



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA

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

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente RO 2008/552, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR RO 2008/552 INCOADO CONTRA EL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE CAMPLLONG POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 6.2 LGTEL.

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

I

ANTECEDENTES DE HECHO

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

En uno de los correos electrónicos recibidos se hace referencia a la información contenida en la página web www.xarxeslocals.org. De esta página



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

TERCERO.- Mediante escrito de 6 de septiembre de 2006, esta Comisión puso en conocimiento de GESMEDIA la información que había recibido en relación con la posible explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por parte de dicha entidad, así como la necesidad de notificación previa a esta Comisión, con anterioridad al inicio de la actividad, en los términos establecidos en el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

En el referido escrito esta Comisión comunicó a GESMEDIA la apertura de un procedimiento de información previa, de conformidad con lo establecido en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) y del artículo 12 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 agosto, con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento sancionador, solicitando a dicha entidad la aportación, en su caso, de la información que considerase oportuna en relación con el establecimiento de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en determinadas poblaciones, entre las que se encuentra el Ayuntamiento de Campllong. Este escrito fue notificado a la entidad GESMEDIA el día 13 de septiembre de 2006, de acuerdo con el resguardo postal remitido a esta Comisión (Documento 1).

CUARTO.- En el ámbito del período de información previa de referencia, mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 21 de marzo de 2007, se solicitó la intervención de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información dependiente del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, al amparo de lo establecido en el artículo 48.3 letra i) de la LGTel, para la realización de una inspección técnica en relación con la posible instalación de redes de comunicaciones electrónicas que utilicen el dominio público radioeléctrico, supuestamente a través de frecuencias de uso común, en las siguientes poblaciones: Bordils, Espinelves, Campllong, Sant Andreu Salou, Fornells de la Selva, Caldes de Malavella y Quart (Documento 2).

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

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

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

POBLACIÓN	PROPIEDAD DE LA RED	LINEAS ADSL		USUARIOS	COSTE	
		NRO.	PROPIEDAD		ALTA	MES
Bordils	Municipal	2	Municipal	102	150 €	6 €
		1	Gesmedia			
Espinelves	Municipal	1	Gesmedia	15	150 €	9 €
Campllong	Municipal	1	Gesmedia	15	150 €	9 €
Fornells de la Selva	Municipal	3	Gesmedia	60	150 €	9 €
Quart	Municipal	2	Gesmedia	60	150 €	9 €
Caldes de Malavella	Gesmedia	5	Gesmedia	90	150 €	18 €



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

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

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

OCTAVO.- Con fecha 8 de junio de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del Ayuntamiento de Campllong por el que venía a dar correcto cumplimiento del requerimiento de esta Comisión de 14 de mayo de 2007. (Documento 5).

NOVENO.- Con fecha 10 de abril de 2008 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó una Resolución (Documento 6) por la que se procede a la apertura de procedimiento administrativo sancionador contra, la entidad GESMEDIA y contra determinados Ayuntamientos entre los que se encuentra el de Campllong, por el presunto incumplimiento de los requisitos exigibles para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas establecidos en el artículo 6.2 de la Ley 32-2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, como presuntos responsables directos de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.t) de la LGTel, consistente en la presunta explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

electrónicas sin cumplir con los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en la LGTel y su normativa de desarrollo.

Dicha Resolución se notificó al Ayuntamiento de Campllong el día 11 de abril de 2008, siendo recibida por el citado Ayuntamiento el 15 de abril de 2008. (Documento 7).

Asimismo, el citado acuerdo de iniciación fue comunicado al instructor (Documento 8) en fecha 11 de abril de 2008, con traslado de las actuaciones existentes al respecto.

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

- *“Fecha de constitución de la red de comunicaciones electrónicas del municipio de Campllong.*
- *Número de usuarios del servicio.*
- *Estudio de coste de la inversión en la red Wi-Fi.*
- *Ingresos de la explotación del servicio/red.*
- *Costes de la explotación del servicio/red”.*

Este escrito fue notificado, de acuerdo con el acuse de recibo remitido por el servicio postal, el día 2 de junio de 2008. (Documento 9)

UNDECIMO.- Con fecha 12 de junio de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del Ayuntamiento de Campllong por el que presenta las alegaciones que estima pertinentes en el seno del presente procedimiento sancionador (Documento 10).

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

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

GESMEDIA, el título necesario para prestar el servicio de comunicaciones electrónicas.

