



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 número 29/09 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 10 de septiembre de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por el Ayuntamiento de Morón de la Frontera (Sevilla) contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 26 de mayo de 2009, por la que se resuelve el procedimiento sancionador RO 2008/838 y acumulados.

En relación con el recurso de reposición interpuesto por el Ayuntamiento de Morón de la Frontera (Sevilla) contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 26 mayo de 2009, por la que se resuelve el procedimiento sancionador RO 2008/838 y acumulados incoado contra los Ayuntamientos de Coripe, El Coronil, Pruna, Montellano, El Saucejo, Puebla de Cazalla, Algámitas y Morón de la Frontera por el presunto incumplimiento de los requisitos exigibles para la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, el Consejo de esta Comisión ha adoptado, en su Sesión número 29/09, celebrada el día de la fecha, la siguiente Resolución (AJ 2009/1076):

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de denuncia de ONLYCABLE COMUNICACIONES, S.L. y CANAL 4 MORÓN, S.L.

Con fecha 22 de octubre de 2007 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, esta Comisión) escrito de ONLYCABLE COMUNICACIONES, S.L. y de CANAL 4 MORÓN, S.L. en el que se ponían de manifiesto determinados comportamientos de la entidad TIERRAPLEX, S.L. (en adelante, Tierraplex) consistentes en la prestación del servicio de acceso a Internet mediante redes WIFI que consideraban "*constitutivos de competencia desleal mediante el uso de subvenciones públicas y concesiones administrativas*", y por ende, no amparados por la legislación vigente.

Como consecuencia de esta denuncia se acordó, con fecha 7 de enero de 2008, la apertura de un período de información previa con el objeto de conocer las circunstancias del caso y decidir sobre la conveniencia o no de iniciar un procedimiento sancionador por incumplimiento de la obligación de notificar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la intención de iniciar la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas y la prestación del servicio de acceso a Internet contemplada en el artículo 6.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).



Tras las actuaciones realizadas en el curso del período de información previa, resultó acreditado que Tierraplex era la empresa adjudicataria de un concurso público convocado por el Consorcio Vía Verde¹ para el suministro, explotación y mantenimiento de una red pública inalámbrica Wifi de banda ancha en los municipios integrantes del Consorcio, incluyendo en la explotación la prestación del servicio de acceso a Internet, y que ya figuraba inscrita en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas cuya llevanza corresponde a esta Comisión.

SEGUNDO.- Apertura de procedimiento sancionador contra el Ayuntamiento de Morón de la Frontera.

Una vez determinada la concurrencia de circunstancias que justificaban el inicio del correspondiente procedimiento sancionador, en fecha 5 de junio de 2008, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una Resolución por la que se acordaba no iniciar procedimiento sancionador contra la entidad Tierraplex e iniciarlo, por el contrario, contra el Ayuntamiento de Morón de la Frontera y contra el resto de Ayuntamientos integrantes del Consorcio Vía Verde como presuntos responsables directos de una infracción administrativa muy grave, tipificada en el artículo 53.t) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, consistente en la presunta explotación de redes de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tal actividad establecida en la Ley General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo.

El día 27 de octubre de 2008 se procedió a la acumulación de los distintos procedimientos abiertos a cada uno de los Ayuntamientos citados de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).

TERCERO.- Resolución del Consejo de la Comisión de 26 de mayo de 2009 relativa al procedimiento sancionador RO 2008/838 y acumulados.

Con fecha 26 de mayo de 2009, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución por la que se ponía fin al procedimiento sancionador RO 2008/838 y acumulados incoado contra los Ayuntamientos de Coripe, El Coronil, Pruna, Montellano, El Saucejo, Puebla de Cazalla, Algámitas y Morón de la Frontera por el presunto incumplimiento de los requisitos exigibles para la explotación de redes de comunicaciones electrónicas.

En la citada Resolución se acordó lo siguiente:

PRIMERO. Declarar responsable directo a los Ayuntamientos de EL CORIPE, PRUNA, MONTELLANO, PUEBLA DE CAZALLA, ALGÁMITAS, EL CORONIL, EL SAUCEJO y MORÓN DE LA FRONTERA 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, la actividad consistente en la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas.

¹ Consorcio integrado por varios Ayuntamientos de la Sierra Sur de Sevilla y Sierra de Cádiz (El Coronil, Montellano, Coripe, Morón de la Frontera, Puebla de Cazalla, El Saucejo, Algámitas, Pruna, Olvera, Algodonales y Puerto Serrano) y por dos entidades sin ánimo de lucro, Sevilla Siglo XXI y Turismo de la Provincia de Sevilla.



SEGUNDO. Que se imponga al Ayuntamiento de MORÓN DE LA FRONTERA una sanción económica por importe de quinientos (500) Euros.

(.....)

QUINTO. Intimar a los citados Entes Locales a que procedan, conforme al artículo 56.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, al pago de la tasa general de operadores, que hubieran debido satisfacer en el supuesto de haber realizado la notificación a que se refiere el artículo 6 de la citada Ley.

CUARTO.- Recurso de reposición del Ayuntamiento de Morón de la Frontera.

El día 30 de junio de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito, de fecha 25 de junio de 2009, presentado por Don Antonio Ramos Suárez en nombre y representación del Ayuntamiento de Morón de la Frontera (Sevilla), en virtud del cual presentaba recurso potestativo de reposición contra la Resolución de 26 de mayo de 2009 citada en el antecedente anterior.

La entidad recurrente fundamenta su disconformidad con la Resolución impugnada sobre la base de las siguientes alegaciones:

1º.- El Ayuntamiento entiende que no procede la imposición de la sanción porque en la fecha de la Resolución del procedimiento sancionador ya había realizado la preceptiva notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel y se encontraba inscrito en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas cuya llevanza corresponde a esta Comisión, notificación que realizó el día 24 de enero de 2008 tras la notificación por esta Comisión del acuerdo de inicio del período de información previa.

2º.- El Ayuntamiento añade, por otro lado, que en ningún momento ha realizado la conducta infractora que se le imputa, consistente en la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas sin haber realizado previamente la preceptiva notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel, por los siguientes motivos:

- a) Porque, tal como ha quedado acreditado en el curso del procedimiento sancionador, en particular mediante el Acta de inspección técnica de 8 de agosto de 2008 (documento nº 45 del Expediente), realizada por la Inspección Técnica de Telecomunicaciones de Sevilla (Ministerio de Industria, Turismo y Comercio), la red inalámbrica WIFI instalada en el término municipal de Morón de la Frontera estaba efectivamente instalada pero no estaba en funcionamiento, por lo que, en su opinión, con ello *“queda desvirtuada la denuncia presentada en su día referida a la prestación del servicio de acceso a Internet mediante redes WIFI”*.
- b) Porque, tal como se desprende del resultado del Acta de inspección técnica citada, ha quedado acreditado que, a fecha 8 de agosto de 2008, el contrato administrativo suscrito el día 10 de agosto del año anterior entre el Consorcio Público Vía Verde (en el que está integrado el Ayuntamiento recurrente) y la empresa Tierraplex, por el cual se subcontrata a ésta para la instalación y explotación de la red pública inalámbrica WIFI en el término municipal de Morón de la Frontera y del resto de localidades del Consorcio, no se había comenzado a ejecutar al no estar la red en funcionamiento, y sin embargo, aun así, este Ayuntamiento ya había realizado, el día 24 de enero de 2008, la notificación fehaciente establecida en el artículo 6.2 de la LGTel que se le requiere, *“resultando desvirtuado el hecho de la pretendida explotación de la red con anterioridad a dicha fecha”*.



3º.- Por último, entiende el recurrente que la consideración como hecho probado de la iniciación por el Ayuntamiento de la actividad consistente en la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas antes de la preceptiva notificación, tomando como base la entrada en vigor de un contrato administrativo por el que se subcontrata esta actividad a un tercero, vulnera a su juicio el principio constitucional de presunción de inocencia, ya que no cabe presumir sin más que la fecha de entrada en vigor del contrato es la fecha de inicio del despliegue de la red.

Tras efectuar las alegaciones a las que se ha hecho referencia anteriormente, el recurrente solicita que “se dicte una nueva Resolución” por la que se estime el recurso y se acuerde la nulidad de la sanción impuesta, procediéndose al sobreseimiento y al archivo del expediente sancionador de referencia.

QUINTO.- Notificación del acuerdo de inicio del procedimiento.

Mediante escrito del Secretario de la Comisión de 3 de julio de 2009 se comunicó al Ayuntamiento de Morón de la Frontera el inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, a tramitar bajo el número de expediente AJ 2009/1076.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes,

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite cualificados podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

El recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la LGTel, las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado por el Ayuntamiento de Morón de la Frontera como recurso de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de fecha 26 de mayo de 2009 relativa al procedimiento sancionador RO 2008/838 y acumulados incoado contra los Ayuntamientos de Coripe, El Coronil, Pruna, Montellano, El Saucejo, Puebla de Cazalla, Algámitas y Morón de la Frontera por el presunto incumplimiento de los requisitos exigibles para la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en reposición ante el mismo órgano que dictó el acto.



