



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DÑA. ALEJANDRA DE ITURRIAGA GANDINI, por vacante del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 7.2 de la O.M. de 9 de abril de 1997, B.O.E. de 11 de abril de 1997), 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 24/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 29 de junio de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ESTIMA PARCIALMENTE EL REQUERIMIENTO DE ANULACIÓN PRESENTADO POR EL AYUNTAMIENTO DE PONTEAREAS 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 29 DE ABRIL DE 2004 (RO 2004/412).

En relación con el requerimiento de anulación presentado por el Ayuntamiento de Ponteareas 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 29 de abril de 2004 (RO 2004/412), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 24/05 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 29 de junio de 2004, recaída en el expediente AJ 2004/1797.

HECHOS

PRIMERO.- Como consecuencia de la denuncia presentada ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el día 1 de marzo de 2004, manifestando que el Ayuntamiento de Ponteareas había puesto en marcha un servicio de acceso a Internet de 24 horas totalmente gratuito mediante tecnología WIFI de banda ancha, se acordó, con fecha 8 de marzo de 2004, 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 la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, contemplada en el artículo 6.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tras las alegaciones formuladas en el período de información previa, y una vez determinada con carácter preliminar la concurrencia de circunstancias que justificaban el inicio del correspondiente procedimiento sancionador, en fecha 29 de abril de 2004, el Consejo de la Comisión aprobó una Resolución acordando la apertura de un procedimiento sancionador contra el Ayuntamiento de Ponteareas.

SEGUNDO.- El día 28 de abril de 2004 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito del representante legal del Ayuntamiento de Ponteareas aportando determinada documentación con el fin de tener por efectuado el trámite a que se refiere el artículo 6.2 de LGTel.

Mediante Resolución de fecha 14 de mayo de 2004, se inscribió en el Registro especial de Titulares de Autorizaciones Generales al Ayuntamiento de Ponteareas como persona autorizada para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

TERCERO.- 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 directo al Ayuntamiento de Ponteareas de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53. t) de la 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 comunicaciones electrónicas, imponiéndosele una sanción económica por importe de NUEVE MIL DOSCIENTOS VEINTICINCO EUROS (9.225 euros).

CUARTO.- El día 16 de noviembre de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de fecha 10 de noviembre de 2004 presentado por Don Salvador Gonzalez Solla, en virtud del cual presentaba, en nombre y representación del Ayuntamiento de Ponteareas (Pontevedra), requerimiento de anulación contra la Resolución de fecha 30 de septiembre de 2004 mencionada anteriormente.

La entidad solicitante muestra su desacuerdo con la Resolución impugnada con fundamento en las siguientes alegaciones:

1ª.- Durante un período de pruebas no puede saberse con certeza si la red se va a poner en funcionamiento de manera definitiva, de modo que la ignorancia sobre la obligación de efectuar la notificación fehaciente prevista en el artículo 6.2 de la LGTel resulta excusable y determina la inexistencia de negligencia o culpabilidad en la conducta imputada.

2ª.- El cálculo efectuado para determinar el importe de la sanción impuesta, en virtud del número de viviendas a las que puede dar servicio la red instalada, tomando como referencia las 9.225 viviendas censadas en el Ayuntamiento de Ponteareas, debe ser revisado a la luz del Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 5 de mayo de 2003 en el que se adjudicó el contrato a la entidad Adisic, por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cuanto de dicho Acuerdo se derivaba que la red inalámbrica que estuvo funcionando en pruebas solamente podría dar servicio a las viviendas que estaban en determinadas calles y no a las de la totalidad del municipio.

Tras efectuar las alegaciones a las que se ha hecho referencia anteriormente, la entidad recurrente solicita que se dicte en su día resolución por la que se estime el requerimiento, acordándose la nulidad de la Resolución impugnada y procediéndose al archivo del expediente, o subsidiariamente, se reduzca el importe de la sanción en los términos expuestos.

Además, se adjunta, entre otros documentos, un Informe del responsable del Departamento de Informática del Ayuntamiento de Ponteareas, de 10 de noviembre de 2004, en el que se deja constancia de que el número de usuarios del servicio wireles municipal, a fecha 5 de noviembre de 2003, era de 176 en las viviendas sitas en las calles que figuraban en la primera notificación de inscripción como operador.

