

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO CONTRA
BAEX INTERNET, S.C., POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LOS
REQUISITOS EXIGIBLES PARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DE
COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS.**

SNC/DTSA/2061/14/AUSENCIA DE COMUNICACIÓN PREVIA BAEX

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Barcelona, a 24 de noviembre de 2015

Vista la Propuesta de resolución del instructor, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de denuncia.

Con fecha 27 de noviembre de 2013, tuvo entrada en el registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones¹ –en adelante, CMT- un escrito de denuncia (folio 1 a 12) que ponía de manifiesto que la empresa BAEX INTERNET, S.C, (en adelante, BAEX) presumiblemente ha suplantado los equipos y sistemas del denunciante por los que prestaba servicios de acceso a internet y está ofreciendo el mismo servicio, vía wi-fi, a los clientes del denunciante sin haber comunicado a la CMT su interés en prestar dicha actividad de comunicaciones electrónicas (folio 1).

¹ Organismo regulador sectorial integrado en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

SEGUNDO.- Inicio del periodo de información previa y requerimiento de información a BAEX.

Mediante escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) de 21 de diciembre de 2013, se procedió a la apertura de un periodo de información previa para determinar y comprobar los hechos denunciados, de conformidad con lo dispuesto 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).

A tal efecto, en el mismo escrito se informó de la denuncia presentada y se requirió a BAEX para que aportara documentación acreditativa de las actividades de comunicaciones electrónicas y sobre sus proveedores y clientes, confiriéndosele un plazo de diez días para que formulara alegaciones y presentara los documentos que tuviera por convenientes (folios 13 a 14).

TERCERO.- Nuevo escrito de denuncia.

Con fecha 20 de enero de 2014, tuvo entrada en el registro de la CNMC un nuevo escrito de denuncia (folios 15 a 27) que ponía de manifiesto unas presuntas prácticas irregulares llevadas a cabo por BAEX durante varios años. Concretamente, se señalaba que *“desde 2009 ha estado operando bajo el nombre comercial de ‘Nuestro Pueblo Wifi’ y se indica una dirección de internet (<http://baextours.gruposercor.com/>), a través de la cual se podría comprobar la veracidad de lo denunciado.*

CUARTO.- Contestación de BAEX al requerimiento de información.

Con fecha de 24 de enero de 2014, se recibió contestación de BAEX al requerimiento de información formulado por esta Comisión en el que indicaba que, al tratarse de una sociedad civil, se inscribió en el Registro de Operadores a nombre de uno de sus socios. Asimismo, adjuntaba abundante información acerca de su actividad de comunicaciones electrónicas (folios 28 a 102).

QUINTO.- Nuevo requerimiento de información.

Con fecha de 17 de febrero de 2014, se requirió a BAEX el documento de constitución de la sociedad, así como el documento en el que se designaba a D. SMVD como representante de la sociedad (folio 103 a 104), el cual fue aportado con fecha de 24 de febrero de 2014 (folios 105 a 112).

SEXTO.- Acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador.

Mediante Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de fecha 2 de diciembre de 2014, se acordó incoar un procedimiento sancionador a BAEX por existir indicios de que ha incumplido los requisitos exigibles para

realizar actividades de comunicaciones electrónicas, lo que podría implicar la concurrencia de la infracción administrativa muy grave, tipificada en los artículos 53.t) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel/03), y 76.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGTel/14) (folios 113 a 126).

El acuerdo de inicio fue notificado (i) a la instructora el día 5 de diciembre de 2014, con traslado de las actuaciones practicadas, para su incorporación y posible consideración en el presente procedimiento sancionador, y (ii) a BAEX, el día 12 de enero de 2015 (folios 129 a 130), indicándole su derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio.

De conformidad con el Resuelve Octavo del mencionado acuerdo de incoación, se dio traslado del mismo y de sus antecedentes a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, así como de los documentos adicionales que esa Secretaría solicitó con posterioridad. (folio 131 a 132).

SÉPTIMO.- Escrito de alegaciones de BAEX.