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

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

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

Estos criterios, según el Ayuntamiento son:

- Existencia de intencionalidad o reiteración, a este respecto, el presunto infractor alega que en *“el contrato firmado con la empresa GESMEDIA [...] se dispone como deber del contratado la obtención de los permisos y licencias de la administración pública y de los particulares necesarios para la prestación del servicio (...), por tanto, en este sentido, no ha existido por parte del Ayuntamiento una voluntad expresa de cometer el acto presuntamente antijurídico si no que se ha procurado cumplir con lo que se consideraba la legalidad exigible en el ámbito de la legislación sectorial”*.
- En lo que concierne a la naturaleza de los perjuicios causados, el Ayuntamiento de Campllong *“entiende que la no notificación de la creación de la red inalámbrica gestionada por un tercero operador no ha causado ningún perjuicio para el mercado de los servicios de telecomunicaciones”*. En este sentido manifiesta que se deben valorar una serie de circunstancias de la prestación del servicio de acceso a Internet en el municipio de Campllong que inciden directamente en la valoración de los perjuicios causados, entre ellas, la nula incidencia del servicio pues el número de usuarios (32 en total), que la creación de la red inalámbrica por el Ayuntamiento obedece a la necesidad de los vecinos pues en diversas zonas del municipio no existe el servicio de acceso a Internet residencial, etc.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Finalmente, como último criterio a tener en cuenta en la interpretación del artículo 131.2 de la LRJPAC, señala el Ayuntamiento que no ha existido reincidencia “por no haber una conducta previa que haya sido objeto de sanción”.

Continúa el escrito del Ayuntamiento manifestando que además de las anteriores consideraciones respecto de la proporcionalidad, también se debe tener en cuenta a la hora de graduar la sanción lo recogido en el artículo 56.2¹ de la LGTel. En efecto, dicho precepto contempla como circunstancias a valorar:

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

Asimismo manifiesta que “para sancionar se debería haber acreditado una verdadera “explotación” en el sentido de “sacar una utilidad a un negocio o

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

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

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

El infractor vendrá obligado, en su caso, al pago de las tasas que hubiera debido satisfacer en el supuesto de haber realizado la notificación a que se refiere el artículo 6 o de haber disfrutado de título para la utilización del dominio público radioeléctrico.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

industria en provecho propio”, circunstancia que no se produce en tanto en cuanto, [...] la corporación no ha tenido ingreso alguno.”

Finalmente termina su escrito sosteniendo que “*el posible incumplimiento de la normativa de telecomunicaciones no ha sido intencionado, ni los ayuntamientos han sido reincidentes de otras infracciones, ni han tenido beneficios por la prestación de estos servicios. No se ha causado daño ni perjuicio real, ni concurren circunstancias que agraven la conducta de los responsables municipales*”, y solicita que se “*proceda al archivo de las actuaciones, o subsidiariamente, aplique la sanción en su grado mínimo*”.

DECIMO SEGUNDO.- Con fecha 12 de junio de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del Ayuntamiento de Campllong por el que venía a dar contestación al requerimiento efectuado con fecha 29 de mayo de 2008 (Documento 11), en concreto Ayuntamiento de Campllong manifiesta:

- Que, respecto a la fecha de “*constitución de la red de comunicaciones electrónicas del municipio de Campllong: 16 de junio de 2005*”.
- Que el número de “*usuarios del servicio: 32*”.
- Que, el estudio de “*coste de la inversión en la red WI-FI: 11.124,40.-€*”.
- Que, los ingresos de la “*explotación del servicio/red: 0,00.-€*”.
- Que, los costes de la “*explotación del servicio/red: 0,00.-€*”.

DECIMO TERCERO.- Con fecha 31 de julio de 2008, el instructor del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución en la que proponía lo siguiente (Documento 12):

“PRIMERO. *Que se declare responsable directo al AYUNTAMIENTO CAMPLLONG de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53 t) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber iniciado, antes de presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la Ley General de Telecomunicaciones vigente, las actividades consistentes en la explotación de una red pública y en la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas.*

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

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

CUARTO. *Intimar al AYUNTAMIENTO DE CAMPLLONG a que proceda, conforme al artículo 56.2 de la Ley General de Telecomunicaciones, al pago de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la tasa general de operadores, que hubiera debido satisfacer en el supuesto de haber realizado la notificación a que se refiere el artículo 6 de la citada Ley.”

Dicha propuesta de resolución fue notificada a la Administración denunciada con fecha 31 de julio de 2008 (Documento 13).

DECIMO CUARTO.- Con fecha 18 de agosto de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del Ayuntamiento de Campllong por el que notificaba su intención de iniciar las actividades que a continuación se detallan, al amparo de la autorización general establecida en el artículo 6.1 de la LGTel:

- Explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas basada en la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común.
- Prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de proveedor de acceso a Internet, interconexión de redes de área local y reventa de capacidad/transmisión de circuitos

No obstante, una vez examinada la documentación aportada por el citado Ayuntamiento, por medio de Resolución del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 19 de agosto de 2008, se tuvo por no realizada dicha notificación por no reunir los requisitos establecidos en la normativa sectorial.

DECIMO QUINTO.- Con fecha 16 de septiembre de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Ayuntamiento de Campllong frente a la Propuesta de Resolución mencionada anteriormente (Documento 14 del expediente), en concreto manifiesta que:

- La omisión de practicar el referido trámite formal, eso es, la notificación del artículo 6.2 de la LGTel no debe ser considerado de manera objetiva y abstracta, sino que debe ponerse en relación con la situación del municipio. En este sentido el citado Ayuntamiento manifiesta que es un municipio relativamente pequeño (menos de 450 habitantes) lo que conlleva a *“disponer de recursos económicos muy limitados y escasos, y por otra, no contar con personal cualificado con dedicación de jornada completa para la tramitación de los asuntos municipales”*.
- Este Consistorio entiende que *“toda la problemática del expediente ha habido de limitarse a determinar si la omisión del repetido trámite de comunicación previa pudo haberse debido a una actuación negligente, (...)”*. En este sentido estima que por *“tratarse de un expediente sancionador de contenido punitivo, resulta exigible una demostración (prueba) completa y adecuada; ya que ante su carencia sería aplicable, sin duda, el principio constitucional de presunción de inocencia”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- En igual sentido, este Ayuntamiento alega que su actuación intentaba suplir en cierta medida la inactividad de otras Administraciones Públicas, y para ellos *“se limitó a contratar la prestación del servicio con una empresa especializada, (...) pactando expresamente con dicha empresa el cumplimiento absoluto y sin reservas de la normativa general y sectorial que resultase aplicable”*.
- Este Consistorio abunda en la alegación ya realizada en su escrito de 12 de junio de 2008, respecto a que *“no explotó ninguna red de telecomunicaciones con sus propios medios, ni personal, sino que – precisamente por carecer de ellos y ante la imposibilidad de poder hacerlo por su cuenta- hubo de contratar con una empresa especializada que asumiese la creación, instalación y gestión de la red”*.
- Finalmente el Ayuntamiento de Campllong manifiesta que *“haber obrado (...) en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”* y que por ello su actuación queda eximida de responsabilidad en virtud de lo establecido en el artículo 20.7 del Código Penal² (en adelante, C.P.). Asimismo, alega que el hecho de hacer posible el acceso a Internet para una parte de la población, queda incluido como ejercicio legítimo de un derecho municipal o, incluso, en una obligación del Consistorio conforme al artículo 25.1 de la Ley 7/1985, de 2 de marzo, de bases del Régimen Local³ (en adelante, LBRL).

DECIMO SEXTO.- Con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión 16 de septiembre de 2008, se recibió escrito del Ayuntamiento de Campllong por el que venía a subsanar los defectos de su anterior notificación de actividad (Antecedente de Hecho Décimo Cuarto), al amparo de la autorización general establecida en el artículo 6.1 de la LGTel.

Una vez examinada la documentación aportada, siendo la misma correcta, se procedió a la inscripción del Ayuntamiento de Campllong en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas dependiente de esta Comisión.

² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³ Artículo 25.1. *“El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente y de las pruebas practicadas han quedado probados, a los efectos del procedimiento de referencia, los siguientes hechos:

PRIMERO-. Que Ayuntamiento de Campllong ha iniciado, antes de presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la Ley General de Telecomunicaciones vigente, la actividad consistente en la explotación de una red de comunicaciones electrónicas.

Según consta en las actuaciones realizadas y en los documentos incorporados a la instrucción del procedimiento sancionador, este hecho probado resulta de lo siguiente:

1. Informe de la Dirección General de Telecomunicaciones y de Tecnologías de la Información de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 30 de abril de 2007.

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

2. Escritos del Ayuntamiento de Campllong.

Conforme con los escritos remitidos por el Ayuntamiento de Campllong en el seno del presente procedimiento sancionador y más concretamente en su escrito de fecha 12 de junio de 2008 de alegaciones manifiesta en su alegación primera *“que el Ayuntamiento de Campllong en ningún momento pretendió vulnerar la normativa de telecomunicaciones citada como infringida, pues era desconocedor de que con su actuación estaba llevando a cabo una explotación de redes y/o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, en el sentido expresado en la LGTel...”* de donde implícitamente el Ayuntamiento admite su actuación.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Escrito del Ayuntamiento de Campllong de 8 de junio de 2007.

En el escrito del Ayuntamiento de Campllong de 8 de junio de 2007 (Documento 5) en contestación al requerimiento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 14 de mayo de 2007, y más concretamente en el contrato adjunto entre este Consistorio y GESMEDIA, se establece que el Ayuntamiento asumirá el coste de la instalación de la red por ser el titular de la misma, asimismo, y en virtud de esta titularidad, se prevé la reversión de la red al Ayuntamiento una vez extinguida la concesión.

De esta manera y, aún cuando la ejecución física de la construcción de la red le corresponde al adjudicatario de la concesión, la construcción la costea el Ayuntamiento siendo éste su titular, conllevando esta titularidad a la explotación de una red de comunicaciones electrónicas.

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

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

En efecto, conforme al escrito de fecha 12 de junio de 2008 del Ayuntamiento de Campllong (Documento 10) en contestación al requerimiento de información de 29 de mayo de 2008, la fecha de construcción de la red de comunicaciones electrónicas fue el **16 de junio de 2005**. Por tanto, en esa fecha el Ayuntamiento comenzó la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas en el sentido del apartado 13 del Anexo II de la LGTel, habiendo transcurrido desde entonces y hasta la presente Resolución **3 años y 3 meses**.

En consecuencia, se considera acreditado en el presente expediente que el Ayuntamiento de Campllong ha llevado a cabo durante 3 años y 3 meses la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas, antes de proceder a la notificación a esta Comisión, tal y como se establece en el artículo 6 de la LGTel.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO- Que, actualmente, el Ayuntamiento de Campllong se encuentra inscrito en el Registro de Operadores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como entidad habilitada para explotar redes de comunicaciones electrónicas o prestar servicios de comunicaciones electrónicas.

Con fecha de 18 de agosto de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del Ayuntamiento de Campllong por el que notificaba su intención de iniciar las actividades nombradas en el Fundamento de Hecho Décimo Cuarto. No obstante y tras ser examinada la documentación aportada por el citado Ayuntamiento en su solicitud, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por medio de Resolución de su Secretario de fecha 19 de agosto de 2008, tuvo por no realizada dicha notificación por no reunir los requisitos establecidos en la normativa sectorial.

Con fecha 18 de septiembre de 2008, el Ayuntamiento de Campllong solicitó, de nuevo, la inscripción en el Registro de Operadores dependiente de esta Comisión en cumplimiento de lo establecido en el artículo 6.2 de la LGTel. Una vez comprobada toda la documentación aportada, siendo la misma correcta, se inscribió a este Ayuntamiento en el Registro de Operadores dependiente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

III

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

SEGUNDO. Tipificación de los hechos probados.

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 53.t) de la LGTel, que califica como infracción muy grave la explotación de redes o la prestación de servicios de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en la LGTel y su normativa de desarrollo.

Tal y como consta en el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, el expediente se inició contra el Ayuntamiento de Campllong, por haber presuntamente incurrido en la conducta consistente en la explotación de redes de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tal actividad establecida en la LGTel y su normativa de desarrollo.

El apartado 2 del artículo 6⁴ de la LGTel, establece como un requisito exigible para la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, que los interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, con anterioridad al inicio de la actividad, lo notifiquen fehacientemente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en los términos que se determinen mediante Real Decreto, sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que se pretenda realizar.

A estos efectos, debe tenerse en cuenta el alcance legal del concepto de “*Explotación de una red de comunicaciones electrónicas*” que viene definido en el Anexo II de la Ley General de Telecomunicaciones, de la siguiente forma:

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

El régimen legal actualmente en vigor que regula la autorización general, está diseñado de tal forma que cualquier actividad que pueda ser encuadrada dentro de la definición anteriormente transcrita deberá ser objeto de la notificación previa a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel. Esto es así, porque la autorización general que habilita para realizar estas actividades

⁴ Artículo 6. Requisitos exigibles para la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas.

1. Podrán explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas a terceros las personas físicas o jurídicas nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o con otra nacionalidad, cuando, en el segundo caso, así esté previsto en los acuerdos internacionales que vinculen al Reino de España. Para el resto de personas físicas o jurídicas, el Gobierno podrá autorizar excepciones de carácter general o particular a la regla anterior.

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

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

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dimana directamente de la propia Ley y los interesados que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 6.1 de la Ley para quedar amparados por la citada autorización general sólo han de cumplir, de forma previa al inicio de la actividad, con la obligación de realizar la citada notificación.

A la luz de las anteriores consideraciones, es preciso analizar si el servicio efectivamente prestado por los denunciados puede ser enmarcado dentro de la definición de servicio de comunicaciones electrónicas.

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

Por cuanto antecede, debemos concluir que el presente procedimiento sancionador ha revelado que la infracción tipificada en el artículo 53.t) de la LGTel se concreta, en el presente caso, en que el Ayuntamiento de Campllong, ha iniciado la actividad consistente en explotación de una red de comunicaciones electrónicas, antes de presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel vigente.

TERCERO. Culpabilidad del Ayuntamiento de Campllong en la comisión de la infracción.

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la Ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto pasivo al que se impute su comisión. La realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1995 reconoce la aplicabilidad del principio de culpabilidad al ámbito del procedimiento administrativo sancionador:

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De conformidad con la doctrina jurisprudencial, el legislador español ha recogido el principio de culpabilidad al regular la potestad sancionadora de la Administración. Así, el art. 130.1 de la LRJPAC establece que: *“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos **aun a título de simple inobservancia.**”*

Esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en el derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva, pues la jurisprudencia mayoritaria de nuestro Tribunal Supremo (a partir de sus sentencias de 24 y 25 de enero [RJ 1983, 306] y 9 de mayo de 1983 [RJ 1983, 2898]) y la doctrina del Tribunal Constitucional (después de su STC 76/1990 [RTC 1990, 76]), *“destacan que el principio de culpabilidad, aun sin reconocimiento explícito en la Constitución, se infiere de los principios de legalidad y prohibición de exceso (artículo 25.1 CE), o de las exigencias inherentes a un Estado de Derecho, y **requieren la existencia de dolo o culpa**”⁵.*

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

“Es cierto, como reconoce la parte recurrente, y así se infiere del análisis de las STS de 30 de enero de 1985 (RJ 1985\896), 5 de febrero de 1988 (RJ 1988\714), 13 de octubre de 1989 (RJ 1989\8386), 12 de enero de 1996 (RJ 1996\156) y 3 de abril de 1996 (RJ 1996\3584) que la culpabilidad es un requisito de toda infracción administrativa, asentándose el sistema punitivo en el principio de responsabilidad personal, siendo la potestad sancionadora administrativa de la misma naturaleza que la potestad penal, por lo que las directrices estructurales del ilícito administrativo tienden como en el ilícito penal a conseguir la individualización de la responsabilidad, por lo que no basta que la conducta sea antijurídica y típica, sino que es necesario que sea culpable, pues como reconoce la jurisprudencia (así, en STS, Sala del art. 61 de la LOPJ, de 6 de noviembre de 1990 [RJ 1990\9158]), la acción u omisión ha de ser imputable a su autor por imprudencia, negligencia o ignorancia, ya que como una exigencia derivada del artículo 25.1 de la CE, nadie puede ser sancionado sino por hechos que le puedan ser imputados (principio de culpabilidad) y, como reconoce la invocada jurisprudencia, las directrices estructurales del ilícito tienden también en el ámbito administrativo a conseguir la individualización de la responsabilidad y vedan la posibilidad de crear una responsabilidad objetiva”.

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

⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 septiembre 2001 [RJCA, 2002\272]



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como se ha señalado por la Jurisprudencia y doctrina aplicables y por esta Comisión en anteriores ocasiones, se entiende que el sujeto es culpable si la infracción es consecuencia de una acción u omisión imputable a su autor –esto es, si no se dan en él circunstancias que alteren su capacidad de obrar-, al menos por malicia o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1992 [RJ 1992\852], de 9 de julio de 1994 [RJ 1994\5590]).

Esto es, la imputabilidad de la conducta puede serlo a título de dolo o culpa. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS de 22 de noviembre de 2004 –RJ 2005\20-) y dolosamente quien conoce y quiere realizar el hecho ilícito.

En la normativa sectorial de telecomunicaciones, el tipo de infracción contenido en el artículo 53.t) de la LGTel no exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en haber omitido el deber de realizar la notificación previa a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel con anterioridad al inicio de la actividad consistente en la explotación de redes o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

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

Que precisamente, el titular de la sociedad adjudicataria⁶ aportó la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 30 de mayo de 2005, por la que se tenía inscrito en el Registro de Operadores de redes y Servicios de comunicaciones electrónicas, y por ende, entendió que todo estaba correcto.