QUINTO.- Mediante escrito de fecha 22 de febrero de 2004, y en virtud de lo establecido en los artículos 4 y 78.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJCA), esta Comisión solicitó a la Dirección General del Catastro, como acto de instrucción en el marco del procedimiento de recurso, una relación de las viviendas existentes en las calles, avenidas, plazas, etc, a que se hacía referencia en la prueba testifical del representante legal de Adisic, Instituto Tecnológico, S.L..

SEXTO.- Con fecha 27 de abril de 2005, tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito del Subdirector General de Estudios y Sistemas de Información de la Dirección General del Catastro del Ministerio de Economía y Hacienda, adjuntando escrito de la Gerencia Territorial del Catastro de Pontevedra, de fecha 13 de abril de 2005, en el que se ponía de manifiesto que el número de unidades urbanas correspondientes a las zonas interesadas (calles de Avenida 18 de Julio, plaza detrás del Ayuntamiento y casas colindantes, calle Reveriano Soutullo hasta calle Gabino Bugallal, Elduayen, Plaza de Bugallal, Morales Hidalgo, Plaza comprendida entre Morales Hidalgo y calle La Estrada, calle Ruiz de Alda, Plaza del Generalísimo y barrio de Cachadas) del municipio de Ponteareas, a fecha 1 de enero de 2004, es de 1.909 unidades urbanas.

Junto con este escrito, se adjuntaban anexos un plano parcelario del catastro urbano del casco de Ponteareas donde se recogen las vías urbanas y parcelas tomadas en consideración para el cálculo efectuado, así como un listado de referencias afectadas que contempla la suma de las unidades.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 112.1 de la LRJPAC, la Comisión remitió, con fecha 4 de mayo de 2005, al Ayuntamiento de Ponteareas, copia de los escritos y documentos anteriores, concediendo un



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

plazo de diez días para formular alegaciones y presentar los documentos y justificantes que se estimaran procedentes.

OCTAVO.- Dentro del trámite de audiencia concedido al efecto, con fecha 23 de mayo de 2005, tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito de alegaciones formulado por la Alcaldía del Ayuntamiento de Ponteareas, en el que manifiesta su disconformidad con el Informe de la Gerencia Territorial del Catastro de Pontevedra, con base en los siguientes motivos:

1º.- Se toma en consideración la totalidad de unidades urbanas existentes en la Avenida 18 de Julio (115), cuando del Acuerdo adoptado por la Comisión de Gobierno, en sesión de 5 de mayo de 2003, se desprende que la cobertura de la red sólo afectaría a la parte de dicha calle que coincide con la plaza existente detrás del Ayuntamiento y casas colindantes.

2º.- Se incluyen la Avenida Fernández Mora, con 693 unidades urbanas, la calle Vidales Tomé, con 192, y la calle Paseo Matutino, con 263, que, sin embargo, no aparecen incluidas en el referido Acuerdo de la Comisión de Gobierno.

3º.- La única fórmula equitativa para calcular el importe de la sanción sería la de computar los usuarios que se venían beneficiando de los servicios que prestaba la red en cuestión, debiendo a este respecto tomarse en consideración el informe emitido el 10 de noviembre de 2004 por el responsable informático del Ayuntamiento que se adjuntó con el requerimiento de anulación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación.

El artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) establece que en los litigios entre Administraciones Públicas no cabrá interponer recurso en vía administrativa. No obstante, cuando una Administración tenga intención de recurrir en vía contenciosa un acto de otra, podrá requerirle previamente para que anule o revoque el acto.

Como resulta de la doctrina jurisprudencial elaborada a la luz de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), con carácter general, el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no es obstáculo para su tramitación, siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter. En tales casos, la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Administración que reciba el recurso, y se encargue de su resolución, deberá atribuir al referido escrito el carácter que legalmente le corresponda atendiendo al contenido del acto impugnado.

En el presente supuesto, a pesar de que la entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, señala, mediante otrosí digo que, no teniendo cabida la interposición de recurso en vía administrativa en los litigios entre las Administraciones Públicas, en caso de no admitirse su escrito como recurso de reposición, lo sea como requerimiento previo de anulación.

Por ello, a tenor de lo establecido en el citado artículo 44 de la LJCA, que excluye la posibilidad de interponer recurso administrativo a las Administraciones, procede calificar el escrito del Ayuntamiento de Pontearreas como requerimiento de anulación presentado contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de septiembre de 2004.

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

De conformidad con los artículos 19.1 e) y 44.1 de la LJCA, en relación con el artículo 140 de la Constitución española y los artículos 3, 4, 6, 11 y 19 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, el municipio, en cuanto entidad local territorial que sirve con objetividad los intereses públicos cuyo gobierno y administración corresponde al Ayuntamiento, está legitimado para impugnar los actos que afecten al ámbito de su autonomía emanados de los organismos públicos con personalidad jurídica propia. Asimismo, tal y como establece el artículo 21 de la citada Ley 7/1985, el Alcalde ostenta, entre otras, la atribución de representar al Ayuntamiento.

Considerando que el requerimiento de anulación ha sido presentado por el Alcalde del Ayuntamiento de Pontearreas y que corresponde a dicho Ayuntamiento el gobierno y la administración municipal, ha de considerarse que existe legitimación suficiente del citado Ayuntamiento para requerir la anulación de la Resolución de 30 de septiembre de 2004, en los términos establecidos en el artículo 44 de la LJCA.

TERCERO.- Competencia y plazo para resolver.

La competencia para resolver el mencionado requerimiento corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado. Este requerimiento debe ser resuelto en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su recepción, según lo establecido en el artículo 44.3 de la LJCA.

CUARTO.- Admisión a trámite.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El requerimiento de anulación planteado por el Ayuntamiento de Pontearreas ha sido presentado mediante correo certificado de fecha 11 de noviembre de 2004. Por lo tanto, 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 dos meses, contado desde la fecha en la que la entidad recurrente ha tenido conocimiento de la Resolución impugnada, previsto en el artículo 44.2 de la LJCA, y cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el citado artículo, por lo que debe entenderse interpuesto en tiempo y forma, procediendo su admisión a trámite.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre la realización de pruebas en la explotación de redes y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

A los efectos de que se declare la inexistencia de responsabilidad infractora, alude el Ayuntamiento de Pontearreas a la ignorancia de la obligación de la notificación a la Comisión de la realización de pruebas en la red que se pretendía explotar, lo que determinaría a su parecer la inexistencia de culpabilidad o negligencia en la conducta que fue objeto de sanción y le excusaría de tener que afrontar sanción alguna.

Alega la entidad que durante un período de pruebas no se sabe con certeza si se va a poder poner en funcionamiento de manera definitiva una red, pues ésta puede resultar inviable si el resultado de aquellas pruebas no es favorable, careciendo en tal caso de sentido que exista obligación de notificar a la Comisión la puesta en marcha de una red que finalmente no va a funcionar.

Añade el referido Ayuntamiento que la Comisión omitió en el expediente del que deriva la Resolución cuya anulación se requiere que en la notificación preceptiva remitida en su día a la Comisión se indicó que la fecha prevista para el inicio de la actividad era *“indefinida por estar en período de prueba”*, habiéndose comunicado posteriormente, mediante solicitud de fecha 11 de junio de 2004, que la fecha de comienzo de la actividad sería el 20 de junio de 2004. Así pues, al establecer la Comisión en la Resolución de fecha 5 de agosto de 2004 en la que se acordó la inscripción del Ayuntamiento como persona habilitada para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, que *“la fecha prevista del inicio de la actividad realizada por la entidad, consistente en la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas, basada en la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común (RLAN-WIFI), el día 20 de junio de 2004”*, estaba admitiendo y reconociendo que la red en cuestión no había iniciado su actividad por encontrarse en período de pruebas.

Frente a lo expuesto por la entidad, procede señalar, en primer lugar, que el artículo 6.2 de la LGTel, al exigir la previa notificación a la Comisión de la explotación de una determinada red o de la prestación de un servicio de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comunicaciones electrónicas, no distingue si la red que se pretende explotar debe haber sido puesta en funcionamiento con carácter definitivo o si basta con que se encuentre en período de prueba.

Si se tiene en cuenta la definición contenida en el Anexo II de la LGTel sobre la explotación de una red de comunicación electrónica como *“la creación, el aprovechamiento, el control o la puesta a disposición de dicha red”*, puede apreciarse cómo desde el momento en el que se inicia la creación de la red comienza la explotación de la misma. 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 no es necesario que la red que se pretende explotar esté definitivamente creada para que surja la obligación a que hace referencia el artículo 6.2 de la LGTel.

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.

En efecto, no presenta ninguna duda el artículo 6.2 de la LGTel 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”*.

Resulta evidente, pues, que con anterioridad a la creación de la red o a la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas debe remitirse a la Comisión la notificación fehaciente a la que alude el artículo 6.2 de la LGTel, sin que pueda tener acogida el argumento del Ayuntamiento requirente sobre la inexistencia de dicha obligación hasta la puesta en funcionamiento definitiva de la red.

A mayor abundamiento, como se señaló en la Resolución de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2004, por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto por la entidad PROYECTO ATARFE, S.A. contra la Resolución de 30 de septiembre de 2004, en la que se declaró a dicha entidad responsable de una infracción muy grave por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6.2 de la LGTel, la realización de ensayos o pruebas para proporcionar acceso a Internet no forma parte del proceso de creación de una red, sino que corresponde en todo caso a la fase de inicio de la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas posterior a dicha creación, lo que evidencia que el Ayuntamiento de Pontearreas no sólo había creado la red sino que había comenzado a prestar el servicio de comunicaciones electrónicas consistente en ofrecer acceso a Internet.

Tal y como se declaró probado por esta Comisión y consta en la Resolución sancionadora de 30 de septiembre de 2004, el Ayuntamiento de Pontearreas adjudicó a la empresa Adisic, Instituto Tecnológico, S.L. los trabajos de instalación de una red pública de comunicaciones electrónicas mediante enlace



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

inalámbrico de banda ancha basado en tecnología WIFI para la prestación del servicio de acceso a Internet en el término municipal de Ponteareas, comenzando los trabajos de instalación a mediados del citado mes de mayo de 2003 y concluyendo dichos trabajos de instalación a finales del mes de junio de 2003. Asimismo, se constató que, a partir de la entrega de la red de comunicaciones electrónicas, comenzó su funcionamiento en pruebas a partir de los meses de julio o agosto del 2003.

Por tanto, siendo la notificación efectuada por el Ayuntamiento de Ponteareas de fecha 28 de abril de 2004, resulta claro que con anterioridad a la misma 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 tales circunstancias debieron ser puestas en conocimiento de la Comisión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.2 de la LGTel.

Debe rechazarse, asimismo, el argumento del Ayuntamiento de Ponteareas relativo a que la Comisión aceptó, al haber inscrito como fecha de entrada en funcionamiento de la actividad el día 20 de junio de 2004, la puesta en marcha de la red a modo de prueba sin que hubiese sido notificado previamente por el Ayuntamiento, ya que la fijación de una fecha en la Resolución sobre inscripción no podía afectar en modo alguno a un procedimiento sancionador que se hallaba en curso, y que era referido a circunstancias acaecidas con anterioridad a la citada fecha de 20 de junio de 2004. La inscripción de esa fecha, comunicada por el propio Ayuntamiento, no podría convertirse, por tanto, como parece pretender el requirente, en una suerte de convalidación de los hechos probados acaecidos con anterioridad y determinantes de la comisión de una infracción muy grave prevista en el artículo 53 t) de la LGTel.

Tampoco puede tener acogida la alegación del Ayuntamiento de Ponteareas sobre la inexistencia de culpabilidad o negligencia en la conducta que fue objeto de sanción al ignorar la obligación de notificar a la Comisión la realización de pruebas en la red que se pretendía explotar, ya que la infracción se perfeccionó desde el momento en el que el Ayuntamiento de Ponteareas creó la red sin notificación fehaciente previa a esta Comisión, con total independencia de las pruebas que se estimase oportuno efectuar sobre ella, y más aún porque el desconocimiento de la obligación de notificar no puede eximir de su cumplimiento al Ayuntamiento requirente.

SEGUNDO.- Sobre el cálculo del importe de la sanción impuesta.

Se alega por la Alcaldía del Ayuntamiento de Ponteareas disconformidad con el cálculo del importe de la sanción impuesta consistente en tomar como referencia las 9.225 viviendas existentes en el citado municipio, siendo, a su entender, preciso *“que se tomase como dato cierto para el cálculo de la sanción el número de viviendas que existían en las calles a las que daba cobertura la red infractora”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, debe señalarse, en primer término, que la Resolución de 30 de septiembre de 2004 cuya anulación se requiere, estableció como criterio para el cálculo de la sanción el de cuantificar ésta *“de forma proporcional al número de viviendas a las que puede dar servicio la red instalada”*, lo que no parece contradecir la afirmación del Ayuntamiento de Ponteareas contenida en el requerimiento de anulación, según la cuál debería tenerse en cuenta *“el número de viviendas que existían en las calles a las que daba cobertura la red infractora”*.

Más bien, la entidad requirente parece mostrar su desacuerdo con el *quantum* fijado en la Resolución, al señalar que en el procedimiento sancionador se declaró probado que la red inalámbrica que estuvo funcionando en pruebas abarcaba en una primera fase solamente unas calles determinadas del municipio de Ponteareas, tal y como se reflejaba en el Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 5 de mayo de 2003, en el que se adjudicó el contrato a la entidad Adisic.

Tal y como se hizo constar en la Resolución de 30 de septiembre de 2004, para la cálculo de la sanción se consultaron las bases de datos del Instituto Nacional de Estadística (Censo de Población Vivienda), en el que se obtuvo el dato relativo al número de viviendas familiares del Ayuntamiento de Ponteareas, ascendiendo éste a 9.225 viviendas (datos relativos al año 2001, últimos publicados), y se tuvieron en cuenta, además, el principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y los criterios de graduación establecidos en los artículos 131.3 de la LRJPAC y 56.2 de la LGTel, a la vista de que la actividad infractora no reportó al Ayuntamiento de Ponteareas beneficio bruto alguno y de que la entidad no había cometido infracción alguna con anterioridad (circunstancias ambas atenuantes de conformidad con los preceptos citados).

Se consideró, por tanto, procedente, con base en los anteriores argumentos, imponer, ya no la sanción de 12.000 euros que se propuso en un principio, sino la de 9.225 euros, cuantía coincidente con el número total de viviendas del Ayuntamiento de Ponteareas.

La imposición de dicha multa equivalente a la suma de la totalidad de las viviendas del municipio de Ponteareas respondía al fin principal y último de la intervención sancionadora de la Comisión consistente en la protección del mercado que pudiera resultar afectado por cualquier conducta de tipo infractor, en el presente caso, la totalidad del mercado afectado por la explotación de una red WIFI y la prestación de un servicio gratuito de acceso a Internet en el municipio de Ponteareas.

Por eso, aunque la red hubiera estado instalada sólo en determinadas calles de dicho municipio y el servicio de acceso hubiera sido prestado únicamente en ciertas viviendas de Ponteareas, el mercado afectado por el incumplimiento de la obligación de notificar tanto la explotación de la red como la prestación del servicio fue el de acceso a Internet en la totalidad del municipio, todo ello



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

teniendo en cuenta la posible existencia de otros prestadores de ese mismo servicio en Ponteareas -con sus respectivos usuarios- legítimamente habilitados para ello.

Ahora bien, dada la redacción del criterio adoptado en la Resolución de 30 de septiembre de 2004, consistente, como ya se ha expuesto, en “*cuantificar la sanción de forma proporcional al número de viviendas a las que puede dar servicio la red instalada*”, y no obstante el espíritu de aquélla de proteger el mercado de acceso a Internet en la totalidad del municipio, debe examinarse la procedencia de estimar el recurso presentado por el Ayuntamiento de Ponteareas.

A este respecto, reproduciendo los argumentos esgrimidos en la propuesta de 13 de julio de 2004, la Resolución de 30 de septiembre de 2004, cuya anulación ahora se requiere, consideró un único Hecho Probado consistente en que el Ayuntamiento de Ponteareas había 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 LGTel, las actividades consistentes en la explotación de una red pública y en la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas, basándose, entre otras, en la “*Prueba testifical del representante legal de Adisic, Instituto Tecnológico, S.L.*”, que es preciso pasar a exponer:

“Prueba testifical del representante legal de Adisic, Instituto Tecnológico, S.L.”

Tal y como figura expresado en el Acta de constancia de la prueba testifica del representante legal de Adisic, Instituto Tecnológico, S.L., a la primera pregunta realizada por el instructor del procedimiento sancionador, se contestó lo siguiente:

“PRIMERA. Con exhibición de copia relativa al Acuerdo FOD 5 adoptado en la sesión de 5 de mayo de 2003 de la Comisión del Ilmo. Ayuntamiento de Puenteareas, incorporada al ramo de pruebas practicadas de oficio por el instructor del procedimiento, a la pregunta sobre si es cierto que en fecha 5 de mayo de 2003 la Comisión de Gobierno del ILmo. Ayuntamiento de Puenteareas adjudicó a la empresa ADISIC, Instituto Tecnológico, S.L. los trabajos de instalación de una primera fase de prestación del servicio gratuito de acceso a Internet mediante enlace inalámbrico de banda ancha en las calles de Avenida 18 de julio, plaza detrás del Ayuntamiento y casas colindantes; calle Reveriano Soutullo hasta calle Gabino Bugallal, Elduayen, Plaza de Bugallal, Morales Hidalgo, Plaza comprendida entre Morales Hidalgo y calle La Estrada, calle Ruiz de Alda, Plaza del Generalísimo y barrio de Cachadas como prueba de enlace al extrarradio, responde: Que sí, es cierto si bien desea manifestar que en ningún momento se tuvo constancia de que el servicio a prestar fuese gratuito, salvo para aquellas personas que hiciesen uso de la red con la finalidad de efectuar las pruebas pertinentes.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Igualmente quedó plasmada en la Resolución sancionadora la respuesta a la cuarta pregunta realizada por el instructor del procedimiento sancionador, a saber:

“CUARTA. A la pregunta sobre la fecha en la que ADISIC, Instituto Tecnológico, S.L. concluyó la instalación de la red adjudicada en fecha 5 de mayo de 2003 por el Ilmo. Ayto. de Ponteareas, responde: Que a finales del mes de junio de 2003 conforme consta en el correspondiente informe de certificación final de instalación de red inalámbrica en Ponteareas emitido por ADISIC, INSTITUTO TECNOLÓGICO, S.L.”

Resultaba, por tanto, probado, que a finales del mes de junio de 2003 estuvieron concluidos los trabajos de instalación de una primera fase de prestación del servicio gratuito de acceso a Internet, mediante enlace inalámbrico de banda ancha en las calles, avenidas, plazas, etc, a que se hace referencia en la citada prueba testifical.

Asimismo, en el Acta de constancia de la práctica de la prueba testifical del Técnico Informático Municipal, celebrada el día 1 de julio de 2004 (Documento 19), figuraba la siguiente pregunta formulada por el representante legal del Ayuntamiento de Ponteareas y su correlativa respuesta:

“NOVENA. Con carácter previo, el representante legal del Ilmo. Ayto de Puenteareas solicita del Instructor sea exhibido al compareciente copia de la noticia aparecida en el diario El Faro de Vigo de 26 de febrero de 2004, página 15. A la pregunta sobre diga si es cierto que se produjo una ampliación de la red a determinadas calles tal y como figuran en la noticia referida, responde: Que no, no es cierto, no hubo ampliación ninguna”.

De igual modo, en el Acta de constancia de la práctica de la prueba testifical del representante legal de Adisic, Instituto Tecnológico, S.L., (Documento 20), constaba la siguiente pregunta formulada por el instructor del procedimiento sancionador y su correlativa respuesta:

“TERCERA. A la pregunta sobre si ADISIC, INSTITUTO TECNOLÓGICO, S.L. resultó adjudicataria de la ampliación de la red inalámbrica para acceso a Internet aprobada por la Comisión de Gobierno del Ilmo. Ayuntamiento de Puenteareas en sesión de fecha 9 de febrero de 2004 a las calles Redondela, Avenida de Castela y una parte de la Avenida Rosalía de Castro, responde: Que no resultó adjudicataria, no teniendo conocimiento de dicha ampliación”.

De lo anteriormente expuesto, se concluye que resultó probado en el procedimiento sancionador, que los trabajos de instalación de una primera fase de prestación del servicio gratuito de acceso a Internet mediante enlace inalámbrico de banda ancha tuvieron lugar en la Avenida 18 de julio, plaza detrás del Ayuntamiento y casas colindantes, calle Reveriano Soutullo hasta calle Gabino Bugallal, Elduayen, Plaza de Bugallal, Morales Hidalgo, Plaza comprendida entre Morales Hidalgo y calle La Estrada, calle Ruiz de Alda, Plaza del Generalísimo y barrio de Cachadas como prueba de enlace al



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

extrarradio, sin que, por el contrario, constase probada ampliación alguna de la citada red.

En este punto, procede traer a colación lo dispuesto en el artículo 137.1 de la LRJPAC, según el cual *“Los procedimientos sancionadores respetarán la no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario”*.

Según ha sido reiterado por una consolidada doctrina jurisprudencial, como consecuencia de esta presunción de inocencia que rige en el procedimiento sancionador, la carga de la prueba debe recaer en tales procedimientos sobre la Administración. Puede destacarse, a este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1988, en la que se afirma que:

*“...en el ejercicio de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas juega, con la plenitud de su eficacia, la **presunción de inocencia** de toda persona acusada de una infracción hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada, según la definición ofrecida por el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, Tratado de Roma, 1950, ratificado en 1979 (RCL 1979\2421 y ApNDL 1975-85, 3627) por España (artículo 6, párrafo 2). Este principio, incorporado en lugar preferente al artículo 24 de nuestra Constitución, produce una inmediata consecuencia procesal que consiste en desplazar la carga de la prueba, el «onus probandi» al acusador y, en el caso de la potestad sancionadora, a la Administración pública. Es ella la que en un procedimiento contradictorio, con participación y audiencia del inculcado, debe suministrar, recoger y aportar los elementos probatorios, a través de los medios comunes, que sirvan de soporte al supuesto de hecho cuya clasificación como falta administrativa se pretende. En el caso de que tal actividad probatoria no se haya producido, es evidente que el relato o descripción de los acaecimientos por la autoridad o sus agentes no conlleva una presunción de veracidad, que oblique al inculcado a demostrar su inocencia (aparte la imposibilidad de hacerlo respecto de hechos negativos), invirtiendo así la carga probatoria.”*

Además, debe tenerse en cuenta que la presunción de inocencia consagrada en el artículo 137.1 de la LRJPAC no podría resultar en ningún caso condicionada al principio de la libre apreciación de la prueba. En este sentido, el Tribunal Constitucional en Sentencia de 26 de julio de 1982, señalaba lo siguiente:

“Ciertamente que la presunción de inocencia, constitucionalizada hoy en el artículo 24.2 de nuestra Constitución y regla vigente siempre en la regulación del proceso penal¹, comporta como una de sus más capitales aplicaciones que para condenar hace falta la certeza de la culpabilidad, obtenida de la valoración de la prueba, que ha llegado con las debidas garantías al proceso, valoración que es de la exclusiva incumbencia del juzgador, en la que, superando caducos sistemas de prueba legal, asume en libertad, según su conciencia o íntima convicción, la comprometida función de fijar los hechos probados, a los que se

¹ La presunción de inocencia contemplada en el artículo 137.1 de la LRJPAC para el procedimiento administrativo sancionador, es tomada del Derecho penal.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

anuda, en su caso, la calificación penal y los efectos inherentes a la misma. Prueba en conciencia, íntima convicción, quiere decir, por supuesto, libertad de apreciación de la prueba, pero en manera alguna prescindiendo de la prueba, desde la obligada distinción entre medio y resultado, referida a la institución probatoria. Esta es la idea que está presente en el artículo 741, párrafo primero, de la LECr y que desde la consideración constitucional de la presunción de inocencia se afirma en la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981 (publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 13 de agosto) y en la que el Tribunal Supremo, Sala Segunda, ha pronunciado el 1 de junio de 1982 (en el recurso 322/1981) (RJ 1981\3451). Las pruebas constituyen los fundamentos de la convicción íntima del juzgador; de aquí la importancia de cuidar la aportación al proceso de los medios probatorios y de las garantías de su aportación.”

Dicho lo anterior, dado que en el presente supuesto no resultó probado que la red diese cobertura a todo el municipio, sino sólo a determinadas calles y barrios que constan expresamente reconocidos por el propio Ayuntamiento, sería preciso recalcular la sanción a imponer en función de las viviendas que existían en las calles a las que daba cobertura la red infractora.

A tal efecto, en el informe de fecha 13 de abril de 2005 recabado de la Gerencia Territorial del Catastro de Pontevedra, a través de Dirección General del Catastro del Ministerio de Economía y Hacienda, en el marco del presente procedimiento del requerimiento anulación, se expone que el número de unidades urbanas que corresponden a las zonas interesadas es de 1.909, adjuntando a efectos de acreditar dicho dato un plano parcelario del catastro urbano del casco de Punteareas donde se recogen las vías urbanas y parcelas tomadas en consideración para el cálculo efectuado, así como un listado de referencias afectadas que contempla la suma de las unidades urbanas.

El Ayuntamiento de Punteareas muestra su desacuerdo con los datos contenidos en dicho informe relativos a la Avenida 18 de julio (actualmente Avenida de Galicia), en la medida en que se tuvo en cuenta la totalidad de la misma (115 unidades urbanas), y a la Avenida Fernández Mora (hoy Calle Rosalía de Castro, con 693 unidades) y calles Vidales Tomé y Paseo Matutino (con 192 y 236 unidades, respectivamente), por cuanto no se hacía referencia a las mismas en el Acuerdo adoptado en la sesión de 5 de mayo de 2003 de la Comisión del Ayuntamiento de Punteareas.

Debiendo rechazarse el argumento referente a la Avenida 18 de julio, por no desprenderse en ningún caso del Acuerdo referido que la cobertura de la red sólo afectara a parte de dicha calle, debe admitirse, en cambio, el relativo a la Avenida Fernández Mora y calles Vidales Tomé y Paseo Matutino, ya que no quedó probado en el procedimiento sancionador (tampoco se hacía mención a ellas en el Acuerdo de 5 de mayo de 2003) que la red diera cobertura a tales calles. Así, el número de unidades urbanas comprendido en las zonas a las que daba cobertura la red instalada, resultaría ya no en 1.909, sino en 788, una vez descontadas las 1.121 unidades existentes en la Avenida y calles citadas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Finalmente, en cuanto al informe sobre el número de usuarios del servicio wireless suscrito por el responsable del Departamento de Informática del Ayuntamiento de Punteareas en fecha 10 de noviembre de 2004, el mismo no puede ser tenido en cuenta, dado que el criterio objetivo de proporcionalidad establecido por el Consejo de esta Comisión en su Resolución de 30 de septiembre de 2004, y aceptado por el propio Ayuntamiento de Punteareas en su requerimiento de anulación, fue el número de viviendas a las que podía dar cobertura la red instalada, pero no el número real de usuarios en cada momento.

Además, aunque la entidad requirente considera que esta última fórmula (el cálculo de la sanción en función del número de usuarios beneficiados por la prestación del servicio a través de la red) sería la más equitativa, ello sería contrario al régimen sancionador contemplado en la LGTel, ya que tal y como ha sido señalado en el fundamento de Derecho primero de la presente Resolución, la explotación de una red de comunicaciones electrónicas constituye en sí misma (con independencia de la prestación del servicio) una actividad que requiere del cumplimiento de la obligación contemplada en el artículo 6.2 de la LGTel. Por ello, si se tomara como índice de referencia únicamente el número de usuarios del servicio, tal y como se pretende, se estaría dejando de sancionar la explotación de la red en aquellas zonas en las que no se hubiera dado comienzo a la prestación del servicio.

Por todo ello, en atención a los hechos probados en el procedimiento sancionador, a los argumentos de proporcionalidad utilizados en la Resolución de 30 de septiembre de 2004 y a la alegaciones formuladas por la entidad requirente, puestos todos estos aspectos en relación con lo establecido en los artículos 131 de la LRJPAC y 56.2 de la LGTel, debe procederse a rebajar la sanción de 9.225 euros, fijándose ésta partiendo del número de unidades urbanas en las calles, avenidas, plazas a las que daba cobertura la red en cuestión (en total, 788 unidades).

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

RESUELVE

ÚNICO.- Estimar parcialmente el requerimiento de anulación presentado por el Ayuntamiento de Punteareas (Pontevedra) contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 30 de septiembre de 2004, rebajando la sanción impuesta a SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO EUROS (788 euros), confirmando en lo demás la Resolución requerida de anulación.

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, y en los artículos 44, 46.6 y la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

LA DIRECTORA DE LA
ASESORÍA JURÍDICA

Vº Bº EL PRESIDENTE

Alejandra de Iturriaga Gandini
P.V. art. 7.2 O.M. de 9 de abril de 1997
(B.O.E. de 11 de abril de 1997)

Reinaldo Rodríguez Illera