficio por la explotación de la red, como así se ha mencionado en el Fundamento de Derecho Cuarto b). 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 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 al Ayuntamiento de Fornells de la Selva debe atender necesariamente al principio de proporcionalidad, que preside la actividad sancionadora de la Administración, y a los criterios de graduación establecidos en los artículos 131.3 de la LRJPAC y 56.2 de la Ley 32/2003.

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*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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).

No obstante lo anterior, no se puede obviar el hecho de que el Ayuntamiento de Fornells de la Selva, sigue manteniéndose en la actividad infractora por cuanto no ha notificado **de forma fehaciente**, a fecha de dictarse la presente Resolución, la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas. El citado Ayuntamiento se mantiene en la actitud denunciada, puesto que no ha notificado a esta Comisión el inicio de la actividad que presta, que tal y como ha quedado probado anteriormente, se trata de la explotación de una red de comunicaciones electrónicas.

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, teniendo en cuenta que el Ayuntamiento de Fornells de la Selva ha explotado una red de comunicaciones electrónicas sin realizar la previa notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones durante un periodo de 3 años y 7 meses, valorando las circunstancias atenuantes de la infracción –ausencia de beneficio bruto y la naturaleza de los perjuicios- y teniendo en cuenta que el citado Ayuntamiento aún no ha realizado la notificación fehaciente de su actividad y por tanto, continúa en su actitud infractora, se considera que procede imponerle una sanción económica de dos mil (2.000) EUROS.

Asimismo, conforme a lo establecido por el artículo 56.2 de la LGTel, el infractor estará obligado, 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, el citado Ayuntamiento 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 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telecomunicaciones, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y demás normas de aplicación, el Consejo de esta Comisión,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directo al Excmo. AYUNTAMIENTO DE FORNELLS DE LA SELVA 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, 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, las actividades consistentes en la explotación de una red pública y en la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas.

SEGUNDO.- Imponer a Excmo. AYUNTAMIENTO DE FORNELLS DE LA SELVA una sanción económica por importe de DOS MIL (2.000) EUROS.

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 0049-1548-68-2810188091 abierta al efecto en el Banco Santander. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 62.2, apartados a) y b), de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dependiendo del día en que se reciba la notificación de 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 al denunciado a que proceda, conforme al artículo 6 de la Ley General de Telecomunicaciones, a la notificación fehaciente e inscripción de su actividad en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas dependiente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

CUARTO.- Intimar al AYUNTAMIENTO DE FORNELLS DE LA SELVA 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, o alternatively, a la notificación y acreditación del cese de la actividad, todo ello en el plazo de un mes. En caso de no proceder de esta manera esta Comisión impondrá multas coercitivas hasta el cumplimiento de la obligación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera