



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. 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 35/05del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 6 de octubre de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente RO 2004/528 se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR RO2004/528 INCOADO A LA MERCANTIL CINA ELECTRÓNICA, S.L. POR ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2004.

Finalizada la instrucción del presente expediente sancionador incoado a CINA ELECTRÓNICA, S.L. por Acuerdo del Consejo de esta Comisión de 25 de noviembre de 2004 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. del día de la fecha, la siguiente Resolución:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. . Con fecha 15 de marzo de 2004, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de Don Ángel Osuna Molina, en nombre y representación de Ángel Seguridad y Telecomunicaciones, S.L., mediante el cual se puso en conocimiento de esta Comisión que la entidad mercantil CINA ELECTRÓNICA, S.L. (en adelante, CINA ELECTRÓNICA) venía comercializando *“el servicio a terceros de red soporte de la señal de radio y televisión sin estar habilitado para ello ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”*. (Doc. nº 1 del procedimiento)

En dicho escrito, el representante legal de Ángel Seguridad y Telecomunicaciones, S.L. solicitó a esta Comisión que inspeccionase la actividad de la entidad denunciada, que adoptase las sanciones que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

correspondieran y que pusiese en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia las conductas denunciadas.

SEGUNDO. Una vez analizado el contenido del anterior escrito y examinados los antecedentes obrantes en esta Comisión respecto de lo hechos denunciados, se acordó la apertura de un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y decidir sobre la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento, conforme 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).

Asimismo, se consideró preciso llevar a cabo una actuación de inspección de la actividad de CINA ELECTRÓNICA.

En consecuencia, al amparo de lo establecido en el artículo 48.3 letra i de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, mediante escrito de fecha 27 de mayo de 2004 (Doc.nº 2) se requirió la actuación de los servicios de la Inspección de Telecomunicaciones adscritos a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, al objeto se solicitase, por el órgano administrativo competente, la realización de las siguientes actividades de inspección:

1. Inspección técnica de la red pública de comunicaciones electrónicas explotada por la entidad CINA ELECTRÓNICA, S.L. mediante la utilización del dominio público radioeléctrico, supuestamente a través de frecuencias de uso común (RLAN – WIFI), con el fin de **efectuar la comprobación técnica de emisiones radioeléctricas que pudieran constituir infracciones**, tanto de las condiciones establecidas en la normativa que resulte de aplicación para la utilización del dominio público radioeléctrico, especialmente la Orden CTE/630/2002, de 14 de marzo, por la que se aprueba el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, como de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 18 de febrero de 2004 por la que se inscribe en el Registro Especial de Autorizaciones Generales a la entidad CINA ELECTRÓNICA, S.L. como persona autorizada para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.
2. Inspección de las instalaciones de la red pública de comunicaciones electrónicas supuestamente explotada por la entidad CINA ELECTRÓNICA, S.L. mediante la utilización del dominio público radioeléctrico, supuestamente a través de frecuencias de uso común (RLAN-WIFI), con el fin de determinar con la mayor precisión posible, **la fecha de inicio de la supuesta explotación, en su caso, de la citada red pública de comunicaciones electrónicas que se estuviera explotando por dicha entidad, en su caso, mediante la utilización del dominio público radioeléctrico** al margen de la inscrita en el Registro Especial de Titulares de Autorizaciones Generales.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La apertura del período de información previa fue notificada a la entidad denunciante, mediante escrito de fecha 31 de mayo de 2004. (Doc. nº 4).

TERCERO. En fecha 27 de mayo de 2004, se recibió en el Registro de esta Comisión escrito del representante legal de Ángel Seguridad y Telecomunicaciones, S.L., mediante el cual se vino a aportar información complementaria sobre la actividad de CINA ELECTRÓNICA, en concreto determinados datos inscritos en el Registro Mercantil y copia de un anuncio publicado en prensa. (Doc. Nº 3).

CUARTO. En fecha 2 de julio de 2004, se recibió en el Registro de esta Comisión nuevo escrito del representante legal de Angel Seguridad y Telecomunicaciones S.L., mediante el cual puso en conocimiento que la actividad llevada a cabo por CINA consistía en la prestación del “servicio de red soporte de la señal de radio y televisión mediante un sistema MMDS”, reiterando la solicitud de actuación ya expresada. (Doc. nº 5).

Asimismo, en fecha 2 de julio de 2004, se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de Angel Seguridad y Telecomunicaciones S.L., poniendo en conocimiento supuestas infracciones administrativas de CINA- ausencia de la obligación de comunicar con 10 días de antelación los precios de su red soporte de la señal de radio y televisión, falta de garantía de la protección de los datos personales, ausencia de garantía de la interoperabilidad de servicios, incumplimiento del deber de comunicar las especificaciones técnicas de las interfaces de acceso a su red y producción de interferencias electromagnéticas. (Doc. nº 6)

QUINTO.- Mediante escrito de fecha 14 de julio de 2004, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 19 de julio del mismo año, el Subdirector General de Inspección y Supervisión de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información remitió un informe respecto de lo interesado por esta Comisión en su escrito de fecha 27 de mayo de 2004 (Doc.nº 7).

En concreto, en el citado escrito consta que:

“Por parte de los servicios de inspección de la Jefatura Provincial de Alicante se realizaron las comprobaciones técnicas pertinentes y se constató la existencia de varias empresas, entre las cuales se encuentran las que Vd. cita, CINA ELECTRÓNICA, S.L. [...], que se dedican a actividades de radiodifusión que pueden constituir infracción administrativa.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se acompaña copia compulsada del acta de inspección levantada por inspectores de la Jefatura Provincial de Inspección de Alicante, en fechas 19 de febrero de 2004, en las que consta la existencia de una estación base radioeléctrica marca EMCC, modelo SER 514HSM en banda 2,3 a 2,5 Ghz, ubicada en Finca Los Garroferos , Nave 19 de Algorjfa (Alicante), figurando en las observaciones la siguiente expresión: "EMITE 12 PROGRAMAS DE TELEVISIÓN EN SISTEMA MMDS".

La citada Acta de inspección está firmada por los inspectores y por el gerente administrador de CINA, Alexander Zaitsev, según consta en la copia remitida con el informe de referencia.

SEXTO. Del resultado de las actuaciones llevadas a cabo en el período de información previa se concluyó que había elementos de juicio suficientes para estimar la concurrencia de circunstancias que justificaban la iniciación de un procedimiento sancionador contra CINA ELECTRÓNICA S.L., por haber, presuntamente, iniciado la explotación de una red y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, sin cumplir los requisitos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, exigibles para realizar tales actividades.

SÉPTIMO. En fecha 25 de noviembre de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó una Resolución (Documento 9) por la que se acordó la apertura de un procedimiento sancionador contra la mercantil CINA ELECTRÓNICA, S.L., como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53 t) de la Ley 32/2003, 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 Ley General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo.

El acuerdo de iniciación fue notificado a la citada mercantil el día 16 de diciembre de 2004, según consta debidamente acreditado en el expediente (Documento 10). Igualmente, el citado acuerdo de iniciación fue notificado al denunciante ANGEL SEGURIDAD Y TELECOMUNICACIONES, S.L., (Documento 11) así como al instructor (Documento 12) con traslado, a éste último, de las actuaciones existentes hasta la fecha; todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

OCTAVO. Con fecha 3 de enero de 2005, se puso de manifiesto el expediente al representante de CINA ELECTRÓNICA, en cuyo acto consultó y recibió las copias de los documentos que consideró oportunos (Documento 13).

NOVENO. Ampliado el plazo para efectuar alegaciones, a petición de la representación legal de CINA ELECTRÓNICA, (Documentos 14 y 15 del expediente), en fecha 1 de febrero de 2005, se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de la citada mercantil de fecha 25 de enero del mismo año (Documento 18), respecto del acuerdo de inicio previamente notificado.