SEGUNDO.- Legitimación de la entidad que solicita la anulación.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. A su vez, el artículo 31 de la misma Ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

Considerando que el recurso de reposición ha sido presentado por el Ayuntamiento de Morón de la Frontera a través de representante (Don Antonio Ramos Suárez, abogado en ejercicio con poder notarial bastante para intervenir en nombre del Ayuntamiento en toda clase de hechos, actos y negocios jurídicos procesales o prejudiciales) y que mediante la Resolución de 26 de mayo de 2009 impugnada se impone una sanción económica a dicho Ayuntamiento, ha de considerarse que la Administración recurrente ostenta la condición de interesada y, por tanto, existe legitimación suficiente para interponer el recurso.

TERCERO.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición interpuesto por el Ayuntamiento de Morón de la Frontera ha sido presentado mediante correo certificado de fecha 25 de junio de 2009. Habida cuenta de que la notificación de la Resolución de fecha 26 de mayo de 2009 ahora recurrida se produjo el día 2 de junio del mismo año, el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la LRJPAC y cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la misma Ley, por lo que debe entenderse interpuesto en tiempo y forma, procediendo su admisión a trámite.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver

La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.2 de la LRJPAC, el recurso debe ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente al de su recepción. Tal y como prevé el artículo 43.2 de la misma Ley, en defecto de notificación en plazo de la resolución expresa el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre el concepto de “explotación de una red de comunicaciones electrónicas”.

El Anexo II de la LGTel define el concepto “*Explotación de una red de comunicaciones electrónicas*” 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.”



Por su parte, el apartado 2 del artículo 6² de la LGTel establece como único requisito exigible para el ejercicio efectivo del derecho a la explotación de redes de comunicaciones electrónicas que, con anterioridad al inicio de esta actividad, los interesados en la explotación de una determinada red 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 la notificación citada seguirá, salvo que sea defectuosa, una inscripción en el Registro de operadores que tiene carácter meramente declarativo.

Puesto que la autorización para explotar redes de comunicaciones electrónicas se contiene de forma directa en la propia Ley, esta Comisión no tiene que dictar un acto expreso o inscribir previamente en el Registro correspondiente para que el operador pueda ejercer los derechos derivados de la autorización legal para realizar dicha actividad, sino que basta con que el operador de cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 6 de la LGTel y efectue la notificación fehaciente de su intención de iniciar una determinada actividad para que pueda dar inicio a la misma.

El Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios reitera este mismo criterio en su artículo 5 apartado 1 al exigir 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, notificarlo fehacientemente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, incluyendo la información que se señala en el apartado 5. Una vez realizada la notificación, el interesado adquirirá condición de operador y podrá comenzar la prestación del servicio o la explotación de la red, y el apartado 5 señala que la notificación se acompañará de la siguiente documentación:*

(....)

- d. *Descripción de la red o servicio que el interesado tiene intención de explotar o prestar.*
- e. *La fecha prevista para el inicio de la actividad.*

A la luz del régimen legal expuesto, procede señalar en primer lugar que, ateniéndonos a la propia definición del concepto de explotación anteriormente transcrita, cualquier actividad que pueda ser encuadrada dentro de la definición del concepto de explotación deberá ser objeto de la notificación previa a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel, bastando por tanto cualquier acto que implique la mera creación (instalación o despliegue) de una red o cualquier acto que denote un control de la misma (ejercicio del poder de disposición, que puede concretarse en la toma de decisiones sobre su uso o características) para encontrarnos ante el concepto de explotación (véase la utilización de la conjunción disyuntiva “o” en la definición transcrita).

De este modo, para que se produzca la “explotación de una red de comunicaciones electrónicas” no es necesario que la misma esté totalmente instalada u operativa o en funcionamiento, porque las actuaciones necesarias para proceder a la creación (es decir, a la instalación de la red) ya se enmarcan por sí solas en el concepto de explotación.

Como ha señalado esta Comisión en anteriores ocasiones³, como la Resolución de 29 de junio de 2005, por la que se estima parcialmente el requerimiento de anulación presentado por el

² Artículo 6. Requisitos exigibles para la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas.
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 Resolución de 30 de septiembre de 2004, recaída en el procedimiento sancionador RO 2004/057 incoado a la entidad Proyecto



Ayuntamiento de Puenteareas contra la Resolución de 30 de septiembre de 2004 que pone fin al procedimiento sancionador RO 2004/057, *“precisamente, al incluir dentro de dicho concepto⁴ la expresión “creación” se alude a todas aquellas actividades dirigidas a la instalación de la red, lo que presupone que la red que se pretende explotar no esté todavía creada. A mayor abundamiento, si el legislador hubiese pretendido la exclusión de las actuaciones tendentes a la instalación de los elementos necesarios para la creación de la red, hubiese excluido del concepto “explotación de la red” la creación de la misma, definiendo únicamente tal explotación como el aprovechamiento, el control o la puesta a disposición de la red”*.

Por otro lado, resulta evidente a la vista de los preceptos legales reproducidos que la notificación fehaciente a la que alude el artículo 6.2 de la LGTel debe ser presentada ante esta Comisión con anterioridad al inicio de la explotación, esto es en este caso con anterioridad al inicio de la instalación de la red o al ejercicio del control de la misma. Este criterio también ha sido confirmado por esta Comisión de forma reiterada, por ejemplo en su Resolución de 29 de junio de 2005 citada en el párrafo anterior cuando señala lo siguiente:

“Además, debe tenerse en cuenta que no es exactamente el inicio de la creación de la red, ni de la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas, sino la intención de realizar tales actividades, lo que determina la exigencia de efectuar la preceptiva notificación”.

El Ayuntamiento de Morón de la Frontera alega en su escrito que no es autor de la conducta infractora que se le imputa porque ha quedado acreditado mediante el Acta de inspección técnica de 8 de agosto de 2008 que la red inalámbrica WIFI de este término municipal estaba instalada pero no en funcionamiento. Añade el referido Ayuntamiento que con ello *“queda desvirtuada la denuncia presentada en su día referida a la prestación del servicio de acceso a Internet mediante redes WIFI”*, sin embargo se ha de señalar al respecto que el procedimiento sancionador al que pone fin la Resolución recurrida no se incoa por la conducta de prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas, como es el servicio de acceso a Internet, sino por la de explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas.

Frente a lo expuesto por la entidad, procede recordar que, por un lado, la definición de explotación que contiene el Anexo II de la LGTel incluye la creación y el control como manifestaciones de esta actividad y que basta con que se produzca cualquiera de ellas para que se entienda realizada la explotación, y, por otro, el artículo 6.2 de la LGTel obliga a la realización de la notificación antes de empezar cualquiera de ellas, es decir lo que es objeto de notificación es la intención de realizar dicha actividad.

Si, tal como ha quedado acreditado en el procedimiento, el 8 de agosto de 2008 las redes estaban instaladas, puede afirmarse sin ningún género de dudas que se ha producido la creación de la red, y, una vez aceptado que la red existe y es propiedad del Ayuntamiento, aspecto que también ha quedado suficientemente acreditado en el expediente⁵, cabe considerar que también se ha producido un acto de control de la misma, ya que es esta entidad la que ha decidido qué red instalar y con qué prestaciones, la que adjudica el contrato a un tercero para su despliegue, explotación y mantenimiento, y a la que revierte el uso de la red en el momento en que cese la vigencia del contrato.

Atarfe, S.A. y Resolución de 20 de diciembre de 2004, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por la entidad Proyecto Atarfe, S.A. contra la Resolución anterior, Resolución de 30 de septiembre de 2004 recaída en el procedimiento sancionador RO 2004/412 incoado al Ayuntamiento de Puenteareas y Resolución de 29 de junio de 2005, por la que se estima parcialmente el requerimiento de anulación presentado por el Ayuntamiento de Puenteareas contra la Resolución anterior.

⁴ Explotación de una red de comunicaciones electrónicas.

⁵ Tanto en el modelo de contrato que Tierraplex suscribe con los usuarios finales, como en la documentación técnica aportada junto a la notificación fehaciente que realiza el Ayuntamiento de Morón de la Frontera a esta Comisión y en el Acta de inspección aclaratoria de 16 de diciembre de 2008 constan reconocimientos expresos de que la red pública de comunicaciones electrónicas con tecnología WIFI que opera en el municipio de Morón de la Frontera y los emplazamientos utilizados para su instalación son de titularidad municipal.



Pues bien, todo ello, junto con lo dispuesto por el apartado 4 del artículo 8 de la LGTel, que establece que la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones públicas se ajustará a lo dispuesto en esta ley y sus normas de desarrollo, nos lleva a la conclusión de que el Ayuntamiento debería haber realizado la notificación fehaciente a esta Comisión en cualquier momento desde que manifiesta su intención de explotar una red pero siempre antes de realizar cualquier acto tendente y necesario para dar inicio a la creación, aprovechamiento, control o puesta disposición de la misma.

Tampoco puede tener favorable acogida la alegación del Ayuntamiento relativa al hecho de que no hubo explotación porque al no estar las redes en funcionamiento (hecho acreditado el 8 de agosto de 2008 mediante el acta de inspección) el contrato administrativo en virtud del cual la empresa Tierraplex debía instalar y explotar la red en nombre de su titular no se había comenzado a ejecutar.

Más bien al contrario, habida cuenta de que el objeto del citado contrato era la instalación, uso, explotación y mantenimiento de una red pública inalámbrica WIFI metropolitana de banda ancha, con capacidad para la explotación por terceros, y desplegada en los municipios de la provincia de Sevilla del Consorcio Vía Verde, si las redes estaban instaladas, no cabe duda de que el contrato se había comenzado a ejecutar, siendo el despliegue de la red una de las prestaciones que el contratista debía realizar antes del 31 de diciembre de 2007⁶.

SEGUNDO.- Sobre la supuesta falta de prueba de la explotación de una red de comunicaciones electrónicas con anterioridad a la realización de la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel.

Entiende el recurrente que no es suficiente para probar la existencia de una actividad de explotación de red con anterioridad a la fecha en la que realiza la preceptiva notificación a la Comisión, el 24 de enero de 2008, la mera existencia un contrato en vigor por el que se encarga a un tercero el suministro, explotación y mantenimiento de dicha red, y no está de acuerdo con la presunción de que el inicio del despliegue de red se produce al surtir efectos el contrato para la creación de la red.

En este sentido se ha de indicar que se considera un hecho probado que existía un contrato suscrito el 10 de agosto de 2007, en vigor desde el día siguiente, cuyo objeto era la instalación, uso, explotación y mantenimiento de una red pública inalámbrica WIFI metropolitana de banda ancha, con capacidad para la explotación por terceros, y desplegada en los municipios de la provincia de Sevilla del Consorcio Vía Verde. Aun cuando la ejecución física del despliegue de la red le corresponde al adjudicatario del procedimiento de licitación, es el Ayuntamiento el que toma la decisión de la instalación de la red, determina cómo y cuando hacerlo y asume su coste, siendo por tanto éste su titular a todos los efectos.

Nos encontramos también con el hecho de que la normativa reguladora de la explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas, la LGTel y normativa de desarrollo, exige como requisito necesario para iniciar la actividad como operador que explota redes y/o presta servicios de comunicaciones electrónicas la realización de una notificación fehaciente de la intención de iniciar tal actividad.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe concluir que el Ayuntamiento no podía contratar con un tercero la instalación de una red en su nombre ya que el ejercicio de su derecho a la instalación estaba supeditado a la notificación previa a esta Comisión de su intención de hacerlo. Esto es, el

⁶ La Cláusula Cuarta del contrato administrativo suscrito entre el Consorcio Vía Verde y Tierraplex indica que la entrada en vigor se producirá el día después de su firma, esto es el 11 de agosto de 2007, y que el contratista se obliga a entregar los materiales que constituyen el objeto del suministro antes del 31 de diciembre de 2007.



ejercicio de su derecho a instalar la red pasaba necesariamente por realizar previamente la notificación a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, algo que el recurrente no hizo hasta el 24 de enero de 2008, tras la notificación del acuerdo de inicio de un período de información previa para analizar los indicios existentes sobre la comisión de una posible infracción administrativa.

Por otro lado, pese a que la acreditación del hecho de que las redes estaban instaladas se produce en fecha posterior a la de la realización de la notificación fehaciente a la Comisión por parte del Ayuntamiento recurrente (8 de agosto de 2008 y 24 de enero de 2008 respectivamente), a los efectos de determinar el nacimiento de la obligación de notificación, la actividad de explotación de una red de comunicaciones electrónicas y, en particular, el control (decidir qué red instalar y con qué prestaciones) y la puesta a disposición de la misma (adjudicar a un tercero el uso de la red), eran actos o facultades que necesariamente debieron de tener lugar con la entrada en vigor del contrato con Tierraplex el 11 de agosto de 2007.

A mayor abundamiento, si bien la LGTel no precisa el alcance legal del concepto “con anterioridad” en relación con el momento en el que los operadores deben realizar la notificación fehaciente a la que alude el artículo 6.2, sería en cualquier caso correcto exigirla al menos cuando exista constancia de actos preparatorios de la explotación, como es en este caso la firma de un contrato por el que se adjudica a una empresa la instalación, uso, explotación y mantenimiento de una red pública inalámbrica WIFI metropolitana de banda ancha, acto que, al margen de cualquier otra consideración, es una manifestación formal de la intención o interés del Ayuntamiento en explotar una red de comunicaciones electrónicas.

Si, como se ha expuesto con anterioridad, “*no es exactamente el inicio de la creación de la red (...) sino la intención de realizar tales actividades*” lo que determina el nacimiento de la obligación de notificación (Resolución de 29 de junio de 2005 citada en el Fundamento Primero), tomando como referencia la fecha de la firma del contrato, en el presente caso ha existido un período de al menos cinco meses, del 10 de agosto de 2007 al 24 de enero de 2008, fecha en la que se realiza la notificación, en el que el Ayuntamiento ha realizado actuaciones encaminadas a la creación de una red sin haber realizado la preceptiva notificación.

TERCERO.- Sobre la apreciación de un atenuante por mayor diligencia que el resto de sancionados en la fijación de la cuantía de la sanción.

Alude el recurrente en su escrito a la inexistencia en su conducta de voluntad transgresora de la Ley General de Telecomunicaciones, ya que su única intención al suscribir el contrato administrativo con Tierraplex era acogerse como beneficiario a unas subvenciones concedidas por la Diputación Provincial de Sevilla para el diseño y ejecución de actuaciones encaminadas a facilitar la transición de la provincia de Sevilla a la sociedad del conocimiento, la integración en la sociedad de la información y el fomento de la competitividad.

En relación con la anterior alegación cabe decir, por un lado, que el modo mediante el cual el Ayuntamiento de Morón de la Frontera pretendía financiar la creación de la red pública de comunicaciones electrónicas es irrelevante para el análisis de la conducta infractora que nos ocupa, que es la explotación de una red de comunicaciones electrónicas sin haber realizado previamente la preceptiva notificación fehaciente a esta Comisión.

Por otro lado, no podemos aceptar como cierta la afirmación que realiza el recurrente de que “*el Ayuntamiento se ha limitado a acogerse a unas subvenciones suscribiendo un contrato administrativo*”, porque el propio objeto de esas subvenciones requería la realización de al menos una de las actividades integradas en la definición del concepto de “explotación” transcrita anteriormente, la de la creación de la red. Dicho de otra forma, el hecho de “acogerse” a dichas



subvenciones conlleva necesariamente la explotación de una red de comunicaciones electrónicas por parte del Ayuntamiento beneficiario de las mismas.

No obstante las consideraciones anteriores, se ha de poner de manifiesto que en la Resolución impugnada ya se apreció en la determinación de la cuantía de la sanción la menor gravedad de la conducta del recurrente en relación con la de los demás sancionados en el mismo procedimiento. La Resolución impone al Ayuntamiento de Morón de la Frontera una sanción económica de quinientos euros, la más baja de todas las impuestas en este procedimiento, atendiendo en la fijación del importe y en la graduación a las circunstancias particulares concurrentes en su caso, en concreto que este Ayuntamiento realizó la notificación fehaciente tan pronto como tuvo conocimiento de la notificación del inicio del período de información previa y, en cualquier caso, mucho antes que el resto de sancionados, actuando por tanto con un plus de diligencia con respecto de éstos.

A la vista del importe de la sanción impuesta al Ayuntamiento de Morón de la Frontera, quinientos euros, y habida cuenta de que el límite máximo previsto por el artículo 56.1 b) de la LGTel era de dos millones de euros, resulta evidente que en este caso se ha apreciado la concurrencia de circunstancias atenuantes, como la falta de beneficio económico para el infractor y la menor gravedad de la conducta, ambas contempladas en el 56.2 de la LGTel.

III RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por el Ayuntamiento de Morón de la Frontera contra la Resolución del procedimiento sancionador RO 2008/838 y acumulados incoado contra los Ayuntamientos de Coripe, El Coronil, Pruna, Montellano, El Saucejo, Puebla de Cazalla, Algámitas y Morón de la Frontera por el presunto incumplimiento de los requisitos exigibles para la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, recaída en el expediente RO 2008/838, por estar la misma plenamente ajustada a Derecho.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, 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 que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, puede interponerse 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, sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.