Con fecha de 13 de febrero de 2015 tuvo entrada en sede de esta Comisión escrito de BAEX mediante el cual venía a formular alegaciones a la incoación del presente procedimiento sancionador (folios 133 a 145) que se resumen a continuación y por las que solicita la anulación de la incoación del procedimiento sancionador:

- Que quien actúa como administrador solidario de BAEX, realizó la comunicación previa al inicio de actividades a la que se refiere el artículo 6 de la LGTel/03. Si bien posteriormente constituyó la sociedad civil por medio de la cual prestó los servicios de acceso a internet, no comunicó que su inscripción la realizaba en nombre de dicha sociedad civil debido a que fue informado en la CMT de que debía de inscribir a un socio, persona física, puesto que la sociedad civil carece de personalidad jurídica propia.
- Que siempre ha actuado de buena fe y de forma transparente ignorando que su inscripción en el Registro de Operadores adoleciera de un defecto formal. Prueba de ello es que aportó toda la información requerida por esta Comisión y, en cuanto fue notificado de la incoación del procedimiento sancionador, subsanó el defecto formal del que adolecía su inscripción registral.

A su escrito de alegaciones aporta como medio de prueba, un correo electrónico de la CNMC por el que se da contestación a una consulta planteada en un caso similar, sobre si una comunidad de bienes podía ser considerada como persona autorizada para explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas a lo que esta Comisión contestó negativamente y

señaló que debía de inscribirse a las personas físicas que integran la comunidad de bienes así constituida.

OCTAVO.- Requerimientos de información.

Con fecha 9 de abril de 2015, la instructora del presente procedimiento sancionador requirió a la entidad BAEX la aportación de determinada información económica relevante para el cálculo de la sanción, en caso de existencia de responsabilidades susceptibles de sanción (folios 146 a 150).

Con fecha 27 de abril de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de BAEX contestando al mencionado requerimiento (folios 151 a 173).

NOVENO.- Trámite de audiencia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 19 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), la instructora dictó, con fecha 29 de septiembre de 2015, la propuesta de resolución (folios 174 a 191) del procedimiento por la que se ha propuesto declarar responsable directo a BAEX de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 53.t) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel/03), por haber iniciado, sin presentar ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la Ley General de Telecomunicaciones vigente. Asimismo, propone imponer una sanción de 1.000 euros además de intimar al denunciado a que proceda, conforme con lo establecido por el artículos 56.2 de la LGTel/03 y 80.2 de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel/14) al pago de la tasa general de operadores que hubiera debido satisfacer de haber realizado la notificación a la que se refiere el artículo 6 de la LGTel/03.

Dicha Propuesta de resolución fue notificada a BAEX el 5 de octubre de 2015 (folios 194 a 195) para que, en un plazo de un mes, a contar desde el siguiente al de la recepción de su notificación, formulara las alegaciones y presentara los documentos e informaciones que estimara oportunos.

Transcurrido el plazo antes señalado, BAEX no formuló alegaciones.

DÉCIMO.- Finalización de Instrucción y elevación de expediente a la Secretaría del Consejo.

Por medio de escrito de fecha 6 de noviembre de 2015 la Dirección de Instrucción ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el

expediente administrativo, en los términos previstos en el artículo 19.3 del Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

UNDÉCIMO.- Informe de la Sala de Competencia.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en lo sucesivo, LCNMC), la Sala de Competencia de esta Comisión emitió informe en su sesión de 19 de noviembre de 2015 sobre el presente procedimiento sancionador.

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente ha quedado probado, a los efectos del presente procedimiento sancionador, el siguiente hecho:

ÚNICO.- BAEX ha explotado una red pública de comunicaciones electrónicas y prestado servicios de comunicaciones electrónicas sin haberlo comunicado previo a su inicio, tal y como exige el artículo 6.2 de la LGTel/03.

