

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA ENTIDAD ESYSTEL SERVICIOS MULTIMEDIA S.L. POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIBLES PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

(SNC/DTSA/171/21)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULACIÓN

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a María Ortiz Aguilar

Secretaria

D.^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 10 de noviembre de 2022

Vista la Propuesta de resolución de la instructora y el resto de las actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución basada en los siguientes

TABLA DE CONTENIDO

ANTECEDENTES DE HECHO	4
PRIMERO. - Inscripción de Esystem Servicios Multimedia S.L. en el Registro de Operadores	4
SEGUNDO. - Procedimiento de cancelación de la inscripción de ESYSTEL (RO/DTSA/0841/17).....	4
TERCERO. - Escrito de denuncia de la SETID	5
CUARTO. - Expediente de información previa IFP/DTSA/021/21	5
QUINTO. - Escrito de contestación de ESYSTEL al requerimiento de información.....	6
SEXTO. - Acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador.....	6
SÉPTIMO. – Solicitud de información a la SETID	7
OCTAVO. – Orden de inspección.....	7
NOVENO. – Incorporación de documentación al expediente	7
DÉCIMO. – Requerimiento de información a ESYTEL.....	8
UNDÉCIMO. – Incorporación de nueva documentación al expediente	8
DUODÉCIMO. – Requerimiento de información a WIVACOM	8
DECIMOTERCERO. - Propuesta de resolución y trámite de audiencia.....	8
DECIMOCUARTO- Finalización de la instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo	9
DECIMOQUINTO. - Alegaciones de ESYSTEL a la propuesta de resolución...9	
DECIMOSEXTO- Finalización de la instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo	9
DECIMOSÉPTIMO. - Informe de la Sala de Competencia	9
HECHOS PROBADOS	10
ÚNICO. – Esystem prestó entre el 26 de febrero de 2020 y el 1 de febrero de 2022, actividades de comunicaciones electrónicas, sin estar inscrito en el Registro de operadores	10
1.-Resolución de inscripción de ESYSTEL en el registro de operadores de 15 de febrero de 2007 y Resolución de cancelación de dicha inscripción de 18 de diciembre de 2017	10
2.- Realización de actividades como operador de comunicaciones electrónicas por parte de ESYSTEL con posterioridad a la cancelación de su inscripción en el registro de operadores sin efectuar comunicación previa a la CNMC ni solicitar nueva inscripción en dicho registro	11

3.- Conclusiones	13
FUNDAMENTOS JURÍDICOS	13
PRIMERO. - Habilitación competencial para incoar, instruir y resolver el presente procedimiento sancionador y normativa aplicable al mismo.	13
1.1.- Habilitación competencial	13
1.2.- Normativa aplicable al procedimiento	15
SEGUNDO. – Tipificación de los Hechos Probados	15
2.1.- Sobre el régimen jurídico aplicable a la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.....	16
2.2. – Análisis de la conducta de ESYSTEL	18
TERCERO. – Responsabilidad en la comisión de la infracción	20
CUARTO. - Determinación y cuantificación de la sanción	21
4.1.- Límite legal de cuantificación de la sanción	21
4.2.- Criterios legales de graduación de la sanción y su aplicación.	23
RESUELVE	25
PRIMERO. -	25
SEGUNDO. -	25

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Inscripción de Eystel Servicios Multimedia S.L. en el Registro de Operadores

El 15 de febrero de 2007, mediante Resolución del secretario de la CMT¹, se inscribió en el Registro de operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas a la entidad Eystel Servicios Multimedia, S.L. (en adelante, ESYSTEL), como persona autorizada para la explotación de redes y prestación de los siguientes servicios de comunicaciones electrónicas²:

- Explotación de una red de comunicaciones electrónicas basada en la utilización del dominio público radioeléctrico, a través de frecuencias de uso común (RLAN-WIFI).
- Servicio telefónico fijo disponible al público.
- Servicio vocal nómada.
- Proveedor de acceso a Internet.
- Servicio de vídeo bajo demanda.
- Servicio de videoconferencia.

SEGUNDO. - Procedimiento de cancelación de la inscripción de ESYSTEL (RO/DTSA/0841/17)

En el año 2016 Eystel no comunicó a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) su intención de continuar como operador de comunicaciones electrónicas, como exige el artículo 5.2 del Reglamento de Servicios de Comunicaciones Electrónicas³. Por ello, el 18 de septiembre de 2017⁴, esta Comisión notificó a ESYSTEL el acuerdo, de 15 de septiembre de 2017, de inicio de un procedimiento administrativo para determinar la procedencia de la cancelación de su inscripción en el Registro de operadores *“por extinción de su habilitación como persona autorizada para la explotación de*

¹ Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

² Expediente de referencia: RO 2007/121.

³ 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 404/2005, de 15 de abril.

⁴ Acuse de recibo también de 18 de septiembre de 2017.

redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y de la cancelación de los recursos públicos de numeración asignados para la prestación de dichas actividades”.

A tal efecto, se le otorgó un plazo de diez días hábiles, contados desde el día siguiente a la recepción de la notificación, para que comunicara a la CNMC su intención de continuar con la prestación de las actividades que figuraban inscritas en el Registro de operadores, informándole de que esta Comisión procedería a la extinción de su condición de operador, a la cancelación de la asignación de la numeración inscrita en el Registro Público de Numeración y a la cancelación de su inscripción en el Registro de Operadores, en el caso de no recibirse la información solicitada.

No habiéndose recibido alegaciones por parte de ESYSTEL, mediante Resolución del secretario de la CNMC, de 18 de diciembre de 2017, se procedió a la extinción de la condición de operador y a la cancelación de la inscripción efectuada en el Registro de operadores de este operador⁵ (folios 244 a 262). Esta resolución fue notificada al interesado el día 20 de diciembre de 2017 (folio 263).

