

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A HABLAYA, S.A.U., POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIBLES PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS.

SNC/DTSA/026/15/HABLAYA

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D^a Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario de la Sala

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 1 de marzo de 2016

Vista la Propuesta de resolución, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Denuncia.

Con fecha 9 de abril de 2015 tuvo entrada en el registro de esta Comisión un escrito mediante el cual se ponía en su conocimiento que la entidad Hablaya, S.A., sociedad unipersonal (en adelante, Hablaya) se encontraba prestando el servicio de acceso a Internet sin haberlo notificado a esta Comisión.

Según el denunciante, Hablaya ofertaba a través de su página web la prestación de servicios de acceso a Internet mediante “Acceso a Internet Movistar ADSL” y “Acceso a Internet Movistar VDSL” (folios 1 a 10 del expediente administrativo).

SEGUNDO.- Captación de “pantallazos” de la página web de Hablaya sobre los hechos denunciados.

El día 3 de junio de 2015 se procedió a constatar en la página Web de Hablaya que esta entidad ofrece a los usuarios servicios de reventa de banda ancha (servicio ADSL) a través de la red de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) (folios 10 a 14). Tras consultar en dicha fecha el Registro de Operadores, se verificó que la entidad Hablaya se encontraba solo inscrita como operadora para la prestación de servicios de reventa del servicio telefónico disponible al público (mediante acceso indirecto y tarjetas telefónicas de prepago).

TERCERO.- Apertura de un expediente de información previa y requerimiento de información.

Con fecha 8 de junio de 2015 fue notificado al denunciante, a Hablaya y a Telefónica de España, el inicio de un expediente de información previa con el fin de determinar la procedencia de la apertura de un procedimiento sancionador contra Hablaya, por no haber comunicado previamente a esta Comisión el inicio de la prestación del servicio de acceso a Internet. Asimismo, se realizaron requerimientos de información a Hablaya y Telefónica con el fin de determinar los hechos objeto de denuncia (folios 23 a 26 y 15 a 18, respectivamente).

Los días 19 y 23 de junio de 2015 tuvieron entrada en el registro de esta Comisión sendos escritos de Hablaya y Telefónica, en los que se contestaba los citados requerimientos de información (folios 27 a 54 y 55 a 110, respectivamente).

CUARTO.- Comunicación por parte de Hablaya de la prestación del servicio de acceso a Internet y su inscripción en el Registro de Operadores.

Con fecha 16 de junio de 2015 Hablaya presentó la comunicación fehaciente del inicio de la prestación del servicio de acceso a Internet con la finalidad de regularizar su situación registral.

El día 3 de julio de 2015 esta Comisión procedió a inscribir a Hablaya en el Registro de Operadores para la transmisión de datos como proveedor de acceso a Internet (folios 115 a 122).

QUINTO.- Acuerdo de incoación de un procedimiento sancionador contra Hablaya, por el presunto incumplimiento de los requisitos exigibles para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

Con fecha 16 de julio de 2015 se acordó por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el inicio de un procedimiento sancionador contra Hablaya, en los siguientes términos (folios 115 a 122):

“PRIMERO.- Incoar un procedimiento sancionador contra Hablaya, S.A.U como presunta responsable directa de una infracción administrativa muy grave, tipificada en el artículo 76.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, consistente en la presunta prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar dicha actividad y que se encuentran establecidos en las citadas leyes y su normativa de desarrollo.”

El acuerdo de incoación fue notificado el día 23 de julio de 2015.

SEXTO.- Escrito de alegaciones de la entidad Hablaya.

Con fecha 28 de julio de 2015 tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito de Hablaya en el cual formulaba alegaciones en relación con la incoación del procedimiento administrativo sancionador (folios 127 a 129 del expediente administrativo).

En dicho escrito reconocía un retraso en la notificación de la comercialización de servicios de acceso a internet debido a un error involuntario y alegaba que con fecha 26 de junio de 2015 se procedió a subsanarlo. Por todo ello, solicita *“la resolución del procedimiento administrativo sancionador con la mayor benevolencia”*.

SÉPTIMO.- Propuesta de resolución.

Con fecha 1 de diciembre de 2016 la instructora del procedimiento formuló la propuesta de resolución de conformidad con el artículo 18 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto. En dicho escrito se proponía:

PRIMERO.- Declarar responsable directo a Hablaya, S.A.U. por 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 prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de proveedor de acceso a Internet, sin haber presentado la comunicación fehaciente previa prevista en el artículo 6.2 de la LGTel, para su inscripción en el Registro de Operadores.