Que con fecha 21 de junio de 2013 D. SMVD fue inscrito en el Registro de Operadores como persona autorizada para realizar las actividades que se detallan a continuación, incluyendo los datos objeto de la primera inscripción que se detallan en el Anexo a esta Resolución:

- Explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas basada en la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común.
- Proveedor de acceso a Internet (incluido el servicio de correo electrónico).

Que al menos desde el 8 de octubre de 2013², BAEX ha explotado redes y prestado servicios de comunicaciones electrónicas.

Que con fecha 26 de agosto de 2014, D. AAR y D. SMVD³, en calidad de miembros únicos de la sociedad civil BAEX, fueron inscritos en el Registro de

² Contrato de fecha más antigua e incorporado al expediente (folio 52) por el que se acredita de manera fehaciente la prestación de servicios de telecomunicaciones por parte de BAEX a usuarios finales.

³ Si bien D. SMVD fue inscrito como persona autorizada para la explotación de redes y prestación del servicio de acceso a internet en fecha 31 de mayo de 2013, no puede interpretarse dicha inscripción como realizada en nombre y representación de la sociedad civil BAEX puesto que i) no se hizo referencia en la comunicación de inicio de actividad realizada por el sujeto inscrito a que actuaba por cuenta de la sociedad civil de la que era parte, tal y como sí se realizó en la comunicación de inicio de actividad realizada con posterioridad por D. AAR, y ii) la sociedad civil BAEX fue constituida con posterioridad al 31 de mayo de 2013. Prueba de esto último es que el Contrato suscrito por los miembros de la sociedad civil por el

Operadores como personas autorizadas 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 y para la provisión de acceso a Internet. En consecuencia, desde la mencionada fecha BAEX figura inscrito en el citado Registro como operador de comunicaciones electrónicas.

De conformidad con los anteriores párrafos, que desde el 8 de octubre de 2013 hasta el 26 de agosto de 2014, BAEX explotó redes públicas de comunicaciones electrónicas y prestó servicios de comunicaciones electrónicas sin haberlo notificado previamente a la autoridad reguladora del sector de las telecomunicaciones, conforme lo exige el artículo 6.2 de la LGTel/03 y LGTel/14.

Respecto a otros hechos denunciados – *que desde el año 2009 esa misma sociedad operaba bajo “el nombre comercial de “Nuestro Pueblo Wifi”*”- tras haber analizado los documentos aportados por la denunciante y los obrantes en esta Comisión, no se encuentra ninguna relación mercantil o comercial de esta entidad con BAEX, por lo que no se consideran probados tales hechos.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I.- Habilitación competencial para resolver el presente procedimiento sancionador y legislación aplicable.

Según artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, Ley CNMC), corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003⁴, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*. Asimismo, el artículo 29.1 de la Ley CNMC, señala que la CNMC ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto, entre otros, en el Título VIII de la LGTel/03⁵.

La instrucción de los procedimientos sancionadores de acuerdo con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la Ley CNMC y 18.1 y 21.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado mediante RD 657/2013), corresponde a la Dirección de

que constituyen la misma y establecen los estatutos por los que se regirá, es de fecha 8 de agosto de 2013 y fue presentada a la Junta de Andalucía para su inscripción en el Registro correspondiente, el día 27 de agosto de 2013 (folio 106).

⁴ Actualmente, LGTel/14.

⁵ Actualmente, LGTel/14 que en su artículo 84.2 atribuye competencias sancionadoras a la CNMC en los siguientes términos: *“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 12, 15 y 16 del artículo 76, infracciones graves tipificadas en los apartados 11, 27, 28, 35 y 36 del artículo 77 e infracciones leves tipificadas en el apartado 4 del artículo 78.”*

Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual. Corresponde su resolución a la Sala de Supervisión regulatoria del Consejo de la CNMC, tal y como prevén los artículos 9 y 20 de la Ley CNMC, así como el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico.

Junto a las normas ya citadas, son de aplicación al presente procedimientos, la LRJPAC y el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

II.- Objeto del procedimiento sancionador y delimitación de los hechos.