TERCERO. - Escrito de denuncia de la SETID

Con fecha 13 de julio de 2021, se recibió en el registro de la CNMC un escrito de la Subdirección General de Atención al Usuario de Telecomunicaciones y Servicios Digitales de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales (en adelante, SETID), dependiente del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (en adelante, MINECO), por el que ponía en conocimiento de esta Comisión la existencia de un equipo WiFi que provocaba interferencias a un radar meteorológico de la Agencia Estatal de Meteorología (AEMET) ubicado en Monte de Oro-Cullera (Valencia), siendo ESYSTEL la empresa responsable de la instalación y mantenimiento del equipo WiFi (folios 20 a 23).

CUARTO. - Expediente de información previa IFP/DTSA/021/21

Mediante escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (Directora de la DTSA) de la CNMC de fecha 16 de julio de 2021, se informó a ESYSTEL de la apertura de un periodo de actuaciones previas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), para determinar si estaba explotando una red WiFi y prestando servicios a terceros como

⁵ Expediente de referencia: RO/DTSA/0841/17.

operador sin estar inscrito para ello, requiriéndosele a través del mismo escrito determinada información (folios 24 y 25).

QUINTO. - Escrito de contestación de ESYSTEL al requerimiento de información

Con fecha 11 de agosto de 2021, tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de contestación de ESYSTEL al requerimiento citado en el Antecedente anterior, en el que aportaba la documentación de su inscripción en el año 2007 y alegaba no tener redes en la localidad de Cullera (Monte de Oro) y encontrarse la empresa en fase de disolución (folios 32 a 42).

SEXTO. - Acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador

El 25 de noviembre de 2021 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó el inicio de un procedimiento sancionador contra ESYSTEL, como presunto responsable directo de una infracción administrativa muy grave, tipificada en el artículo 76.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones⁶ (LGTel 2014), consistente en el presunto incumplimiento de la obligación de comunicación previa al inicio de la explotación de una red y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público en general (folios 1 a 9).

El acuerdo de incoación del procedimiento sancionador fue notificado por vía telemática a ESYSTEL el 29 de noviembre y 10 de diciembre de 2021⁷ (folios 11 a 16). ESYSTEL accedió a la notificación el día 10 de diciembre de 2021 (folio 16).

En el referido acuerdo se acordó, asimismo, la incorporación al presente expediente de toda la documentación obrante en el expediente IFP/DTSA/021/21 (folios 17 a 42).

ESYSTEL no formuló alegaciones al acuerdo de incoación.

⁶ Dicha Ley ha sido derogada por la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (Disposición Derogatoria Única) -LGTel 2022-.

⁷ Eystel no accedió al contenido de la notificación que se puso a su disposición el 29 de noviembre de 2021. Debido al transcurso de diez días naturales sin que se produjera dicho acceso, se entendió que la notificación había sido rechazada y se tuvo por efectuado el trámite. El 10 de diciembre de 2021 se notificó nuevamente y el interesado accedió a su contenido, dándose por practicada la notificación del acuerdo de incoación (artículo 43.2 de la LPAC).

SÉPTIMO. – Solicitud de información a la SETID

Con fecha 12 de enero de 2022, se solicitó a la SETID que aportara las actas de inspección realizadas en fechas 11 de diciembre de 2019 y 10 y 26 de febrero de 2020, en las que se hizo constar que las interferencias detectadas por ese organismo venían provocadas por un equipo WiFi instalado por ESYSTEL que emitía en la misma frecuencia del radar de AEMET, según se menciona en su escrito de denuncia de 13 de julio de 2021, así como otra documentación complementaria⁸ (folios 43 a 45). El 18 de enero de 2022 la SETID aportó la documentación solicitada (folios 49 a 148).

OCTAVO. – Orden de inspección

Con fecha 28 de enero de 2022, la instructora acordó la realización de actuaciones inspectoras consistentes en la grabación del acceso a la página de Internet de ESYSTEL (www.esystel.com). En concreto, el objeto de la inspección fue el de comprobar si ESYSTEL comercializa a través de su página de Internet servicios de comunicaciones electrónicas y sus condiciones de prestación (folio 149).

El 4 de febrero de 2022, se levantó acta de la inspección practicada el día 1 de febrero de 2022, incorporando el contenido de la grabación de la página de Internet de ESYSTEL; información que fue volcada y almacenada en soporte digital (folios 150 a 158).

NOVENO. – Incorporación de documentación al expediente

Con fecha 21 de abril de 2022, se acordó la incorporación al presente procedimiento de la copia de los boletines oficiales del Registro Mercantil (BORME) donde constan los datos registrales de las sociedades ESYSTEL y Wivacom Interactivo S.L. (en adelante, WIVACOM)⁹ (folios 189 y 209).

⁸ Se solicitó (i) copia de las Actas de Inspección realizadas en fecha 11 de diciembre de 2019, 10 y 26 de febrero de 2020, en las cuales se identificó a la entidad Esystem como el operador de redes y servicios de comunicaciones electrónicas responsable de las interferencias detectadas; (ii) copia de la Resolución del expediente sancionador abierto a Esystem en relación con las interferencias y el uso del dominio público radioeléctrico y (iii) copia de cualquier otra documentación que acreditara la realización de las actividades de comunicaciones electrónicas por parte de Esystem.

⁹ Se conoció la existencia de esta empresa a través de las actuaciones inspectoras realizadas el 1 de febrero de 2022 por las que se detectó que la página de Internet de Esystem (www.esystel.com) se redireccionaba de forma automática hacia la web de Wivacom (<https://wivacom.com>).

DÉCIMO. – Requerimiento de información a ESYTEL

El 23 de mayo de 2022 se requirieron a ESYSTEL determinados datos sobre la prestación de sus servicios de telecomunicaciones y sobre la continuidad de su actividad económica, concretamente, la aclaración sobre su condición de comercializador o distribuidor de otros operadores; copia de los contratos; modelo de condiciones generales y particulares de contratación; ingresos brutos de explotación; sobre la relación entre ESYSTEL y WIVACOM; sobre si ESYSTEL fue disuelta y liquidada y, en su caso, la entidad sucesora (folios 231 a 232). El citado escrito fue debidamente notificado el mismo día (folio 235).

ESYSTEL no contestó a la solicitud de información formulada.

UNDÉCIMO. – Incorporación de nueva documentación al expediente

Con fechas 29 de junio y 4 de agosto de 2022, se incorporaron al presente procedimiento la última declaración de ingresos brutos de explotación presentada por ESYSTEL ante la CNMC, para la liquidación de la tasa general de operadores (TGO); copia de las respectivas resoluciones de inscripción y cancelación de ESYSTEL en el Registro de operadores (folios 236 a 263); inscripciones y depósito de cuentas anuales ante el Registro Mercantil presentadas de ESYSTEL (folios 264 a 293) y WIVACOM (folios 298 a 300).

DUODÉCIMO. – Requerimiento de información a WIVACOM

El 9 de agosto de 2022 se requirió a WIVACOM aclaración sobre su relación con las empresas ESYSTEL y VALENCIANA DE ENERGÍA Y TELECOMUNICACIONES, S.L., con las que comparte administrador único, así como la aportación de determinados datos sobre su actividad en el mercado de las telecomunicaciones (folios 303 a 305).

El 1 de septiembre de 2022 WIVACOM contestó a la solicitud de información formulada indicando que ESYSTEL *“presentó concurso voluntario de acreedores en el primer trimestre de 2020. Proceso que quedó resuelto y por tanto la sociedad esta disuelta judicialmente. Por tanto no ha lugar a relación contractual alguna entre Esystem y Wivacom”*. Asimismo, añade que la estructura accionarial y el modelo de negocio y operación de ambas entidades son distintas (folios 312 y 313).

DECIMOTERCERO. - Propuesta de resolución y trámite de audiencia

Con fecha 08 septiembre de 2022 se notificó a ESYSTEL (folio 346) la propuesta de resolución formulada por la instructora del procedimiento (folios 322 a 343), concediéndole en la misma el plazo de un mes para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimase pertinentes y, asimismo, informándole de lo previsto en el artículo 85 de la LPAC

En la propuesta de resolución, la instructora califica la conducta descrita como una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por la explotación de una red y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, sin haber presentado la comunicación fehaciente previa prevista en el artículo 6.2 de la LGTel 2014, para su inscripción en el Registro de operadores. Se propone imponer a dicho operador una sanción por importe de dos mil ochocientos euros (2.800 €).

DECIMOCUARTO- Finalización de la instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo

Una vez finalizada la instrucción, y por medio de escrito de fecha 08 de septiembre de 2022 (folio 347), la instructora ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la propuesta de resolución junto con el resto de los documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo.

DECIMOQUINTO. - Alegaciones de ESYSTEL a la propuesta de resolución

ESYSTEL no ha formulado alegaciones a a la propuesta de resolución sancionadora.

DECIMOSEXTO- Finalización de la instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo

Una vez finalizada la instrucción, y por medio de escrito de fecha 29 de julio de 2022, la instructora ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la propuesta de resolución junto con el resto de los documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo (folio 347).

DECIMOSÉPTIMO. - Informe de la Sala de Competencia

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, Estatuto Orgánico de la CNMC), la Sala de Competencia de la CNMC ha acordado informar favorablemente el presente procedimiento (folio 348).

HECHOS PROBADOS

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

ÚNICO. – Esystem prestó entre el 26 de febrero de 2020 y el 1 de febrero de 2022, actividades de comunicaciones electrónicas, sin estar inscrito en el Registro de operadores

1.-Resolución de inscripción de ESYSTEL en el registro de operadores de 15 de febrero de 2007 y Resolución de cancelación de dicha inscripción de 18 de diciembre de 2017

Como se ha expuesto en los Antecedentes de Hecho, mediante Resolución del Secretario de la CMT de 15 de febrero de 2007, se inscribió a ESYSTEL en el Registro de Operadores como persona autorizada para explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas (folios 236 a 243).

Ante la falta de comunicación de la continuidad de sus actividades y tras la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, con fecha 18 de diciembre de 2017, mediante Resolución del secretario de la CNMC (RO/DTSA/0841/17), se procedió a la extinción de la condición de operador de Esystem y a la cancelación de la inscripción efectuada en el Registro de operadores de este operador. Esta resolución fue notificada al interesado el día 20 de diciembre de 2017 (folio 263), sin que este operador haya vuelto a solicitar su inscripción en el Registro de Operadores.

En contestación al requerimiento de información de 16 de julio de 2021, ESYSTEL comunicó a la CNMC el 11 de agosto de 2021, que contaba con *“título habilitante con el que, en su día, se instalaron redes de servicios de telecomunicaciones. Siempre bajo frecuencia de uso permitido y con los mecanismos obligatorios para no interferencia con radares según normativa”* (folios 32 a 42). Además, manifestó no tener redes en la localidad en la que el SETID detectó interferencias ilegales (Monte de Oro-Cullera) y que su empresa se encontraba en fase de disolución.

A este respecto, ESYSTEL aportó la Resolución de inscripción en el Registro de Operadores de su entidad de 2007 (folios 32 a 42), sin hacer referencia a la Resolución de cancelación de dicha inscripción, de 18 de diciembre de 2017 (folios 244 a 262), a la que accedió el 20 de diciembre del mismo año,

incorporándose al expediente la acreditación de la referida notificación fehaciente (folio 263).

2.- Realización de actividades como operador de comunicaciones electrónicas por parte de ESYSTEL con posterioridad a la cancelación de su inscripción en el registro de operadores sin efectuar comunicación previa a la CNMC ni solicitar nueva inscripción en dicho registro

En fecha 11 de diciembre de 2019 inspectores de la SETID identificaron una red Wifi en la frecuencia 5620 MHz con ESSID¹⁰ **[CONFIDENCIAL]** y con una determinada dirección MAC¹¹ que producía interferencias con el radar meteorológico de la AEMET (folios 59 a 62). Asimismo, el 10 de febrero de 2020 los inspectores identificaron en el exterior de un edificio una antena transmisora de Wifi que emitía en la frecuencia 5620 MHz con ESSID **[CONFIDENCIAL]** (folios 63 a 69) y se identificó a ESYSTEL como la empresa responsable de dicho transmisor, conforme a las manifestaciones de uno de los propietarios del edificio de viviendas donde se ubica la antena inspeccionada (folio 90). Por lo que la SETID procedió a requerir la comparecencia de ESYSTEL en la inspección que realizó el 26 de febrero de 2020.

Adicionalmente, del acta de inspección de 26 de febrero de 2020 se desprende que ESYSTEL admitió ante la SETID ser tanto el “operador responsable de la explotación de la estación” como “la empresa instaladora o mantenedora de las instalaciones”. ESYSTEL también les facilitó el acceso para inspeccionar su emisor Wifi, comprobándose que la red de ESYSTEL seguía en funcionamiento con los mismos ESSID y MAC, pero en una frecuencia distinta (de 5620 MHz a 5240 MHz). Se incorporaron al acta de inspección fotografías tomadas del ordenador de gestión de red de ESYSTEL (folios 70 a 77).

Con fecha 3 de marzo de 2021 el jefe de Comprobación Técnica de la SETID, mediante la custodia del código fuente y la impresión de la página correspondiente, certificó el acceso a la página de Internet www.esystel.com a través de la cual ESYSTEL promocionaba directamente “servicios multimedia”, como la empresa los denomina, incluyendo entre ellos el servicio de

¹⁰ El SSID (Service Set Identifier) o identificador de servicio es el nombre público que identifica a una red de área local inalámbrica (WLAN) que sirve para diferenciarla de otras redes inalámbricas WiFi en la zona.

¹¹ La dirección MAC consta de 12 caracteres y es un identificador único mundial para cada dispositivo para identificar tarjetas de red WiFi o inalámbricas, routers, etc. No existe otro dispositivo en todo el mundo con la misma dirección MAC.

comunicaciones electrónicas de acceso a Internet, bajo la denominación comercial AIRFIBRA (folios 21 a 23).

El 7 de julio de 2021 ESYSTEL depositó en el Registro Mercantil de Madrid sus cuentas anuales declarando como actividad principal y objeto de la sociedad el “*Servicio de telefonía fija, CNAE 6130*” y aportando copia del acuerdo de la junta general que aprobó la gestión social durante el ejercicio 2020 (folios 264 a 293).

Posteriormente, de las actuaciones de inspección realizadas el día 1 de febrero de 2022 por la inspectora de la CNMC, se comprobó que la página de Internet de ESYSTEL (www.esystel.com) se redireccionaba de forma automática hacia la dirección (<https://wivacom.com>), sitio web gestionado por la empresa Wivacom Interactivo, S.L., desde el que se ofrecen diversos servicios de comunicaciones electrónicas, en particular, la explotación de una red de comunicaciones electrónicas basada en la utilización del dominio público radioeléctrico, acceso a Internet y telefonía; y donde en el apartado “F.A.Q. (Preguntas frecuentes)” se indicaba lo siguiente (folios 150 a 158):

- *“No es necesario ninguna línea de teléfono ni hay más costes mensuales, sin embargo, si lo deseas disponemos de servicio de telefonía fija y otros servicios opcionales”.*
- *“La instalación estándar no tiene permanencia, y el coste de instalación es de 59€. El plazo de instalación es breve. Normalmente ronda los 5 días laborales. Sin embargo, en temporada alta, el plazo puede ser ligeramente superior”. (...) “la instalación incluye todo el equipamiento necesario, configurado e instalado, así como una extensión razonable de cableado interno, listo para la conexión directa del equipo de cliente, bien sea pc directo, router o wifi”.*
- *“Los equipos son propiedad de esystel. El alquiler y mantenimiento de la misma se incluye en la cuota mensual de cada cliente. En caso de producirse una baja del servicio, se deberá programar una fecha para la recogida de los equipos”.*

Con fecha 23 de mayo de 2022 se requirió a ESYSTEL confirmación sobre la prestación de sus servicios de telecomunicaciones, sus ingresos brutos de explotación, sobre la alegada disolución de la empresa y sobre la continuidad de su actividad económica a través de WIVACOM (folios 231 a 232). ESYSTEL no contestó a la solicitud de información formulada.

Consultada la web de WIVACOM (www.wivacom.es) y el Registro Mercantil, esta entidad indica como su objeto social la prestación de servicios de telecomunicaciones, entre otras actividades; sin embargo, no constaba inscrita en el Registro de Operadores. El 29 de agosto de 2022, WIVACOM ha notificado a la CNMC su intención de “*iniciar actividades de telecomunicaciones a lo largo de septiembre de 2022*” (expediente en tramitación).

El 1 de septiembre de 2022 WIVACOM contestó a la solicitud de información formulada por la instructora indicando que ESYSTEL presentó concurso voluntario de acreedores en el primer trimestre de 2020, que fue disuelta judicialmente, y que no existe ninguna relación contractual entre ESYSTEL y WIVACOM (folios 312 y 313). WIVACOM no ha aportado ninguna documentación acreditativa.

A pesar de las manifestaciones anteriores, de las comprobaciones realizadas en el BORME y en el Registro Mercantil de Madrid, mediante la consulta a la base de datos de Registradores Mercantiles de España, se constata que ambas sociedades (ESYSTEL y WIVACOM) comparten administrador único. No se ha acreditado por parte de ESYSTEL, ni se tiene constancia a través de los actos inscritos en el citado Registro Mercantil, de la disolución de la empresa Esystem (folios 189 y 209).

3.- Conclusiones

Del análisis de todas las pruebas descritas en el Hecho Probado Único se acredita que ESYSTEL ha estado explotando redes y prestando servicios de comunicaciones electrónicas a terceros (servicios de acceso a Internet y telefonía fija y móvil) entre el 26 de febrero de 2020 (fecha de la inspección en que se identificó a ESYSTEL como el operador que emitía señales interferentes con el radar de la AEMT) y el 1 de febrero de 2022 (fecha de la inspección de la CNMC), sin haber comunicado con antelación a esta Comisión el inicio de estas actividades y estar inscrito en el Registro de operadores. No se ha acreditado que, con posterioridad a la inspección de 1 de febrero de 2022 y hasta la actualidad, ESYSTEL continúe con la realización efectiva y directa de actividades de comunicaciones electrónicas.

A los anteriores antecedentes y hechos probados le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Habilitación competencial para incoar, instruir y resolver el presente procedimiento sancionador y normativa aplicable al mismo.

1.1.- Habilitación competencial

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

(LCNMC), corresponde a la CNMC “realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre¹², y su normativa de desarrollo”, entre las que se encuentra “el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley [LGTel]”, prevista en el artículo 29 de la LCNMC.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 de la LGTel 2014, y en el artículo 6.2 de la actualmente vigente LGTel 2022, para explotar redes públicas y/o prestar servicios de comunicaciones electrónicas a terceros es requisito necesario comunicar previamente al Registro de Operadores la intención de iniciar estas actividades.

Asimismo, la LGTel 2014 tipificaba, en su artículo 76.2 (actual artículo 106, apartados 2 y 3, de la LGTel 2022), como infracción administrativa muy grave “el incumplimiento de los requisitos exigibles para la explotación de las redes y prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas establecidos en el artículo 6.1 y 6.2”.

De conformidad con el artículo 84.1 del citado texto legal de 2014, la competencia sancionadora en dicha materia correspondía al Secretario de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital, del MINECO¹³. No obstante, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria décima de la LGTel 2014, al no haber asumido el MINECO las competencias en materia de inscripción registral y sancionadoras en ese ámbito, estas seguían siendo ejercidas por la CNMC en el momento de la incoación del presente procedimiento sancionador.

Recientemente, el día 30 de junio de 2022 entró en vigor la Ley 11/2002, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel 2022), que derogó la LGTel 2014. Actualmente, las competencias en materia de inscripción registral y gestión del Registro de Operadores están asignadas a la CNMC, en virtud de los artículos 6 y 7 de la LGTel 2022, así como la competencia sancionadora sobre la infracción relacionada con dicha materia. En este sentido, el artículo 114.1.a) de la LGTel 2022 señala que corresponde la potestad sancionadora:

*“a) a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ámbito material de su actuación, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los **apartados 3, 10, 11 y 14 del artículo 106**, infracciones graves tipificadas*

¹² Actualmente Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones.

¹³ De conformidad con el Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales, que ejerce estas competencias, forma parte del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

en los apartados 19, 20, 24, 25, 27, 28, 34, 35, 36, 38, 39 y 41 del artículo 107 e infracciones leves tipificadas en los apartados 6 y 12 del artículo 108;

En definitiva, la nueva ley confirma la competencia de la CNMC para gestionar el registro de operadores, supervisar el cumplimiento de las condiciones establecidas en la normativa para poder explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas, y sancionar el incumplimiento de su obligación de comunicar con antelación a esta Comisión el inicio de su actividad para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, en caso necesario, previendo la LGTel 2022 un tipo de infracción muy grave (artículo 106.3), al igual que en la LGTel 2014 (artículo 76.2).

En virtud de las anteriores competencias, de conformidad con los preceptos citados y atendiendo a lo previsto en el artículo 25.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), los artículos 20.2, 21.2 y 29 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC) y los artículos 14.1.b) y 21.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano decisorio competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por otro lado, según el artículo 63 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y el artículo 29.2 de la LCNMC, *“para el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”*. Por ello y de conformidad con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.a) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, el órgano competente para instruir el presente procedimiento es la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC.

1.2.- Normativa aplicable al procedimiento

En cuanto a la norma aplicable al procedimiento, resultan de aplicación los artículos 2 y 12 de la LCNMC y 84.4 de la LGTel 2014. En aplicación del referido artículo 2, resulta de aplicación las precitadas LPAC y LRJSP.

SEGUNDO. – Tipificación de los Hechos Probados

El presente procedimiento sancionador se ha incoado contra ESYSTEL ante una posible comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 76.2 de la entonces vigente LGTel 2014, consistente en *“el incumplimiento de los requisitos exigibles para la explotación de las redes y prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas establecidos en el artículo 6.1 y 6.2”*.

En la vigente LGTel 2022 se diferencian dos infracciones distintas, pero también son consideradas muy graves, en los apartados 2 y 3 del artículo 106, siendo más específica y referida al registro de operadores, la prevista en el apartado 3:

2. El incumplimiento de los requisitos exigibles para el suministro de las redes y prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas establecidos en el artículo 6.1.

3. El incumplimiento de la obligación de notificación al Registro de operadores establecida en los artículos 6.2.

2.1.- Sobre el régimen jurídico aplicable a la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas

El artículo 5 de la LGTel 2014 (al igual que el artículo 5 de la actual LGTel 2022) establece que la explotación de redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas se realizará en régimen de libre competencia sin más limitaciones que las establecidas en esta Ley y su normativa de desarrollo.

En este sentido, el artículo 6 de la LGTel 2014 (similar al artículo 6 de la LGTel 2022 actual), que regula los requisitos exigibles para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de libre competencia, señala en su apartado 2 que:

“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, comunicarlo previamente al Registro de Operadores en los términos que se determinen mediante real decreto, sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que pretendan realizar.”

La previsión contenida en este artículo se desarrolla en el artículo 5 del Reglamento de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas¹⁴. Entre los datos a inscribir, el artículo 5.5, apartado d), incluye los siguientes:

“d) Descripción de la red o servicio que el interesado tiene intención de explotar o prestar, que deberá incluir:

¹⁴ Reglamento sobre 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.

De conformidad con lo previsto en la disposición transitoria primera de la actual LGTel las normas reglamentarias en materia de telecomunicaciones, vigentes o dictadas en desarrollo de la LGTel anterior, continuarán vigentes en lo que no se opongan a la presente ley, hasta que se apruebe su normativa de desarrollo.

- 1.º *Breve descripción de la ingeniería y diseño de red, en su caso.*
- 2.º *Tipo de tecnología o tecnologías empleadas.*
- 3.º *Descripción de las medidas de seguridad y confidencialidad que se prevén implantar en la red, en su caso.*
- 4.º *Descripción funcional de los servicios.*
- 5.º *Oferta de servicios y su descripción comercial.”*

Por otra parte, los artículos 5.2 y 6.1.d) del citado Reglamento disponen que:

Artículo 5.º2. Los operadores deberán notificar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones cada tres años, contados desde la notificación inicial, su intención de continuar con la prestación o explotación de la red o servicio.

La condición de operador se mantendrá en tanto no se extinga conforme a lo establecido en el artículo 6º.

Artículo 6. Extinción de la habilitación.

1. La habilitación para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas se extinguirá por las siguientes causas:

(...)

d) Por la falta de notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de la intención del operador de continuar con la prestación o explotación de la red o servicio, que, conforme al artículo 5.2, debe efectuarse cada tres años. Para ello, se tramitará previamente un procedimiento contradictorio conforme al apartado siguiente, en el que se aprecie si se ha producido el cese en la actividad del operador”.

Por tanto, una vez cancelada una inscripción en el Registro de Operadores, para explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas, en virtud de los citados artículos, cualquier inicio de actividad debe ser igualmente comunicado con antelación al Registro de Operadores para su inscripción.

La supresión del régimen de autorizaciones y su sustitución por un régimen de mera comunicación previa y control *a posteriori* tiene como contrapartida un deber especial de diligencia de los operadores para cumplir las obligaciones y condiciones para la prestación de sus servicios.

Así, el Registro de Operadores se configura como una herramienta esencial para la gestión, ejecución y control del régimen de autorización general, en la medida

en que supone el conocimiento de los operadores sujetos a intervención administrativa y de sus actividades.

La importancia del papel del Registro de Operadores para el efectivo cumplimiento de las funciones de esta Comisión, entre ellas la aplicación del marco regulador de las comunicaciones electrónicas, tiene su reflejo en el régimen sancionador de la LGTel 2014 (al igual que la LGTel actual). Así, la adecuación del Registro de operadores a la realidad es un bien jurídico que se protege de forma específica mediante la tipificación como infracción muy grave, en el artículo 76.2 de la citada Ley (similar al artículo 106.3 de la LGTel actual).

En definitiva y como se ha expuesto, la falta de comunicación previa al Registro de Operadores de la CNMC del inicio o continuidad de las actividades de comunicaciones electrónicas tras una cancelación, en la medida en que constituye un requisito exigible para su prestación, supone incurrir en un ilícito previsto en la normativa.

2.2. – Análisis de la conducta de ESYSTEL

Como ha quedado de manifiesto en el Hecho Probado Único, tras la tramitación de un procedimiento contradictorio¹⁵ iniciado en el año 2016, se canceló la inscripción en el Registro de operadores de ESYSTEL por no comunicar la continuidad de su actividad, pese a estar obligado a ello. No obstante, se ha acreditado que entre el 26 de febrero de 2020 y el 1 de febrero de 2022, ESYSTEL ha continuado con la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, sin haber realizado una nueva notificación al Registro de Operadores conforme el artículo 6.2 de la LGTel.

Los Resuelve Tercero y Sexto de la Resolución, de 15 de febrero de 2007, de inscripción inicial de ESYSTEL¹⁶ señalaban, respectivamente, lo siguiente:

“La inscripción registral de un operador o de una determinada actividad se cancelará cuando su habilitación se extinga por cualesquiera de las causas establecidas en la Ley General de Telecomunicaciones y en el artículo 6.2 del Reglamento aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril”.

“En el plazo de tres años contados desde el día 2 de febrero de 2007, fecha en la que se produjo la primera notificación, deberá notificar a esta Comisión su intención de continuar con la explotación de redes o la prestación de los servicios que consten inscritos en el Registro de Operadores. El incumplimiento de esta

¹⁵ RO/DTSA/0841/17

¹⁶ RO 2077/121

obligación es una causa de extinción de la habilitación prevista en el artículo 6 del Reglamento aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril”.

Pues bien, mediante Resolución, de 15 de septiembre de 2017, se canceló la inscripción de ESYSTEL, por no comunicar su continuidad, a pesar de que tuvo la oportunidad de responder a la solicitud de información que se le realizó en el citado procedimiento contradictorio con referencia RO/DTSA/0841/17 (folio 231 a 232). La mencionada resolución de 15 de septiembre de 2017 fue notificada de forma fehaciente a dicha operadora el 18 de septiembre de 2017.

En el escrito de 11 de agosto de 2021 (folio 32) de contestación al requerimiento de información formulado en el marco del expediente IFP/DTSA/021/21, ESYSTEL indicó que contaba con el título habilitante de 2007 (folios 32 a 42), a pesar de haber recibido la Resolución de cancelación de su inscripción.

Pues bien, como se ha acreditado en el hecho probado, ESYSTEL ha seguido prestando servicios de comunicaciones electrónicas a terceros (folios 20 a 23, 150 a 158 y 189) basándose en dicha inscripción cancelada, cuando esta operadora es perfectamente conocedora de que debía de haber notificado nuevamente al Registro de Operadores el inicio de sus actividades; siendo este un procedimiento sencillo que no conlleva coste alguno al operador.

Sobre las razones justificadas que fundamentan la necesidad de realizar dicha notificación previa a la CNMC y la utilidad del registro de operadores ya se pronunció explícitamente la Audiencia Nacional en el apartado 6.3º (pág.13) del Fundamento Tercero de su Sentencia de 01 de septiembre de 2011 (recurso 180/2010):

*Acepta este Tribunal las consideraciones de la resolución impugnada cuando expresa que **la comunicación fehaciente y la inscripción en el Registro de Operadores no es un mero formalismo o una irrazonable traba administrativa sino que constituye un instrumento para controlar el acceso al mercado, fiscalizar el desarrollo de actividades en dicho mercado y para que dicha Comisión pueda ejercer sus funciones.** Recuerda además el órgano administrativo que el Registro le permite recabar y disponer de información acerca del número de empresas que operan en los distintos sectores y con qué extensión lo hacen. El Registro da fe pública y certeza jurídica de qué agentes económicos ostentan la condición de operadores, de las actividades que realizan y del ámbito de cobertura de su prestación, de tal manera que terceros operadores o usuarios puedan tener conocimiento de ello en aras a la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones.*

Por tanto, cabe concluir que concurre el elemento de tipicidad, al haberse constatado que la conducta llevada a cabo por ESYSTEL entre el 26 de febrero

de 2020 (fecha de la inspección de frecuencias realizada por la SETID) y el 1 de febrero de 2022 (fecha de la inspección realizada por la CNMC), supone la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.2 de la LGTel 2014, por haber explotado redes y prestado el servicio de acceso a Internet y el servicio telefónico disponible al público sin haberlo comunicado y notificado previamente al Registro de Operadores de la CNMC.

TERCERO. – Responsabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la Jurisprudencia y doctrina mayoritaria en materia de Derecho Administrativo Sancionador¹⁷, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta, esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto.

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración en el artículo 28 de la LRJSP, establece que *“[s]ólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”*.

Como se desprende del precepto anterior, en el cumplimiento de las obligaciones que han de cumplir los operadores ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de éstas y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS de 22 de noviembre de 2004, recurso contencioso-administrativo núm. 174/2002) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción, mientras que nos encontramos ante una actuación dolosa cuando se cumplen los dos elementos que integran esta figura: el intelectual y el volitivo. El primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción, así como de su significación jurídica, mientras que el segundo supone querer realizar el hecho ilícito.

A pesar de que en la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos, en el presente caso, el tipo infractor contenido en el artículo 76.2 de la LGTel 2014 que se imputa, no exige la concurrencia de un dolo específico, siendo por tanto suficiente la negligencia o culpa, ya que la infracción consiste en no dar cumplimiento a la obligación de

¹⁷ Por todas, Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 2017. Recurso contencioso-administrativo núm. 144/2016.

comunicar previamente la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas al Registro de Operadores.

Dado que ESYSTEL ya ha estado inscrito como operador en el Registro que gestiona esta Comisión, esta operadora conoce plenamente la importancia y los efectos que produce o puede producir su actuación infractora, y la relevancia que tiene que las actividades de comunicaciones electrónicas se presten de conformidad con las normas establecidas para garantizar la prestación correcta de los servicios a los usuarios finales y, en definitiva, la protección de sus derechos. En este sentido, en el Fundamento Tercero (página 18) de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 01 de septiembre de 2011 (recurso número PO 8/180/2010) se recuerda que el deber de efectuar la notificación previa a la CNMC no resulta en modo alguno oneroso para los operadores:

*En el presente caso, además, no puede perderse de vista que de lo que **se trataba sencillamente era de formular una declaración fehaciente, previa al inicio de la actividad.** Se trataba de una exigencia de muy limitado alcance intervencionista o intrusivo que ningún perjuicio relevante, en orden a la defensa de sus intereses, ocasionaba a la Administración municipal ni comprometía el posterior ejercicio de sus acciones.*

Por ello, cabe concluir que, a la luz de todos los actos de instrucción llevados a cabo, la conducta tipificada como infracción muy grave resulta imputable a ESYSTEL, a título de culpa, al concurrir el elemento de culpabilidad, pero no haber quedado suficientemente probado el elemento volitivo de querer cometer dicha infracción.

Las anteriores conclusiones no se ven afectadas por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad de ESYSTEL.

CUARTO. - Determinación y cuantificación de la sanción

4.1.- Límite legal de cuantificación de la sanción

La LGTel 2014 establecía unas reglas para fijar la cuantía máxima que puede imponerse en la sanción de infracciones, señalándose, por otra parte, también una cuantía mínima en caso de que pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor.

En el presente caso, la conducta antijurídica consiste en la no realización de la comunicación previa del artículo 6.2 de la LGTel 2014 y de la actual LGTel 2022. De conformidad con el artículo 79.1 a) de la antes vigente LGTel 2014, la sanción que podía ser impuesta por la infracción administrativa muy grave del artículo 76.2 era la siguiente:

“a) Por la comisión de infracciones muy graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta veinte millones de euros.

Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras 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 20 millones de euros.”

Sin embargo, de conformidad con el artículo 109.1.a) de la actualmente vigente LGTel 2022, la sanción que puede ser impuesta por la infracción administrativa calificada como muy grave es la siguiente:

“Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras 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 el dos por ciento del volumen de negocios total obtenido por la entidad infractora en el último ejercicio;”

Por lo tanto, las dos leyes difieren en este aspecto. Las dos normas fijan, como límites máximos del importe de la sanción por el tipo de infracción muy grave, concretamente, o (i) 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 o, (ii) en caso de que no resulte posible aplicar este criterio, veinte millones de euros -en el caso de la LGTel 2014-, o el 2% del volumen de negocios obtenido por la entidad en el último ejercicio -en el caso de la LGTel 2022-.

Según los datos de las últimas cuentas anuales de ESYSTEL comunicadas al Registro Mercantil de Madrid, correspondientes al ejercicio 2020 (folios 159 a 230), la cifra de negocio de dicha entidad en tal ejercicio fue de 280.083,38 euros, por lo que, aplicando el criterio de la LGTel 2022, el límite máximo del 2% de dicho importe resulta en 5.601,67 euros, siendo, por tanto, un importe sensiblemente inferior al límite máximo posible previsto en la LGTel 2014, que es de veinte millones de euros.

Por ello, de conformidad con lo anterior, de acuerdo con el artículo 26.2 de la LRJSP y en atención a los datos que se disponen de la operadora presuntamente infractora, resulta más beneficiosa para dicha entidad la aplicación de la regla fijada en el artículo 109.1.c) de la LGTel 2022.

En este caso, no se ha podido cuantificar el beneficio que pudiera haber aportado la comisión de la infracción al operador, dado que el trámite administrativo de comunicación del inicio de la actividad es un acto gratuito para el notificante. Es decir, la infracción en cuestión deriva de omitir una carga administrativa igual para todos los operadores e independiente de la actividad económica ejercida por la entidad.

Por ello, a los efectos del cálculo de la sanción a imponer a este operador, la sanción máxima que se podrá imponer por la infracción cometida asciende a 5.601,67 euros (el 2% de su cifra de negocio en el último ejercicio disponible), no existiendo límite para el establecimiento de la cuantía mínima de la sanción.

Teniendo en cuenta lo anterior, se debe concluir que el límite máximo de la sanción queda fijado en el dos por ciento del volumen de negocios total obtenido en el último ejercicio (artículo 109.1.a) de la LGTel 2022). Consta incorporada al expediente el 21 de abril de 2022 copia de las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil relativas al ejercicio 2020 (folios 159 a 230).

4.2.- Criterios legales de graduación de la sanción y su aplicación.

El artículo 80.1 de la LGTel 2014 establece que la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta una serie de circunstancias, circunstancias que se prevén ahora en artículo 110 de la LGTel 2022. Por su parte, el artículo 29.3 de la LRSP también regula esta cuestión.

Además de los criterios fijados, la normativa tanto el artículo 80.2 LGTel 2014 como el artículo 110.3 de la LGTel 2022 prevé la obligación de pagar las tasas que el sujeto hubiera debido satisfacer.

En relación con estas cuestiones, se considera en primer lugar que en el presente procedimiento no concurren criterios agravantes ni atenuantes de la sanción. Con independencia de lo anterior, se señala que no se han podido calcular los beneficios obtenidos por el operador como consecuencia de la comisión de la infracción.

En segundo lugar, cuando se liquide la TGO relativa a los años 2020, 2021 y 2022, ésta deberá tener en cuenta también los ingresos obtenidos por las actividades no inscritas susceptibles de incorporarse en la eventual declaración de ingresos brutos de explotación (DIBE) a presentar a la CNMC ya que, tal y como señala la normativa indicada, el infractor está obligado al pago de las tasas

que hubiera debido satisfacer en el supuesto de haber realizado la inscripción en el Registro de Operadores.

Para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta además de lo dispuesto en el artículo 29.2 de la LRJSP, según el cual:

“2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberán prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso al infractor que el incumplimiento de las normas infringidas”.

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 1998¹⁸). La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión.

Al hilo de lo anterior, tal y como establece el artículo 29.4 de la LRJSP, cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en su grado mínimo.

A la vista de las anteriores consideraciones, de los criterios de graduación de la sanción determinados y de la situación económica de ESYSTEL, se han alcanzado las siguientes conclusiones:

- Se imputa a ESYSTEL la comisión de una infracción tipificada como muy grave.
- La conducta infractora de ESYSTEL se ha cometido a título de culpa.
- No se han podido calcular los beneficios reportados a ESYSTEL por la infracción cometida. Por tanto, el límite máximo de la sanción que se puede imponer a esta operadora es del 2 por ciento del volumen de negocios total obtenido por la entidad en el último ejercicio, por ser este criterio de la LGTel 2022 más favorable para la entidad. En consecuencia, ha de estarse a la cifra máxima de 5.601,67 euros (2% del volumen de negocios de Esystem de 2020, según sus cuentas anuales) como límite máximo de la sanción a imponer.

¹⁸ Recurso de casación núm. 4007/1995.

- Asimismo, conforme al principio de proporcionalidad enunciado en el artículo 29.2 de la LRJSP, el establecimiento de la sanción debe prever que la comisión de la infracción no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida.

En definitiva, de los principios y límites cuantitativos a que se hace referencia, y en aplicación del principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos, se considera que procede imponer a ESYSTEL una multa de dos mil ochocientos (2.800) euros por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 76.2 de la LGTel 2014.

Además de lo anterior, el infractor está obligado al pago de la tasa que habría satisfecho en el supuesto de haber realizado la comunicación previa al amparo de lo previsto en el artículo 6.2 de la LGTel, conforme al artículo 71.2.d) y el Anexo de la LGTel 2014 y el artículo 17.b) del Reglamento de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador

RESUELVE

PRIMERO. - Declarar responsable directo a ESYSTEL SERVICIOS MULTIMEDIA, S.L. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por la explotación de una red y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, sin haber presentado la comunicación fehaciente previa prevista en el artículo 6.2 de la misma Ley, para su inscripción en el Registro de Operadores.

SEGUNDO. - Imponer a ESYSTEL SERVICIOS MULTIMEDIA, S.L una sanción por importe de **dos mil ochocientos euros (2.800,00 €)**.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector audiovisual y notifíquese a los interesados:

ESYSTEL SERVICIOS MULTIMEDIA, S.L.

Con esta Resolución se agota la vía administrativa, si bien cabe interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.