SEGUNDO.- Imponer a Hablaya, S.A.U. una sanción por importe de quinientos -500- euros por llevar a cabo la anterior conducta durante un período breve de tiempo y habiendo cesado en la prestación del servicio con anterioridad al inicio del presente procedimiento sancionador.

La propuesta de resolución fue notificada al operador el día 11 de diciembre de 2015 y en su diligencia de notificación se le señalaba que disponía del plazo de un mes para formular las alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimase pertinentes. No consta que Hablaya haya realizado alegaciones.

OCTAVO.- Informe de la Sala de Competencia de la CNMC.

Con fecha 25 de febrero de 2016 la Sala de Competencia de la CNMC emitió el informe al que se refiere el artículo 21.2.a) de la Ley CNMC (folio 490 del expediente administrativo).

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con las actuaciones practicadas durante la instrucción del expediente cabe considerar probados los hechos siguientes:

ÚNICO.- Prestación del servicio de acceso a internet sin la comunicación preceptiva previa.

Hablaya, con anterioridad Sociedad Regional de Informática, S.A., es un operador de servicios de comunicaciones electrónicas y como tal consta inscrito en el Registro de Operadores para la prestación del servicio consistente en la reventa del servicio telefónico fijo, en acceso indirecto y mediante la comercialización y gestión de tarjetas telefónicas prepago, desde el día 13 de diciembre de 2004.

Tras las comprobaciones llevadas a cabo, según consta en el expediente administrativo, se considera acreditado que Hablaya prestó el servicio de comunicaciones electrónicas consistente en la provisión de acceso a Internet sin haberlo comunicado a esta Comisión desde el día 1 de enero hasta el día 16 de junio de 2015. Hablaya reconoce que hasta junio de 2015 estuvo prestando la actividad de proveedor de acceso a Internet en el marco de un proyecto piloto.

Frente a lo anterior, a juicio de esta Comisión, la realización de ensayos o pruebas previamente a la puesta en funcionamiento del servicio, o de creación de la red, no permite la comercialización de dichos servicios sin cumplir los requisitos legalmente previstos, entre los que se incluye la comunicación previa.

La forma de realizar la comunicación previa a la efectiva prestación de los servicios está descrita en el artículo 5 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto

424/2005, de 15 de abril y no se configura como un trámite complejo que justifique su omisión.

En idénticos términos se pronunció la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en su resolución de fecha 20 de diciembre de 2004, por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto por un operador contra la Resolución de 30 de septiembre de 2004, en la que se le declaró responsable de una infracción muy grave por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6.2 de la LGTel/2003. En esa ocasión se argumentó que *“no puede entenderse que la realización de ensayos o pruebas para proporcionar acceso a Internet forme parte del proceso de creación de una red. En todo caso, tales ensayos o pruebas corresponderían a la fase de inicio de la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas posterior a la creación de la red”*.

El criterio debe mantenerse, pues no se prevé en la actual Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel/2014), que los operadores puedan prestar sus servicios antes de realizar la comunicación previa, incluso aunque se tratase de una fase pre-comercial (supuesto que aquí no concurre).

La previsión contenida en el artículo 6.2 de la LGTel/2014 se desarrolla en el Reglamento de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas¹, cuyo artículo 12.1 dispone que:

“Una vez practicada la primera inscripción de un operador, se consignarán en el Registro cuantas modificaciones se produzcan respecto de los datos inscritos, tanto en relación con el titular como con la red o servicio de comunicaciones electrónicas que se pretenda explotar o prestar.”

Dicho precepto obliga a notificar la modificación de las características de los servicios o redes respecto de los que figuran en la primera comunicación, que determinó la inscripción en el Registro de Operadores.

De lo anterior se concluye que Hablaya no comunicó la ampliación de su actividad a esta Comisión para su inscripción en el Registro de Operadores, tal y como establecen los artículos 6.2 de la LGTel y 12.1 del Reglamento de prestación de servicios. Desde el punto de vista de su tipicidad, esta conducta es antijurídica ya que constituye el incumplimiento de dichos preceptos y, por tanto, supone la comisión por parte de Hablaya de una infracción muy grave prevista en el artículo 76.2 de la LGTel.

¹ El Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, sigue vigente en virtud de la disposición transitoria primera de la LGTel.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Habilitación competencial de la Comisión para resolver el presente procedimiento sancionador y legislación aplicable.

Las competencias de la CNMC para instruir y resolver el presente procedimiento 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 (Ley CNMC), corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003², de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*.

Esta remisión a la Ley CNMC ha de entenderse efectuada en la actualidad a la LGTel/2014, ya que el día 11 de mayo de 2014 entró en vigor la nueva Ley General de Telecomunicaciones, que derogó la anterior LGTel.

El nuevo texto legal mantiene la obligación formal de comunicación previa a la prestación del servicio o la explotación de la red en su artículo 6.2, si bien señala que dicha comunicación previa debe realizarse al Registro de Operadores cuya gestión corresponde al Ministerio de Industria, Energía y Turismo (en adelante, Minetur), tal y como se establece en sus artículos 7 y 69.b).

La LGTel tipifica, en su artículo 76.2, 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, la competencia sancionadora en dicha materia corresponde al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Minetur.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta el régimen transitorio de la vigente LGTel. Así, de conformidad con lo dispuesto en su disposición transitoria décima, hasta que el Minetur asuma la competencia efectiva de la gestión del Registro de Operadores y la competencia sancionadora en este ámbito, estas facultades se seguirán ejerciendo transitoriamente por la CNMC.

En aplicación de los preceptos citados y de conformidad con el artículo 84.2 de la LGTel, la CNMC tiene competencia para conocer y resolver sobre el incumplimiento de los requisitos exigibles para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, como el previsto en el artículo 6.2 de la LGTel.

El procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la Ley CNMC y en la LGTel/2014, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen

² Actualmente, Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC).

Atendiendo a lo previsto en el artículo 10.2 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, en los artículos 20.2, 21.2 b) y 29 de la Ley CNMC y 14.1 y 21 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por otra parte, según el apartado 2 del artículo 29 de la Ley CNMC, “[p]ara 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”.

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

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si Hablaya ha incumplido su deber de comunicar la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas consistente en la provisión de acceso a Internet antes del inicio de la actividad.

III. Tipificación de los hechos probados.

El presente procedimiento sancionador se inició contra Hablaya ante la posible comisión de una infracción prevista en el artículo 76.2 de la LGTel/2014, que tipifica como infracción 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*”.

Por su parte, el artículo 6.2 de la LGTel/2014 señala 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, (...)”.

La previsión contenida en el artículo 6.2 de la LGTel se desarrolla en el Reglamento de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, cuyo artículo 12.1 dispone que:

“Una vez practicada la primera inscripción de un operador, se consignarán en el Registro cuantas modificaciones se produzcan respecto de los datos inscritos, tanto en relación con el titular como con la red o servicio de comunicaciones electrónicas que se pretenda explotar o prestar.”

De lo anterior se deduce la falta de comunicación previa a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, en la medida en que constituye un

requisito exigible para su prestación, constituye un ilícito previsto en la LGTel/2014. De la misma manera, los operadores tienen la obligación de notificar las modificaciones de los datos inscritos en relación con los servicios prestados.

Entre los datos inscritos, el artículo 5.5, apartado d) del Reglamento de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluye los siguientes:

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

- 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*

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 adecuación del Registro de Operadores a la realidad es un bien jurídico que debe protegerse, en su caso, con el ejercicio de la potestad sancionadora. Por este motivo, como se ha expuesto, se tipifica el incumplimiento del deber de adecuar los datos inscritos, como las actividades realizadas por los operadores, como una infracción grave en la LGTel/2014.

Tras las comprobaciones llevadas a cabo, tal y como se ha constatado en el Hecho Probado Único de la presente resolución, se ha determinado que Hablaya prestó el servicio de comunicaciones electrónicas consistente en la provisión de acceso a Internet sin haberlo comunicado previamente a esta Comisión desde el 1 de enero hasta el 16 de junio de 2015. Hablaya constaba inscrito en el Registro de Operadores para la prestación de otros servicios, por lo que la infracción se produce por no notificar la modificación (ampliación) de los servicios cuya prestación había comunicado.

IV. Culpabilidad en la comisión de la infracción.

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de derecho administrativo sancionador³, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad. Ello supone que la conducta antijurídica deberá ser 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 LRJAP y PAC, establece que *“sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”*

De esta manera, puede concluirse que en el derecho administrativo sancionador cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida ésta como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

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. 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 no exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia que consiste en no cumplir la obligación de comunicar previamente la modificación de los servicios de comunicaciones electrónicas prestados al Registro de Operadores. Tratándose de un operador de servicios de comunicaciones electrónicas, la omisión es inexcusable en la medida en que dicho deber se incluye dentro de un deber de diligencia esencial, por lo que dicha conducta debe considerarse culpable a título de negligencia.

V. Cuantificación de la sanción aplicable.

1.- Límite legal de la sanción.

La LGTel/14 establece en su artículo 14 las reglas para fijar la cuantía máxima de las sanciones que pueden imponerse por las infracciones que prevé. Además, fija una cuantía mínima en caso de que pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor.

³ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004.

En el presente caso, la conducta antijurídica consiste en la falta de realización de la comunicación previa a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel/14. De conformidad con el artículo 79.1 a) del mismo texto legal, la sanción que puede ser impuesta por la infracción administrativa muy grave del artículo 76.2 es 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.”

Por lo tanto, la LGTel/14 fija como límites máximos del importe de la sanción por el incumplimiento de los requisitos exigibles para la explotación de redes y prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas establecidos en los artículos 6.1 y 6.2 (i) el quíntuplo del beneficio obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción o (ii) veinte millones de euros.

La infracción llevada a cabo por Hablaya no conllevaría para ésta más beneficio que el derivado del impago de la Tasa General de Operadores a cuyo pago estaría obligado, en su supuesto hipotético de que hubiera presentado una declaración de ingresos brutos de explotación que incluyera solo los obtenidos por las actividades inscritas inicialmente. Dado que a fecha de hoy Hablaya no ha comunicado dicha cifra de ingresos para su liquidación administrativa, la comisión de la infracción por parte de Hablaya no le causó un beneficio económico directo, al ser la notificación fehaciente un acto gratuito para los operadores.

Por tanto, de conformidad con el artículo 79.1 a) de la LGTel/2014, y teniendo en cuenta que no se ha podido determinar la existencia de un beneficio directo por esta infracción, se debe concluir que para la determinación de la cuantía mínima de la sanción no existe límite alguno, mientras que la cantidad máxima de la sanción queda fijada en veinte millones de euros.

2.- Aplicación al presente caso de los criterios de cuantificación.

A partir del límite legal máximo, para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 80.1 de la LGTel/2014:

“a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.

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 y su reparación.*
- e) El cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador.*
- f) La negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o a facilitar la información o documentación requerida.*
- g) El cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador.*

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

Por su parte, el artículo 131.3 de la LRJAP y PAC señala que:

“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

- a) La existencia de intencionalidad o reiteración.*
- b) La naturaleza de los perjuicios causados.*
- c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.”*

Finalmente, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 131.2 de la LRJAP y PAC, que señala que:

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

En este sentido, la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998; Recurso de Casación núm. 4007/1995). El principio de proporcionalidad se entiende cumplido cuando las facultades reconocidas a la Administración para determinar la cuantía de la sanción han sido desarrolladas, en *ponderación* de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites permisibles y en perfecta congruencia y proporcionalidad con la infracción cometida (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991).

La aplicación de estos criterios otorga un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio

de proporcionalidad y disuasión⁴. 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.

Para la graduación de la sanción se considerarán los criterios recogidos en los artículos 80.1 de la LGTel y 131.3 de la LRJAP y PAC. En concreto, considerarán a estos efectos:

- La escasa repercusión social de la infracción.

La conducta de Hablaya, consistente en la falta de comunicación de su actividad como proveedor del servicio de acceso a Internet, para su inscripción en el Registro de Operadores, ha tenido una escasa repercusión social.

A este respecto, cabe señalar que el operador ya estaba inscrito en el Registro de Operadores, por lo que únicamente tenía que haber notificado la ampliación de su actividad.

- La ausencia de beneficio económico.

La operadora no obtuvo un beneficio económico como consecuencia de la comisión de la infracción, salvo el mínimo coste de llevar a cabo el trámite de la notificación, que es gratuito.

La falta de notificación del inicio de la actividad, asimismo, puede suponer un beneficio para el operador si ello impide la liquidación de la Tasa General de Operadores. Ello no sucede en este caso, pues Hablaya ya contaba inscrita en el registro de operadores y, además, el procedimiento para la liquidación de la TGO del ejercicio 2015 no se ha iniciado todavía.

⁴ STS de 8 de octubre de 2001 (Recurso de Casación núm. 60/1995) cuando en el fundamento de derecho tercero establece:

[...] tal principio [el de proporcionalidad de las sanciones] no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues como se precisa en SS. de este Tribunal de 26 septiembre y 30 octubre 1990, la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, doctrina ésta ya fijada en SS. de 24 noviembre 1987 y 15 marzo 1988, dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce al ámbito de sus potestades sancionadoras, pues a la actividad jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también por la paralela razón, el adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción [...].”

- El cese de la actividad infractora previamente a la tramitación del presente expediente sancionador.

La propuesta de resolución señala que la entidad Hablaya presentó con fecha 26 de junio de 2015 la comunicación fehaciente del inicio de la prestación del servicio de acceso a Internet con la finalidad de regularizar su situación registral. Con fecha 3 de julio de 2015 se notificó la Resolución de la CNMC de inscripción en el Registro de Operadores, para la transmisión de datos como proveedor de acceso a Internet (expediente número 2015/901).

Esta voluntariedad en el cese de la conducta se considera para cuantificar la sanción de forma más favorable al sancionado.

No obstante, dicho criterio de la instrucción no debe compartirse, pues la comunicación al Registro de Operadores de la nueva actividad se produjo con posterioridad a la notificación del inicio de diligencias preliminares tras la denuncia de los hechos. Ello descarta que Hablaya notificara espontáneamente la ampliación de sus actividades como operador de servicios de comunicaciones electrónicas.

3.- Determinación de la sanción.

A partir de los datos expuestos, aplicando al presente caso los criterios de graduación anteriormente mencionados, se alcanzan las siguientes conclusiones:

- El límite máximo de las sanciones que se le puede imponer a Hablaya es de 20.000.000 euros, sin que se pueda determinarse el límite mínimo.
- No se imputa dolo en la comisión de la infracción analizada.
- Se valoran dos criterios que permiten imponer una sanción en un grado mínimo:
 - La escasa repercusión social derivada de la conducta cometida.
 - La inexistencia de beneficio económico como consecuencia de la infracción.
- La infracción se cometió durante periodo de tiempo de casi seis meses (desde el 1 de enero hasta el 16 de junio de 2015).

En atención a todo lo anterior, atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración, y a los criterios de graduación establecidos en los artículos 131.3 de la LRJAP y PAC y 80.1 de la LGTel/2014, a la vista de la conducta infractora, se considera que procede imponer a Hablaya **una sanción de cinco mil euros (5.000 euros)**.

Dicha cuantía es superior a la prevista en la propuesta de resolución, pero no supone una agravación de la conducta imputada. Ha de puntualizarse que el art. 20.3 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, determina que *"...cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción reviste mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes, concediéndosele un plazo de quince días"*.

El precepto se refiere exclusivamente a la gravedad de la presunta infracción cometida, y no a la de la sanción propuesta, cual es el caso, que no vincula al órgano decisor siempre que se encuentre dentro de los límites previstos, por lo que la resolución sancionadora no altera los hechos ni la calificación jurídica contenida en la propuesta de resolución y se limita a aplicar los criterios de individualización de la sanción e imponer la sanción dentro del mismo grado mínimo que proponía el instructor, pero en una cuantía superior, en uso de las facultades que para ello dispone el órgano decisor.

Debe señalarse que la sanción impuesta se sigue encontrando en el grado mínimo, a la vista del máximo que legalmente puede imponerse para este tipo de infracciones.

La sanción se impone sin perjuicio de su obligación de pagar la Tasa General de Operadores, de conformidad con el 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, partiendo de una cifra de ingresos brutos de explotación que incluya los obtenidos por la totalidad de actividades.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar responsable directo a Hablaya, S.A.U., 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 prestación del servicio de comunicaciones electrónicas consistente en la provisión de acceso a Internet sin haber presentado la comunicación fehaciente previa prevista en el artículo 6.2 de la LGTel, para su inscripción en el Registro de Operadores.

SEGUNDO.- Imponer a Hablaya, S.A.U. una sanción por importe de cinco mil - 5.000- euros.

Comuníquese esta resolución a la DTSA y notifíquese al interesado haciendo saber que contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar a partir del día siguiente al de su notificación.