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste, por una parte, en determinar si BAEX ha infringido el artículo 6.2 de la LGTel/03 al haber prestado servicios de comunicaciones electrónicas sin haberlo notificado fehacientemente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con anterioridad al inicio de su actividad.

III. Tipificación de los hechos probados.

3.1 Sobre las sociedades civiles y la obligación de comunicar a esta Comisión la prestación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas con anterioridad al inicio de la actividad.

El artículo 6 de la LGTel/03 elimina la necesidad de autorización previa para el acceso al mercado de las telecomunicaciones a las personas interesadas. Desde su entrada en vigor la citada Ley establece, en su apartado 1, que podrán explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas a terceros *“las personas físicas o jurídicas de un Estado miembro de la Unión Europea o de otra nacionalidad (...)”* y, en su apartado segundo, se sustituye el régimen de autorización previa al inicio de actividad por el de notificación previa a la autoridad reguladora. En concreto, el artículo 6.2 de la LGTel establece lo siguiente: *“Los interesados en la explotación de una determinada red o en la prestación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas deberán, con anterioridad al inicio de la actividad, notificarlo fehacientemente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en los términos que se determinen mediante real decreto, sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que pretendan realizar. Quedan exentos de esta obligación quienes exploten redes y se presten servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación.”*

De la dicción literal del artículo 6.1 de la LGTel/03 vale subrayar la exigencia legal de que la entidad que va a explotar redes o prestar servicios de telecomunicaciones, tenga personalidad jurídica. La carencia de personalidad de empresas, comunidades de bienes o sociedades civiles irregulares, debe llevar a tener por no realizadas estas notificaciones por carecer del requisito subjetivo.

Por lo tanto, en cuanto a las sociedades civiles, el artículo 1667 del Código Civil

establece que *“La sociedad civil se podrá constituir en cualquiera forma, salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública.”* Y el artículo 1669 de la misma Ley establece que *“No tendrán personalidad jurídica⁶ las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. (...) Esta clase de sociedades se registrará por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes.”*

Así pues, toda comunicación previa de inicio de actividad a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel realizada por una sociedad civil irregular que pretenda ser inscrita como operador en el Registro de Operadores, se tendrá por no realizada precisamente por carecer de personalidad jurídica. En su lugar, tendrán que comunicar, con carácter previo, su intención en explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas los miembros de dicha sociedad civil que vayan a realizar las actividades propias de comunicaciones electrónicas cumpliendo con la información que exige el artículo 5.5 a) del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (en adelante, RSU). Y cuando la comunicación previa de inicio de actividad sea realizada por una sociedad civil regular o con plena personalidad jurídica, dicha sociedad podrá ser inscrita como operador en el Registro correspondiente siempre que aporte la información y documentación a la que se refiere el artículo 5.5.b) del RSU.

3.2 Tipo infractor.

Resulta necesario concretar la norma sancionadora aplicable, ya que tras la comisión de la infracción se ha producido una sucesión de norma por la entrada en vigor el día 11 de mayo de 2014 de la nueva LGTel.

Con carácter general y en aplicación del principio de tipicidad de los artículos 128.1 de la LRJPAC y 4.1 del Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, debe atenderse a la norma vigente en el momento de los hechos. No obstante, el citado principio, consagrado en los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución española, prevé como excepción el efecto retroactivo de las disposiciones sancionadoras en cuanto favorezcan al presunto infractor, tal y

⁶ La sociedad civil carecerá de personalidad jurídica configurándose como irregular mientras no sea pública su constitución o se haya hecho público el ánimo societatis de sus socios. Así lo expresa el Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho Segundo de su Sentencia de 12 de diciembre de 2003 (RJ 2004/413): *“Son las sociedades irregulares o de hecho, cuyos pactos no trascienden a terceros y los socios contratan en su propio nombre con los mismos, sin cumplirse requisito alguno de forma; su eficacia ha sido muy perfilada por doctrina y jurisprudencia: el artículo 1669 del Código Civil, que la define (dice su primer párrafo: no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros) se remite a las normas de la comunidad de bienes de los artículos 392 y siguientes (dice su segundo párrafo: esta clase de sociedades se registrará por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes), por lo que en el aspecto interno las partes quedan obligadas y en el externo responden frente a terceros.”*

como resulta de dichos preceptos y del 128.2 de la LRJPAC. El análisis de la procedencia de la aplicación retroactiva de la norma se realiza, de acuerdo con la jurisprudencia, en bloque (por todas, STC de 18 de enero de 1993).