En el citado escrito, la representación legal de CINA ELECTRÓNICA vino a alegar lo siguiente:

- Que su representada emite en las bandas de frecuencias 2.400 a 2483, 5 MHz, usualmente denominada banda de 2,4 GHz, banda que el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias señala como de uso común. Que la Orden de 9 de marzo de 2000 establece en su artículo 13, que el uso común del espectro radioeléctrico no precisará del otorgamiento de ningún título habilitante.
- Que el uso común de dicha banda de frecuencias como soporte para la retransmisión de programas de televisión o transmisión de información, texto, imagen y sonido, fue debidamente comunicado a esta Comisión cumplimentándose así el requisito de la notificación de la intención de explotar una red y de prestar el servicio antes del inicio de la actividad.
- Que reuniendo su representada las condiciones exigidas en el artículo 6 de la Ley 32/2003, esta Comisión acordó su inscripción en el Registro Especial de Titulares de Autorizaciones Generales como persona autorizada para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas mediante Resolución de 18 de febrero de 2004, expediente RO2004/237.
- Que en consecuencia su representada estaba habilitada el día en que se levantó el Acta de Inspección para tener instalada una estación radioeléctrica fija y para emitir por la banda de frecuencia 2,4 GHz, sin que se haya por tanto cometido infracción administrativa alguna.
- Que por idénticos hechos constatados en el Acta de Inspección de 19 de enero de 2004, levantada por la Jefatura Provincial de Inspección de Alicante, y también contra su representada, se dictó el 27 de septiembre del mismo año, por la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y para la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sociedad de la Información (SETSI), Orden de incoación de expediente sancionador nº IS/S 01329/04, previa al presente expediente sancionador, por lo que, en aplicación del principio “non bis in idem” debe procederse al archivo de las presentes actuaciones, o al menos a su suspensión entretanto recaiga resolución firme en el expediente ministerial previo.

Asimismo, en el escrito de alegaciones de referencia, CINA ELECTRÓNICA solicitó la apertura de un periodo de prueba solicitando la práctica de los siguientes medios de prueba:

“1º.- Se dirija oficio a la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información a fin de que se expida copia cotejada e íntegra del expediente sancionador incoado contra CINA ELECTRÓNICA, SL, IS/S 01329/04, para su remisión a este Órgano e incorporación como prueba documental al presente expediente”.

DECIMO. En atención a la solicitud de la entidad denunciada interesando la apertura de un periodo de prueba, el instructor del procedimiento acordó la apertura de un periodo de prueba en fecha 11 de febrero de 2005 (Documento 19), conforme lo dispuesto en los artículos 80 y 137.4 de la LRJPAC y del artículo 17 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador). El acuerdo de apertura estableció un plazo común para la práctica de todas las pruebas previstas de treinta días.

En el acuerdo de apertura se estimó pertinente la práctica de los siguientes medios de prueba:

1.- PRUEBA DOCUMENTAL.

- a) Consistente en que se incluyan en el ramo de pruebas propuestas por el interesado copia de todos y cada uno de los documentos obrantes en el expediente sancionador incoado por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información contra CINA ELECTRÓNICA S.L. con el nº IS/S 01329/04, a cuyo efecto se acuerda dirigir oficio a la citada Secretaria al objeto remita copia cotejada e íntegra del citado expediente sancionador.
- b) Consistente en que se incluyan en el ramo de pruebas practicadas de oficio por el instructor del procedimiento copia de todos y cada uno de los documentos obrantes en el presente expediente sancionador RO 2004/528. En especial, sin perjuicio de cualquier otro, se señalan las Actas de Inspección - incluidas en el Documento n 7 del Expediente- levantadas por la Jefatura Provincial de Inspección



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de Telecomunicaciones de Alicante, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 19 de julio de 2004.

El citado acuerdo de apertura del periodo probatorio fue notificado al interesado en fecha 15 de febrero de 2005, según consta debidamente acreditado en el procedimiento.

UNDÉCIMO. Al amparo del artículo 16.2 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, se han llevado a cabo los demás actos de instrucción necesarios para el examen de los hechos.

DUODÉCIMO. Con fecha 28 de julio de 2005, el instructor del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución (Documento 26) en la que se proponía lo siguiente:

“ (...)

PRIMERO. *Que se declare responsable directa a CINA ELECTRÓNICA, S.L. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53 t) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber iniciado, sin presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la Ley General de Telecomunicaciones vigente, la actividad consistente en la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas.*

SEGUNDO. *Que se imponga a CINA ELECTRÓNICA S.L. una sanción económica por importe de DIECIOCHO MIL (18.000) EUROS.”*

Dicha propuesta de resolución fue notificada a la mercantil CINA ELECTRÓNICA mediante escrito del instructor de fecha 29 de julio de 2005, siendo recibida por la representación legal de dicha entidad el día 10 de agosto de 2005 (Documento nº 27).

DECIMOTERCERO. La representación legal de CINA ELECTRÓNICA no ha presentado alegaciones a la propuesta de resolución notificada.

DECIMOCUARTO. Con fecha 26 de septiembre de 2005, el instructor del presente procedimiento sancionador dio traslado al Secretario de esta Comisión de la propuesta de resolución, junto con el expediente administrativo instruido (Documento nº 28).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente y de la prueba practicada, esta Comisión estima que han resultado probados, a los efectos del procedimiento de referencia, los siguientes hechos:

PRIMERO.- Que la mercantil CINA ELECTRÓNICA, S.L., explotaba, en fecha 19 de febrero de 2004, una red pública de comunicaciones electrónicas, basada en la utilización del dominio público radioeléctrico, mediante la utilización de una banda de frecuencias de 2,3 a 2,5 (Ghz), emitiendo 12 programas de televisión en sistema MMDS, sin haber efectuado la notificación fehaciente a la que se refiere el apartado 2 del artículo 6 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

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.- Prueba documental incorporada al procedimiento sancionador

El primer documento relevante incorporado a la prueba documental del procedimiento sancionador, a solicitud del instructor del expediente, lo constituye la denuncia de Angel Seguridad y Telecomunicaciones, S.L., (Doc. nº 1) y su posterior escrito de ampliación (Doc. nº 5 y 6), de los que se desprenden ya indicios, según los cuales, la mercantil CINA ELECTRÓNICA, no tiene establecida y en explotación una red WIFI para la que se encontraría debidamente habilitada, sino una red soporte de la señal de radio y televisión mediante un sistema MMDS que utiliza espectro radioeléctrico para el que se requiere la preceptiva concesión demanial.

Los anteriores indicios fueron confirmados mediante el Acta de Inspección, levantada por Inspectores de la Jefatura Provincial de Inspección de Alicante, en fecha 19 de febrero de 2004, (Doc. nº 7 del expediente), en la que consta la existencia de una estación base radioeléctrica en el domicilio social de la entidad, Finca “ Los Garroferos, Nave – 19 de ALGORFA, cuyo titular es CINA ELECTRÓNICA, cuyos elementos radiantes eran de la marca y tipo: STELLA DORADUS (RADOMIZADAS) y en cuyo apartado de observaciones figura la siguiente expresión: EMITE 12 PROGRAMAS DE TELEVISIÓN EN SISTEMA MMDS.

Igualmente, de la diligencia practicada por el Instructor del Expediente en fecha 30 de mayo de 2005, consistente en consultar el Registro Público de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Operadores de Redes y Servicios de Comunicaciones Electrónicas (Doc. nº 25 del expediente), queda acreditado que, a dicha fecha, la mercantil CINA ELECTRÓNICA, S.L. consta inscrita en dicho Registro como ***persona autorizada para la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas basada en la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común (RLAN-WIFI).*** (el subrayado es nuestro)

Visto pues, que la red explotada por CINA utiliza frecuencias que no son de uso común, así como que la tecnología empleada para la prestación del servicio soporte no es WIFI sino MMDS, se considera plenamente probado que la mercantil CINA ELECTRÓNICA, S.L. ha realizado la actividad consistente en la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas mediante la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias no atribuidas al uso común, emitiendo 12 programas de televisión en sistema MMDS, sin efectuar la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la Ley 32/2003.

SEGUNDO.- Que CINA ELECTRÓNICA, S.L., ha obtenido en el ejercicio 2004 unos ingresos brutos de explotación anuales de 464.000,62 euros.

Tal hecho resulta de la declaración de los ingresos brutos obtenidos por CINA ELECTRÓNICA en el ejercicio de 2004. La declaración de ingresos brutos correspondientes a tales actividades fue presentada ante esta Comisión por el representante legal de CINA ELECTRÓNICA, mediante escrito de 5 de abril de 2005 (Doc. nº 24).

III FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El Pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, a tenor de lo establecido en el artículo 58 a) 1º de la Ley 32/2003. 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 Ley 32/2003, 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 Ley General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo.

De la instrucción del procedimiento, según se deriva de los hechos probados, resulta que la mercantil CINA ELECTRÓNICA, explotaba, con fecha 19 de febrero de 2004, una red de comunicaciones electrónicas mediante la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias no atribuidas al uso común, emitiendo 12 programas de televisión en sistema MMDS, sin efectuar la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la Ley 32/2003, incurriendo con ello en la infracción tipificada en su artículo 53 t).

A dicha conclusión no obsta el hecho de que CINA ELECTRÓNICA figure inscrita como persona autorizada para ejercer las actividades consistentes en la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas mediante la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común (RLAN-WIFI), ya que, como se tendrá ocasión de analizar en apartados posteriores de la presente resolución, la red, para cuya explotación consta inscrita en el Registro de Operadores, es distinta a la red cuya explotación constituye el hecho material objeto del presente procedimiento sancionador

TERCERO. Culpabilidad de CINA ELECTRÓNICA, S.L. en la comisión de la infracción y ausencia de eximentes de responsabilidad.

A. Culpabilidad de CINA ELECTRÓNICA, S.L., 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.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

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

De este modo, para la imposición de una sanción por la Administración se exige que el infractor sea culpable de los actos sancionados; es decir, que le sea imputable la autoría de la infracción, aún a título de simple inobservancia, tal y como establece el artículo 130.1 de la LRJPAC. En este sentido se expresa el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 28 de noviembre de 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.”

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 de 1991 (RJ 1991\477), en su Fundamento de Derecho Cuarto, 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.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tal y como queda expresado en la Jurisprudencia invocada, un elemento necesario de la infracción administrativa es el dolo o la culpa. En lo que aquí interesa, resulta que la consideración conjunta de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC y el artículo 1.104 del Código Civil lleva a concluir que, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. En consecuencia, cabe atribuir responsabilidad a título de negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

En este sentido, ha de señalarse que, en el ámbito de la responsabilidad administrativa, no basta con que la conducta sea antijurídica y típica, sino que también es necesario que sea culpable, esto es, consecuencia de una acción u omisión imputable a su autor por malicia o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable (entre otras, así lo exponen la Sentencia de la Sala del Tribunal Supremo del artículo 61 de la LOPJ de 6 de noviembre de 1990 [RJ 1992\9158], y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1994 [RJ 1994\5590]).

Asimismo, en el presente caso, el análisis de la concurrencia de culpa o negligencia debe atender al sector social sobre el que se proyectan las acciones y omisiones que constan probadas, es decir, al mercado de las telecomunicaciones. Así lo tiene establecido un consolidado criterio jurisprudencial plasmado, entre otras muchas, en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1985 (RJ 1985\199):

“ (...) como ya viene sancionando con reiteración la jurisprudencia de esta Sala en sus sentencias, entre otras, de quince de junio de mil novecientos sesenta y siete (RJ 1967\3487) y cinco de Marzo de mil novecientos ochenta y dos (RJ 1982\1286) y como dice esta última «para calificar como culposa una conducta no sólo ha de atenderse a la diligencia exigible según las circunstancias de personas, tiempo y lugar, sino además al sector del tráfico o de la vida social, en que la conducta se proyecte, y determinar si el agente obró con el cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesaria con vistas a evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos, contemplando no sólo el aspecto individual de la conducta humana, sino también su sentido social, determinado por la función de esta conducta, en la vida en común»”.

Partiendo de todo ello, es preciso concluir en la existencia de una conducta culpable por parte de CINA ELECTRÓNICA en los hechos que configuran el tipo infractor del que trae causa el presente procedimiento sancionador.

En efecto, a la luz de los actos de instrucción y de los hechos probados que constan en la presente resolución, así como de los razonamientos que más



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adelante se exponen en contestación a las alegaciones del imputado, resulta que la citada entidad ha realizado la conducta objeto de la infracción de forma consciente y voluntaria. Es más, el hecho de que esta Comisión otorgara a CINA la habilitación para la explotación de una red WIFI en fecha 18 de febrero de 2004, y que al día siguiente, es decir, el 19 de febrero, CINA se encontraba explotando una red distinta para la que había sido autorizada, no parece sino revelar una clara intencionalidad en su conducta infractora.

B. Inexistencia de causas eximentes de responsabilidad.

En cuanto a la concurrencia en el presente caso de causas eximentes de la responsabilidad, es preciso traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 4 de octubre de 1998 (RJCA 1998\3874), que concluye que, atribuida una conducta infractora a un sujeto, concurre la culpabilidad salvo aparición de circunstancias eximentes:

“... El elemento de la culpabilidad... presupone que la acción u omisión enjuiciada ha de ser imputable a su autor por malicia, o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 febrero 1990). Ahora bien presupuesto el fundamento de la culpabilidad es la imputabilidad que ha sido definida por Luzón Domingo como la “posibilidad abstracta y potencial de que al hombre le sean atribuibles conductas que puede realizar, como a su causa eficiente, consciente y libre”. Pero este presupuesto de la culpabilidad no se formula de forma positiva sino que ha de deducirse de la no concurrencia de alguna de las causas que lo excluyen.”

Tales circunstancias eximentes, reguladas en el actual Código Penal (cuyos principios son de aplicación, tal y como ha señalado reiteradamente la Jurisprudencia, al procedimiento administrativo sancionador), no concurren en el supuesto que nos ocupa, pues o bien se refieren a circunstancias subjetivas que sólo pueden concurrir en las personas físicas y no en las jurídicas, o bien se refieren a la intervención de un tercero o a la existencia de un acontecimiento de fuerza mayor, lo que no resulta de los hechos probados.

En consecuencia, no cabe aplicar al presente supuesto ninguna causa eximente de responsabilidad.

CUARTO. Circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

a) Circunstancias agravantes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la Ley 32/2003 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 Ley 32/2003 como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, se considera que concurren en el presente caso las siguientes circunstancias atenuantes de la responsabilidad:

- Inexistencia de infracciones cometidas por el sujeto infractor con anterioridad.
- La ausencia de beneficio para el infractor por los hechos objeto de infracción

QUINTO. Contestación a las alegaciones formuladas por la representación legal de CINA ELECTRÓNICA, S.L. incluidas en su escrito de fecha 8 de febrero de 2005 (Documento 18).

Tal y como consta en los antecedentes de hecho de la presente Resolución, mediante escrito de fecha 2 de febrero de 2005, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 8 de febrero del mismo año, la representación legal de CINA ELECTRÓNICA, presentó las alegaciones que tuvo por conveniente (Documento 18), procediéndose a continuación a darles cumplida contestación:

- No comisión de la infracción denunciada en cuanto su representada ha emitido en la banda de frecuencias de uso común que no precisa de ningún título habilitante y dicho uso fue, además, debidamente notificado a esta Comisión cumplimentándose así el requisito de la notificación.

La representación legal de CINA ELECTRÓNICA alega en primer lugar no haberse cometido la infracción imputada por cuanto su representada ha emitido en las bandas de frecuencias de uso común para la que se encontraba debidamente habilitada, es decir en la banda de 2,400 a 2483,5 Mhz (2,4GHz).

El uso de las citadas bandas, a las que posteriormente se incorporó la banda de 5 GHz, en sus dos primeras subbandas de 5150-5350 MHz y 5470-5725 MHz, se encuentra regulado en el CNAF (Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias) mediante las notas de utilización nacional UN-85 (para la banda



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de 2,4 GHz) y UN-128 (para las bandas de 5 GHz), considerándose en ambos casos a dichas bandas como de uso común.

Pues bien, en el Acta levantada por la Jefatura provincial de Alicante, queda acreditado que CINA ELECTRÓNICA se encontraba emitiendo en la banda de frecuencias de 2,3 a 2,5 Ghz, o lo que es lo mismo en la banda de 2.300 a 2.500 Mhz.

Este hecho no ha sido desvirtuado por prueba alguna en contrario presentada por la mercantil denunciada, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 137.3 de la Ley 30/1992, según el cual: *“ Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios interesados”.*

En el citado CNAF el uso de dicha banda, en sus distintas subbandas, se destina a diversos servicios que en absoluto tienen relación con la actividad prestada por CINA y además se reservan para uso privativo, uso para el Estado o bien uso mixto, requiriéndose en todo caso la correspondiente concesión demanial.

Ahora bien, es importante precisar que este hecho, motivo por el que se ha iniciado un expediente sancionador contra CINA ELECTRÓNICA por la SETSI bajo el nº IS/ 01329/04, no constituye en si mismo el hecho tipificado por el que esta Comisión ha acordado el inicio del presente expediente sancionador en cuanto carece de competencia sancionadora sobre esta materia.

El fundamento del presente expediente sancionador se encuentra en que CINA ELECTRÓNICA ha explotado una red distinta a la previamente notificada a esta Comisión, y en consecuencia ha realizado una actividad de comunicaciones electrónicas sin haber obtenido la previa habilitación.

Así, ya se ha tenido ocasión de comprobar que en el Registro Público de Operadores de Redes y Servicios de Comunicaciones Electrónicas, la mercantil CINA ELECTRÓNICA, S.L. consta inscrita como *“persona autorizada para la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas basada en la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso comun (RLAN-WIFI)”*

En el proyecto técnico presentado por CINA a esta Comisión dicha mercantil señaló la pretensión de implementar una red LAN inalámbrica mediante la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

utilización de la tecnología WIFI bajo el estándar IEEE 802.11b en la banda de 2,4 GHz.

Pues bien, de la instrucción del presente expediente ha quedado acreditado, que CINA ELECTRÓNICA, ni ha utilizado la tecnología WIFI, ni ha utilizado la banda de frecuencias notificada a esta Comisión.

En cuanto a la tecnología utilizada, de la Inspección realizada se demuestra que la emisión de los 12 programas de televisión se hace en sistema MMDS¹ y no se utiliza la tecnología WIFI, lo que por otro lado es lógico en cuanto, según los estándares técnicos existentes a esa fecha (febrero de 2004), no se podía garantizar, mediante el uso del WIFI, una calidad mínimamente aceptable de servicio, ni se podía reservar un ancho de banda para cada canal de televisión en cuanto que, al ser el medio compartido, no podía haber canales dedicados.

Junto a lo anterior, ha quedado igualmente acreditado, que CINA ha utilizado unas frecuencias adicionales a las que había notificado a esta Comisión, por lo que la red explotada no se basa en la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común (para la que estaba autorizada) sino en la utilización de otro tipo de frecuencias, siendo, pues, dicha red una red distinta a la notificada.

A este respecto, conviene igualmente tener en cuenta que la notificación previa a la que se refiere el artículo 6.2 de la Ley 32/2003 hace referencia a los interesados en la explotación de una **determinada red** o de un **determinado servicio** de comunicaciones electrónicas. Es decir, no se trata de una habilitación general para la explotación de redes o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, sino de una habilitación específica para una red o servicio determinado que es, obviamente, el que el operador describe en su proyecto técnico que con dicho fin presenta.

En conclusión, CINA ELECTRÓNICA, S.L., el día en que se levantó el Acta de Inspección estaba explotando una red de comunicaciones electrónicas para la que no había presentado la correspondiente notificación a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, incurriendo con ello en el tipo infractor del artículo 53 t) de la Ley 32/2003.

¹ MMDS: Multichannel Multipoint Distribution System. Sistema de Radio que permite la distribución de canales de televisión mediante una topología punto multipunto. En España no se han otorgado licencias para su uso, su canalización no se corresponde con la permitida por la UN-50 y en cualquier caso necesitaría concesión demanial del espectro.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Alegación del principio “Non bis in idem”.

Alega la representación legal de CINA ELECTRÓNICA, que por idénticos hechos a los constatados en el Acta de Inspección de 19 de febrero de 2004, y también contra su representada, la Secretaria de Estado de las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información dictó Orden de Incoación del expediente sancionador IS/S 01329/04. Que la citada Orden de incoación es previa al presente expediente sancionador incoado por esta Comisión, lo que hace improcedente su tramitación por aplicación del principio “**non bis in idem**” debiendo en consecuencia proceder a su archivo, o al menos a su suspensión, hasta tanto recaiga resolución firme en el expediente previo incoado por la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI).

El citado principio, que se integra a su vez en el más amplio principio de legalidad penal, en abundante doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal constitucional, precisa de una triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos para que se entienda vulnerado.

En otras palabras y de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, por todas (STC 2003/2 de 16 de enero) el “*non bis in idem prohíbe la reiteración sancionadora de los mismos hechos, con el mismo fundamento, padecido por el mismo sujeto*”.

En el presente expediente sancionador, según se acreditará a continuación, **no existe identidad ni de hechos ni de fundamento**, por lo que no cabe de ningún modo alegar el quebrantamiento del citado principio.

En primer lugar y en lo que se refiere a los hechos sancionados en ambos expedientes, puede comprobarse como no existe, en ningún caso, identidad alguna.

Así, en el expediente tramitado por esta Comisión, se propone sancionar a CINA ELECTRÓNICA por el hecho tipificado en el artículo 53.t) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, consistente en “ *La explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades...*”, es decir por el hecho consistente en explotar una red de comunicaciones electrónicas sin haberlo notificado previamente, según se exige legalmente, (siendo indiferente a estos efectos que la red explotada sin autorización utilice frecuencias radioeléctricas distintas a las notificadas o use cualquier otro tipo de tecnología diferente a la previamente comunicada a esta Comisión).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cuanto al expediente sancionador tramitado por la SETSI, de la prueba documental practicada a instancia de la actora (Documento 19), se acredita que el Pliego de Cargos formulado contra CINA ELECTRÓNICA, se basa en el hecho consistente en *“La utilización de frecuencias e instalación de estaciones radioeléctricas sin autorización (art. 54, apartados a) y b) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones”*).

No es, en este caso, la creación y/o explotación de una red de comunicaciones electrónicas lo que constituye el hecho tipificado como infracción susceptible de sanción, sino la utilización, sin la debida autorización, de frecuencias radioeléctricas y la instalación de estaciones radioeléctricas sin la debida autorización.

En definitiva, se trata de dos sectores de interés público conexos pero plenamente diferenciados, de dos tipos de conducta, de dos hechos materiales distintos, tipificados en diferentes preceptos sancionadores aunque de la misma Ley General, por lo que en ningún caso puede entenderse vulnerado el citado principio de “non bis in idem”.

Pero es más, incluso aunque se tratara de los mismos hechos materiales, el Tribunal Constitucional tiene reconocido, respecto del principio de “non bis in idem”, que *“... no siempre impide la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden, cuando ellos sean contemplados desde perspectivas diferentes, pues lo que se impide es que autoridades del mismo orden y a través de procedimientos distintos se sancione repetidamente la misma conducta”* (STC de 4 de noviembre de 1992).

SEXTO. Sanción aplicable a la infracción.

De conformidad con lo establecido en el artículo 56.1.b) de la Ley 32/2003, las sanciones que pueden ser impuestas por la mencionada infracción son las siguientes:

“Por la comisión de las demás infracciones muy graves se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, 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”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

El artículo 131.2 de la LRJPAC dispone que el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. En consecuencia, ha de tenerse en cuenta esta previsión legal a la hora de establecer la sanción correspondiente.

La sanción que se proponga imponer a la mercantil CINA ELECTRÓNICA, S.L. debe atender necesariamente al principio de proporcionalidad, que preside la actividad sancionadora de la Administración, y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 56.2 de la 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 límites máximos y mínimos permisibles para la gravedad de la infracción”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991, RJ 1991\4349).

En atención a ello y en aplicación del principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y en el artículo 56.2 de la Ley 32/2003, a la vista de los datos y circunstancias concurrentes en el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

presente procedimiento, se considera que procede imponerle una sanción económica de DIECIOCHO MIL (18.000) EUROS.

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho y vista, asimismo, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y demás normas de aplicación, esta Comisión,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar responsable directa a CINA ELECTRÓNICA, S.L. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53 t) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber iniciado, sin presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la Ley General de Telecomunicaciones vigente, la actividad consistente en la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas.

SEGUNDO. Imponer a CINA ELECTRÓNICA S.L. una sanción económica por importe de DIECIOCHO MIL (18.000) EUROS.

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,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera