



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON ALFONSO RAMOS DE MOLINS SAINZ DE BARANDA, 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 20 de diciembre de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DESESTIMA EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD PROYECTO ATARFE, S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES, DE FECHA 30 DE SEPTIEMBRE DE 2004, RECAÍDA EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA CITADA ENTIDAD POR ACUERDO DE 15 DE ABRIL DE 2004 (RO 2004/057).

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad PROYECTO ATARFE, S.A. (en adelante, PROYECTO ATARFE) contra la Resolución de esta Comisión, de fecha 30 de septiembre de 2004, recaída en el procedimiento sancionador incoado a la citada entidad por acuerdo de 15 de abril de 2004 (RO 2004/57), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 45/04 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 20 de diciembre de 2004, recaída en el expediente AJ 2004/1798.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 30 de septiembre de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución por la que se declaraba responsable directa a PROYECTO ATARFE 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 (en adelante, LGTel), por haber iniciado, antes de presentar ante esta Comisión la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel, las actividades consistentes en la explotación de una red pública y en la prestación de un servicio de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comunicaciones electrónicas, imponiéndosele una sanción económica por importe de CINCO MIL VEINTICUATRO EUROS (5.024 euros).

SEGUNDO.- Con fecha 16 de noviembre de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de fecha 8 de noviembre de 2004 presentado por Don Víctor Fco. Sánchez Martínez, en virtud del cual interponía, en nombre y representación de la entidad PROYECTO ATARFE recurso potestativo de reposición contra la Resolución de fecha 30 de septiembre de 2004 mencionada anteriormente.

La entidad solicitante muestra su disconformidad con la Resolución impugnada con base en las siguientes alegaciones:

1ª.- Que la consideración como hecho probado de la iniciación por PROYECTO ATARFE, antes de presentar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la notificación a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel, de las actividades consistentes en la explotación de una red pública y en la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas, es a su juicio incorrecta.

Se ampara esta alegación en los siguientes razonamientos:

a) Que de la denuncia presentada por la entidad TV Atarfe, S.L. y de los documentos que se acompañan, no se puede desprender que se estuviere explotando una red pública, ni prestando un servicio de comunicaciones electrónicas. En esas fechas lo único que se hizo fue una exposición multimedia cuya finalidad no era otra que el dar a conocer a la ciudadanía el proyecto que en el municipio se estaba fraguando, en su fase de estudio y proyecto, y mostrar todas aquellas ventajas que podrían aportar al municipio. Según la recurrente, la documentación que obra en el expediente acompañando a la denuncia no puede servir de prueba demostrativa de la comisión de la infracción que se presume, sino que únicamente refleja la voluntad del Ayuntamiento de Atarfe en conseguir el necesario apoyo moral de los vecinos de la localidad.

b) Que estableciendo una comparativa entre los hechos efectivamente realizados por PROYECTO ATARFE y la presunta infracción del artículo 6.2 de la LGTel, puede concluirse que no hay relación exacta entre uno y otro. Se alude en este sentido a las definiciones de los términos “explotación de una red de comunicación electrónica” y “servicio de comunicaciones electrónicas” contenidos en el Anexo II de la LGTel, para llegar a la conclusión de que no existía explotación de la red porque la misma no estaba totalmente creada sino que sólo se había iniciado la instalación de los elementos necesarios que condujeran a tener creada una red de comunicación. Además, manifiesta que si la red no estaba



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

creada difícilmente se podían prestar servicios de comunicaciones a través de ella. Los ensayos que se venían realizando, y para lo cual era imprescindible la colaboración de determinados vecinos, se han de encuadrar dentro del proceso que culminaría en la creación de la red.

c) Que del contenido de las actuaciones realizadas en el expediente no se puede deducir, como se hace en la Resolución recurrida, que PROYECTO ATARFE aceptara o reconociera determinadas cuestiones que vienen a apoyar el citado hecho probado.

2ª.- Que en la determinación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora y, en consecuencia, de la sanción propuesta, no se tuvieron en cuenta las siguientes circunstancias:

- La nula repercusión social de la infracción.
- La nula importancia del daño causado.

Tras efectuar las alegaciones a las que se ha hecho referencia anteriormente, la entidad recurrente solicita, además de la admisión del recurso a trámite, que se dicte en su día resolución ajustada a Derecho.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación.

El artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito de fecha 8 de noviembre de 2004 como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede, a tenor de lo dispuesto en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé 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, calificar al escrito presentado como un recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de 30 de septiembre de 2004.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC exige, como requisito indispensable para la interposición del recurso potestativo de reposición, que el recurrente tenga la condición de interesado.

A su vez, el artículo 31 de la LRJPAC prevé que se considerarán interesados en el procedimiento administrativo a aquellos que los promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos (individuales o colectivos).

En atención a lo anterior, la entidad recurrente debe ser considerada como titular de derechos o intereses legítimos para promover el procedimiento de recurso objeto del presente informe, por lo que está legitimada para la interposición del recurso.

TERCERO.- Admisión a trámite.

El recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad PROYECTO ATARFE ha sido presentado mediante correo certificado de fecha 10 de noviembre de 2004. Por lo tanto, y habida cuenta de que la notificación de la resolución de fecha 30 de septiembre ahora recurrida se produjo el día 11 de octubre de 2004, el mismo ha sido interpuesto dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha en la que la entidad recurrente ha tenido conocimiento de la Resolución impugnada, previsto en el artículo 117 de la LRJPAC, y cumpliendo con todos 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 potestativo de reposición corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre la supuesta falta de prueba de la explotación de una red y de la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas por parte de la entidad PROYECTO ATARFE con anterioridad a la realización de la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la LRJPAC.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sostiene la entidad recurrente, que no quedó probada en el expediente que dio lugar a la Resolución ahora impugnada la comisión por PROYECTO ATARFE de la infracción prevista en el artículo 53 t) de la LGTel, esto es, la explotación de una red y la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas sin cumplir con el requisito de la notificación fehaciente previsto en el artículo 6.2 de la LGTel.

Sin embargo, frente a lo expuesto por PROYECTO ATARFE, cabe señalar, como ya se expresó en la Resolución impugnada, que la documentación obrante en el expediente sancionador tramitado por esta Comisión es suficientemente indicadora y probatoria de la comisión por la citada entidad de la referida infracción. A este respecto, en la declaración de hechos probados efectuada en la Resolución recurrida no solamente se tuvo en cuenta, como parece señalar la recurrente, la denuncia presentada ante esta Comisión por la entidad TV Atarfe, S.L. y los documentos que la acompañaban, sino también el informe emitido por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Atarfe (Documento 4) y la información suministrada por la propia recurrente (Documento 10), de la que se desprendía que la red de comunicaciones electrónicas estaba ya instalada (es decir, creada), al menos, el día 28 de febrero de 2004, esto es, antes del día 12 de marzo de 2004, fecha en la que se presentó por PROYECTO ATARFE ante esta Comisión la notificación a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel.

Respecto del argumento invocado por PROYECTO ATARFE en virtud del cual afirma que tan sólo instaló los elementos necesarios para la creación de una red de comunicaciones electrónicas, pero sin que la red estuviera totalmente creada y, por tanto, sin que pudiera haber tenido lugar la prestación de servicio alguno de comunicaciones electrónicas, cabe reiterar que la explotación de una red no requiere necesariamente que la misma esté totalmente instalada y operativa.

En el Anexo II de la LGTel se define la explotación de una red de comunicación electrónica como *“la creación, el aprovechamiento, el control o la puesta a disposición de dicha red”*, de modo que la explotación de la red comienza desde el mismo momento en el que se inicia su creación. Precisamente, al incluir dentro de dicho concepto 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cualquier caso, tal y como se declaró probado en la Resolución impugnada, la red estaba ya instalada cuando PROYECTO ATARFE presentó ante esta Comisión la notificación a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel.

Prueba de ello son los ensayos o pruebas realizados con anterioridad a dicha notificación con algunos vecinos del municipio con los que se celebraron contratos a los efectos de proporcionar, a cambio de una remuneración de cien euros, el módem que permitiera el acceso a Internet, lo que la propia entidad ha venido reconociendo tanto a lo largo de la tramitación del expediente sancionador como en vía de recurso. De este modo, sin que la red estuviera total o parcialmente creada no sería posible la realización de conexiones a Internet.

En lo que se refiere a la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas, la entidad recurrente niega que se hubiese producido prestación de servicio alguno, señalando a continuación que *“los ensayos que se venían realizando, y para lo cual era imprescindible la colaboración de determinados vecinos, se han de encuadrar dentro del proceso que culminaría con la creación de la red”*, sin que pueda entenderse que el hecho de realizar de manera ocasional alguna conexión a modo de prueba suponga la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas.

Resulta manifiesto que esta última afirmación desvirtúa el argumento de la inexistencia de prestación de servicio de comunicaciones electrónicas alguno por parte de PROYECTO ATARFE, por cuanto no puede entenderse que la realización de ensayos o pruebas para proporcionar acceso a Internet forme parte del proceso de creación de una red. En todo caso, tales ensayos o pruebas corresponderían a la fase de inicio de la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas posterior a la creación de la red.

Por tanto, se contradice la entidad recurrente cuando niega que la red estuviese creada con anterioridad a la notificación dirigida a esta Comisión. No solamente se creó la red sino que se dio comienzo a la prestación del servicio, aunque ésta hubiese tenido lugar a modo de ensayo, por lo que tal circunstancia debió ser puesta en conocimiento de esta Comisión con anterioridad al mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.2 de la LGTel.

En efecto, no presenta ninguna duda el referido artículo cuando señala que *“los interesados en la explotación de una determinada red o en la prestación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas deberán, **con anterioridad al inicio de la actividad**, notificarlo fehacientemente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”*. Por ello, no puede acogerse tampoco la alegación de la recurrente sobre la inseguridad jurídica que presenta el referido artículo al no concretar el momento en el que debe efectuarse tal comunicación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por último, en cuanto a las características que, según la recurrente, debía reunir la prestación de un servicio, a saber, que se preste a la población destinataria de una manera indiscriminada, regular y continua, y que se dote de una organización que permita la observancia de los derechos y obligaciones de los usuarios, procede señalar de nuevo en la presente Resolución que la inobservancia de las mismas podría conllevar el incumplimiento de las condiciones establecidas para la prestación del servicio, pero en ningún caso significaría la inexistencia de la actividad de prestación del mismo.

SEGUNDO.- Sobre la necesidad de tener en cuenta la falta de repercusión social de la infracción y la nula importancia del daño causado como circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

Respecto del argumento de la recurrente relativo a la falta de apreciación por esta Comisión de la nula repercusión social de la infracción y de la nula importancia del daño causado, en la valoración de las circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora, esta Comisión ya dio cumplida respuesta a tal alegación en la Resolución recurrida, sin que PROYECTO ATARFE haya aportado afirmación alguna en su recurso que venga a cuestionar la legalidad de la sanción impuesta a la citada entidad.

No cabe, por ello, más que reiterar que la infracción de las normas por parte de una Administración Pública o de una entidad participada mayoritariamente por ésta (en este caso el 100%) no puede considerarse exenta de repercusión social ni de producir daño alguno al interés público protegido en la materia por la LGTel.

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad PROYECTO ATARFE contra la Resolución de esta Comisión, de fecha 30 de septiembre de 2004, recaída en el procedimiento sancionador incoado a la citada entidad por acuerdo de 15 de abril de 2004 (RO 2004/57).

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 el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado 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, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda

Carlos Bustelo García del Real