El artículo 53.t) de la LGTel/03 y 76.2 de la LGTel/14, consistente en la presunta realización de actividades de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar dicha actividad y que se encuentran establecidos en la citada Ley General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo. Mientras que el artículo 76.2 de la LGTel/14 se refiere específicamente al requisito de notificar la actividad a esta Comisión, antes de iniciarla en el mercado, establecido en el artículo 6.2 de la ley.

Así pues, respecto a la conducta descrita en el tipo infractor, tanto el artículo 53.t) de la LGTel/03 como el artículo 76.2 de la LGTel/14 mantienen una redacción equivalente y en cualquier caso los dos textos califican como infracción muy grave la prestación de servicios sin la preceptiva comunicación previa.

Por lo tanto, el tipo infractor es la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidas en la Ley y su normativa de desarrollo.

Por consiguiente, y en virtud de lo establecido en el artículo 129.1 de la LRJPAC que consagra el principio de tipicidad y atendiendo a las consideraciones previstas en el anterior subapartado, es necesario analizar si de la actuación realizada por BAEX puede inferirse que ha existido un incumplimiento de los requisitos exigibles para explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas.

3.3 Sobre si BAEX ha explotado redes o prestado servicios de comunicaciones electrónicas sin haber realizado la comunicación previa que exige el art. 6.2 de la LGTel.

Si bien BAEX como sociedad civil irregular pudo existir con anterioridad a la fecha en que consta en el documento privado de constitución de la misma (folio 106), de conformidad con lo previsto en el primer subapartado de este Fundamento de Derecho, ello no habría convalidado la infracción objeto del presente procedimiento puesto que, hasta que BAEX no obtuvo personalidad jurídica propia, no era susceptible de ser inscrita como operador y, una vez hecho ésto, explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas.

Ahora bien, el hecho de que uno de sus socios constase inscrito en el Registro de Operadores y que la sociedad BAEX no se había constituido públicamente, suponía la habilitación de dicho socio como persona física para explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas. Es decir, para realizar actividades de comunicaciones electrónicas en su propio nombre pero no en

nombre de la sociedad BAEX.

Por otra parte, la notificación posterior realizada por D. AA sí se realizó en nombre de la sociedad civil BAEX, habiendo considerado que en esa fecha BAEX sí disponía de personalidad jurídica propia por lo que, desde la fecha en que se acordó la inscripción de BAEX en el Registro de Operadores, BAEX sí estaba habilitada para explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas en su propio nombre.

Por lo tanto, cabe concluir que las actividades realizadas por BAEX como operador de telecomunicaciones previo a la notificación a la que nos referimos en el anterior párrafo, suponen la comisión de una infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 53.t) de la LGTel de 2003, concretada en el presente caso en la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas basada en la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común y la prestación del servicio de proveedor de acceso a Internet a partir del 8 de octubre de 2013, sin haber realizado la notificación fehaciente prevista en el artículo 6.2 del citado texto legal – notificación que se produjo el día 30 de julio de 2014-, existiendo, pues, tipicidad de la conducta conforme con lo establecido en el artículo 129 de la LRJPAC.

IV. Análisis de las alegaciones de la imputada en relación con los hechos imputados.

En su escrito de alegaciones realizadas a la incoación del procedimiento sancionador, BAEX señala que sus socios pretendieron crear de forma inmediata una sociedad a fin de iniciar su actividad como proveedores de acceso a Internet. Añade que con ánimo de estar habilitada la sociedad para iniciar sus actividades lo antes posible, realizó una consulta telefónica a esta Comisión relativa a los requisitos necesarios para inscribir como operador a una sociedad y que, en respuesta a su consulta, se le indicó que una sociedad civil, al carecer de personalidad jurídica propia, no podía ser inscrita debiendo hacerlo el propio socio como persona física. En consecuencia, D. SMVD realizó su inscripción bajo la creencia que la actuación fue la correcta. Como medio de prueba de la citada consulta telefónica, BAEX adjuntó de a su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación un correo electrónico de esta Comisión *“por consulta planteada en un caso similar al presente”*. En su opinión, en dicho correo electrónico se le informa de que *“una comunidad de bienes (o sociedad civil) no puede considerarse como persona autorizada para explotar redes y para prestar servicios de comunicaciones electrónicas a terceros, debiendo inscribirse a las personas físicas que integran la comunidad de bienes así constituida”*

Por otra parte, señala que tras conocer los primeros requerimientos de esta Comisión realizados en el marco de las actuaciones previas a la incoación del presente procedimiento, no sospechó que la referida inscripción registral adoleciera de defecto formal alguno, extremo que fue subsanado después, de

buena fe, e inmediatamente tras tener la certeza de que se trataba de que la inscripción sí adolecía de un defecto formal pero sin trascendencia sancionadora.

En relación con las consultas informales que planteó a esta Comisión en virtud de las cuales pretende excusar su incumplimiento, debe de señalarse que las respuestas a consultas informales no vinculan estrictamente al presente organismo. Por otra parte, de las anteriores alegaciones se desprende ausencia de intencionalidad infractora por parte de BAEX que ha sido tenida en consideración para valorar la culpabilidad de la conducta y la determinación de la sanción.

V. Culpabilidad en la comisión de la infracción.

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de Derecho Administrativo Sancionador⁷, 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 130.1 de la LRJPAC.

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración en el artículo 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.”* En efecto, en el derecho administrativo sancionador cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

En definitiva, actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20)) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción.

En el presente caso se ha concluido la existencia de una conducta culpable de la que resulta responsable BAEX, en base a los hechos que configuran el tipo infractor del que trae causa el presente procedimiento. En efecto, a la luz de los actos de instrucción y del hecho probado que constan en la presente resolución, resulta que BAEX ha realizado la conducta objeto de la infracción, no habiendo observado la diligencia debida exigida para evitar el resultado antijurídico producido.

En el presente caso, dicha falta de diligencia se concreta en haber incumplido la obligación de notificación previa a la que se refiere el artículo 6.2 de la

⁷ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20)

LGTel, que debe ser considerada como una actitud negligente o viciada de ignorancia inexcusable, con la consiguiente culpabilidad.

VI. Sanciones aplicables a las infracciones.

Si bien, como antes hemos señalado, tanto la LGTel/03 como la LGTel/14 establecen como infracción muy grave la conducta objeto del presente procedimiento sancionador, en atención al principio de tipicidad de los artículos 128.1 de la LRJPAC y 4.1 del Reglamento Procedimiento Sancionador y a la excepción al principio de irretroactividad, hemos de establecer la norma que resulta de aplicación para determinar la sanción aplicable.

En atención a lo anterior, aunque tanto la LGTel/03 como la LGTel/14 establecen unas reglas para fijar la cuantía máxima que puede imponerse en la sanción de infracciones -estableciéndose, además, una cuantía mínima en caso de que no pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor- las mencionadas reglas han sido modificadas al alza⁸ en la nueva LGTel/14 resultando, en consecuencia, más beneficiosa para el infractor la LGTel/03, norma que resulta de aplicación.

6.1 Límites legales de las sanciones.

Los límites de la sanción por la infracción cometida, calificada como muy grave en el artículo 53.t) de la LGTel/03, son los siguientes:

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

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

Adicionalmente, para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 131.2 de la LRJPAC que señala lo siguiente:

“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”.

La aplicación de estos criterios otorga un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía aplicable, respetando así el principio de proporcionalidad y

⁸ Las infracciones muy graves, como la tipificada en el artículo 53.t) de la LGTel/03 le correspondería una sanción máxima de 2 millones de euros (de conformidad con el artículo 56.1b) de la LGTel/03), mientras que a la infracción tipificada en el artículo 76.2 de la LGTel/14 le correspondería una sanción máxima de 20 millones de euros (de conformidad con el artículo 79.1.a) de la LGTel/14.

disuasión. Al respecto, cabe citar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de marzo de 1991 (RTC 1991/41) que se refiere al margen de la discrecionalidad judicial o administrativa en relación con la necesaria adecuación o proporcionalidad entre la gravedad de los ilícitos y las sanciones que se impongan.

En virtud de todo lo anterior y considerando que resulta imposible 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 comunicación previa a la CNMC un acto totalmente gratuito para el operador, la sanción que se determine se fijará considerando la ausencia de límite mínimo y, como límite máximo, dos millones de euros.

6.2 Determinación de las sanciones.

Además de los límites legales de las sanciones, para determinar la sanción también se debe atender a los siguientes criterios de graduación previstos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y en el 56.2 de la LGTel/03:

- a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona. (y especialmente la reincidencia en un mismo año declarado por resolución firme).
- b) La repercusión social de las infracciones.
- c) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.
- d) El daño causado o naturaleza de los perjuicios.
- e) La situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan.
- f) La existencia de intencionalidad o reiteración.
- g) La naturaleza de los perjuicios causados.

De acuerdo con los anteriores criterios de graduación, se considera que no concurre en el presente caso ninguna causa de agravación de la responsabilidad.

En relación con las causas de atenuación, se considera que concurre en el presente caso la circunstancia atenuante de mínimo daño causado, atendiendo al limitado ámbito en el que la entidad en cuestión realiza sus actividades (circunscrito a la Comunidad autónoma de Andalucía), a que reparó el daño causado al haber llevado a cabo la preceptiva comunicación previa en cuanto tuvo conocimiento del defecto formal del que adolecía la comunicación previa de uno de sus socios y al limitado número de clientes (según los datos aportados por BAEX al presente procedimiento, captó 21 clientes entre octubre y diciembre de 2013, y 69 entre enero y julio de 2014).

Por otra parte, en relación con la situación económica del infractor, debe de tenerse en cuenta que *“que se ha cursado su baja (de la empresa) en fecha 31 de diciembre de 2014 por sus resultados negativos”* (folio 151) y que los ingresos obtenidos por la compañía por la realización de actividades de comunicaciones electrónicas entre el 8 de octubre de 2013 y el 30 de julio de 2014 –fecha en la que se produjo la notificación-. Dichos ingresos, según la información aportada por Baex ascienden a **[CONFIDENCIAL. FIN CONFIDENCIAL]**.

Asimismo, debe de tenerse en consideración la ausencia de intencionalidad en la comisión de la infracción y la ausencia de antecedentes infractores de la normativa sectorial por parte de BAEX además de la escasa repercusión social de la infracción.

En virtud de todo lo anterior, atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, así como a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y en el artículo 56.2 de la LGTel/03, y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes se considera que procede imponer una sanción de 50 euros.

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho anteriores, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directos a BAEX INTERNET, S.C, de la comisión de sendas infracciones muy graves tipificadas en el artículo 53.t) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber iniciado la actividad consistente en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en la citada Ley y su normativa de desarrollo.

SEGUNDO.- Imponer a BAEX INTERNET, S.C, la sanción económica de cincuenta -50- euros por la comisión de la infracción señalada en el Resuelve Primero.

TERCERO.- De conformidad con el artículo 56.2 de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 y 80.2 la Ley General de Telecomunicaciones de 2014, se requiere a BAEX INTERNET, S.C, para que, en un plazo de 15 días desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, presente su declaración de ingresos brutos derivados de la explotación de redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas durante el ejercicio 2013, en los términos previstos en el Anexo I de la Ley General de Telecomunicaciones.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que pone fin a la vía administrativa, y podrá interponerse 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.