Por tanto, según este Ayuntamiento, *“no existe [...] intencionalidad alguna en relación a la conducta infractora y sí en cambio un error de interpretación de la normativa aplicable al caso concreto, circunstancias éstas que cabría tener en cuenta a la hora de apreciar la culpabilidad, como elemento insustituible de la infracción administrativa”*, y sustenta su alegato en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2000⁷, donde este Tribunal valora la relevancia de la existencia

⁶ Don Francesc Navarra i Garcia

⁷ *“La absoluta «irrelevancia» de aquellos factores subjetivos –intencionalidad y error– pone de manifiesto una concepción de la responsabilidad sancionadora objetiva y automática no compatible con las exigencias constitucionales. Pues sin duda para la apreciación de la culpabilidad –elemento insustituible de toda infracción administrativa– no tienen por qué ser irrelevantes ni la ausencia de intencionalidad ni el error, elementos ambos que,*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de intencionalidad y/o error a la hora de apreciar la culpabilidad de los imputados.

En este sentido, y como anteriormente se ha mencionado, en el derecho administrativo sancionador no es sostenible la idea de la responsabilidad objetiva, es decir, por la comisión de un resultado o la mera infracción de la norma. La Jurisprudencia, valgan las anteriores sentencias nombradas a este respecto, exige la concurrencia del elemento subjetivo, ya sea éste por dolo o culpa, entendiéndose por ésta la *falta de la diligencia debida en la observancia de la norma*⁸.

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

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

En este sentido, el artículo 6.1 del Código Civil, encuadrado en el capítulo II del título preliminar de *“eficacia general de las normas”* no supone una presunción *“iuris tantum”* o *“iuris et de iure”* de conocimiento del derecho, sino que justifica su sentido en el deber general de cooperación y colaboración en el respeto de las leyes, incluso las que no se conocen. En este sentido, se ha manifestado el

en cuanto demostrativos de la buena fe de un administrado, pueden desempeñar un cierto papel en el análisis de su conducta a los efectos de considerarle *«culpable»* o no de una determinada infracción”

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2004.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de mayo de 1999: *“Como puede verse, la sentencia, al decir que «no puede exigirse al ciudadano el conocimiento exhaustivo de cuantas -ciertamente numerosísimas- disposiciones dictadas por la Administración», está incurriendo en el error de creer que el artículo 6.1 del Código Civil establece una ficción o, en su caso, una presunción -«iuris tantum», o «iuris et de iure»- de conocimiento del derecho, cuando lo que, en realidad, establece es una regla imperativa: la de la inexcusabilidad del derecho. Parece lo mismo, pero no es igual.”*

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

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

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

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

Este supuesto constituye el denominado error de derecho, es decir, error en la interpretación de la norma jurídica, debido a la compleja redacción de la misma, como causa eximente de la culpabilidad y, por tanto, de la responsabilidad del sujeto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para poder apreciar la concurrencia del error, como causa excluyente de culpabilidad, la Jurisprudencia ha establecido unos criterios básicos que deben darse en la conducta del presunto infractor. En primer lugar, *“debe exigirse “la esencialidad”, es decir, que el error recaiga sobre un elemento de la infracción cuya existencia y presencia impone el derecho positivo. En segundo lugar, resulta necesario “el carácter invencible”, que implica que no hubiera podido superarse aunque el sujeto infractor hubiera puesto toda la diligencia que le era exigible”*⁹, supuesto que no se cumple en el presente caso, puesto que el desconocimiento de la norma o el error en su interpretación, y más concretamente del concepto “explotación de red” aludida por el Ayuntamiento de Campllong, se desvirtúa por la propia norma jurídica.

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

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

En Ayuntamiento de Campllong alega que el concepto penal de culpabilidad por negligencia ha de desaparecer ante el hecho de que el citado Consistorio ha obrado en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (eximente del artículo 20.7 del C.P.). Según este Consistorio el hacer posible el acceso a Internet para una parte de la población, queda incluido como ejercicio legítimo de un derecho municipal o, incluso, en una obligación del Consistorio y ello, según el citado Ayuntamiento, en virtud del Art. 25.1 de la LBRL.

En este sentido el citado artículo de la LBRL dispone que *“El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”*. Este artículo estipula las competencias de los Entes Locales en el ejercicio de sus *“competencias”* y para prestación de *“servicios públicos”*. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene especial interés en destacar, como en otras

⁹ Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 5 de julio de 2007, por la que se resuelve el expediente sancionador RO 2005/1053, incoado a la entidad Telefónica de España, S.A.U. por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 23 de febrero de 2006.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ocasiones, que *“las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia, cuyo ámbito competencial en virtud del artículo 149.1.21 de la Constitución Española y el artículo 1 de la LGTel corresponde al Estado”*¹⁰, por tanto, las Telecomunicaciones no sólo, no son servicios públicos (considerados servicios de interés general) sino que, tampoco se encuentran dentro del ámbito competencial de los Entes Locales, no pudiendo encuadrarse, en este caso, la acción del Ayuntamiento de Campllong como un ejercicio de sus funciones.

Respecto a lo alegado por el Ayuntamiento, es decir, sobre la posible apreciación de la eximente artículo 20.7 del C.P., esta eximente, aparte de aplicar únicamente a los actos que realicen personas físicas y no jurídicas, por la propia esencia del Derecho Penal y de la eximente, para poder apreciarla esta *“eximente reclama, como presupuesto lógico, que por voluntad del Derecho recaiga un deber cuyo cumplimiento comporte la realización de un hecho típico penalmente, en menoscabo de un bien jurídico”*¹¹. Quedando fuera del ámbito competencial del Ayuntamiento de Campllong las Telecomunicaciones, no recae sobre este Consistorio “deber” alguno por el que acogerse a esta eximente.

Del presente procedimiento, según se deriva de los hechos probados, resulta que el Ayuntamiento de Campllong llevaba a cabo la actividad consistente en la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas antes de presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel, existiendo pues la tipicidad exigida en el artículo 129 de la LRJPAC en la actuación de dicho Ayuntamiento, así como la culpabilidad en la acción, como anteriormente se ha mencionado.

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

¹⁰ Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de marzo de 2008, por la que se da contestación a la consulta planteada por Cableuropa S.A.U. (ONO) sobre la adecuación del pliego de cláusulas administrativas y económicas del concurso convocado por el Excmo. Ayuntamiento de Mérida al marco regulatorio vigente de comunicaciones electrónicas

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 694/2003 de 20 junio [RJ 2003\4359]



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

miedo insuperable, no desprendiéndose la existencia de ninguna de estas causas de los Hechos Probados.

CUARTO. Circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

a) Circunstancias agravantes.

De acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, se considera que no concurre en el presente caso ninguna causa de agravación de la responsabilidad.

b) Circunstancias atenuantes.

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

- La naturaleza de los perjuicios causados.

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

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

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

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

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

- *“La nula incidencia del servicio – y por tanto de perjuicio económico- se observa en el número de usuarios (32 en total). La cuota de mercado de la empresa no indica que su actuación pueda suponer una distorsión en el mercado y por tanto un perjuicio económico para cualquier otra empresa con intereses en ese mercado (circunscrito, cabe recordarlo, al municipio de Campllong)”*
- *“En definitiva no puede haber perjuicios cuando no se dan las condiciones de competencia y de mercado (Apartado III de la Resolución de la CMT de 22 de febrero de 2007 relativa a la finalización del período de información previa iniciado como consecuencia de la denuncia presentada contra el Ayuntamiento de Anglés por incumplimiento de diversas disposiciones de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones).”*

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

En este sentido, se debe precisar que la actuación del Ayuntamiento no se encuadra en el mercado minorista de banda ancha, donde, en su caso, afectaría el número de clientes que ostentara –en este caso el prestador del servicio- así como los perjuicios que pudiera ocasionar a terceros operadores prestadores del servicio. En efecto, la infracción que se le imputa al citado Ente Local consiste en la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas sin haber realizado con anterioridad la preceptiva notificación a la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 6.2), y no en la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas. De esta manera, la comisión de una obligación formal, como es la falta de notificación a esta Comisión, no despliega *a priori* perjuicios a terceros, y aún menos en el mercado minorista de banda ancha donde no se circunscribiría la actividad del Ayuntamiento.

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

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

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

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

El Ayuntamiento de Campllong esgrime que la ausencia de beneficio para el presunto infractor se manifiesta desde un doble punto de vista, por un lado entiende que el carácter formal de la obligación de notificación recogida en el artículo 6.2 de la LGTel imposibilita *per se* la existencia de un beneficio económico por su incumplimiento; y por otro, y ya desde un punto de vista material *“tampoco ha existido beneficio alguno por la creación de la red teniendo en consideración que no existían ingresos derivados de la citada actividad. En este sentido el operador prestador del servicio no remuneró en ningún caso al Ayuntamiento por el uso de la red”*.

Por tanto, se debe estimar la existencia de la presente eximente pues el Ayuntamiento de Campllong no obtuvo un beneficio directo por comisión de la infracción. Es más, y aún cuando anteriormente se ha mencionado que este Ayuntamiento no actuó de forma correcta, la motivación para la creación de la red parece obedecer a la falta de interés por parte de otros operadores en el sector de invertir en esa zona. De tal manera, se puede concluir que el Ayuntamiento de Campllong en la comisión de la infracción no buscaba un beneficio o rendimiento, sino más bien satisfacer una necesidad o proveer un servicio a sus ciudadanos. En este sentido se estima la concurrencia de la presente eximente, esto es la ausencia de beneficio para el infractor.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

- Reparación del daño causado.

El Ayuntamiento de Campllong ha realizado la notificación fehaciente que establece el artículo 6.2 de la LGTel (Antecedente de Hecho Decimo Cuarto y Hecho Probado Tercero) y por tanto, ha cesado su conducta infractora procediendo a la reparación del daño causado.

QUINTO. Sanción aplicable a la infracción.

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

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

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

En aplicación de los anteriores criterios de graduación de las sanciones y de las actuaciones habidas en el presente procedimiento, los límites de la sanción que puede ser impuesta al Ayuntamiento de Campllong por la comisión de la infracción objeto del presente procedimiento son los siguientes:

- En cuanto a la cuantía de la sanción máxima, procede señalar que no resulta posible determinar el beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción por cuanto que la infracción cometida no reporta ningún beneficio para el infractor, al ser la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

notificación un acto totalmente gratuito para el operador y al no haber obtenido un beneficio por la explotación de la red, como así se ha mencionado en el Fundamento de Derecho Cuarto b). Por tanto, la sanción máxima que se podría imponer es de dos millones de euros.

- No existe límite, en el presente caso, para el establecimiento de la cuantía de la sanción mínima, habida cuenta de la inexistencia de beneficio para el infractor.

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

La sanción que se proponga imponer al Ayuntamiento de Campllong debe atender necesariamente al principio de proporcionalidad, que preside la actividad sancionadora de la Administración, y a los criterios de graduación establecidos en los artículos 131.3 de la LRJPAC y 56.2 de la Ley 32/2003.

En este contexto, *“la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998, RJ 1998\2361). Y este principio de proporcionalidad *“se entiende cumplido cuando las facultades de la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa (...) han sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites máximos y mínimos permisibles para la gravedad de la infracción”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991, RJ 1991\4349).

En atención a ello y en aplicación del principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y en el artículo 56.2 de la LGTel, teniendo en cuenta que el Ayuntamiento de Campllong ha explotado una red de comunicaciones electrónicas sin realizar la previa notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones durante un periodo de 3 años y 3 meses, valorando las circunstancias atenuantes de la infracción –ausencia de beneficio bruto y la naturaleza de los perjuicios- y teniendo en cuenta que el citado Ayuntamiento ha realizado la notificación prevista en la LGTel, y por tanto, ha reparado su actuación infractora, se considera que procede imponerle una sanción económica de mil (1.000) EUROS.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, conforme a lo establecido por el artículo 56.2 de la LGTel, el infractor estará obligado, en su caso, al pago de las tasas que hubiera debido satisfacer en el supuesto de haber realizado la notificación a que se refiere el artículo 6 de la citada Ley.

A tal efecto, el citado Ayuntamiento debería haber pagado la tasa general de operadores, tal y como se prevé en el artículo 49 y el Anexo I, apartado 1, de la LGTel, y en el artículo 17.b) del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril. Por ello, deberá presentar las correspondientes declaraciones de ingresos brutos de explotación obtenidos desde que inició la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24.3 del Real Decreto 1620/2005, de 30 de diciembre, por el que se regulan las tasas establecidas en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directo al Excmo. AYUNTAMIENTO DE CAMPLLONG de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.t) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber iniciado, antes de presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la Ley General de Telecomunicaciones vigente, las actividades consistentes en la explotación de una red pública y en la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas.

SEGUNDO.- Imponer a Excmo. AYUNTAMIENTO DE CAMPLLONG una sanción económica por importe de MIL (1.000) EUROS.

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 0049-1548-68-2810188091 abierta al efecto en el Banco Santander. El plazo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 62.2, apartados a) y b), de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dependiendo del día en que se reciba la notificación de presente resolución. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido se procederá a su exacción por la vía de apremio.

TERCERO. Intimar al AYUNTAMIENTO DE CAMPLLONG a que proceda, conforme al artículo 56.2 de la Ley General de Telecomunicaciones, al pago de la tasa general de operadores, que hubiera debido satisfacer en el supuesto de haber realizado la notificación a que se refiere el artículo 6 de la citada Ley.

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

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

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera