



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA

Que en la Sesión nº 19/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 26 de mayo de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente RO 2008/838 y acumulados, se aprueba la siguiente

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.

Finalizada la instrucción del presente expediente sancionador incoado contra los Ayuntamientos de CORIPE, EL CORONIL, PRUNA, MONTELLANO, EL SAUCEJO, PUEBLA DE CAZALLA, ALGÁMITAS y MORÓN DE LA FRONTERA por Acuerdo del Consejo de esta Comisión de 5 de junio de 2008 y, vista la propuesta de resolución elevada a este Consejo por la Instructora del citado procedimiento sancionador, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 19/09 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

I

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Escrito de denuncia de ONLYCABLE COMUNICACIONES, S.L. y de 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 escrito de Don Salvador García Vargas, actuando en nombre y representación de ONLYCABLE COMUNICACIONES, S.L. (en adelante, ONLYCABLE) y de CANAL 4 MORÓN, S.L. (en adelante, CANAL 4) por el que ponen de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

manifiesto determinados comportamientos de la entidad TIERRAPLEX, S.L. (en adelante, TIERRAPLEX) que consideran “*constitutivos de competencia desleal mediante el uso de subvenciones públicas y concesiones administrativas*”, y por ende, no amparados por la legislación vigente.

En concreto, ONLYCABLE y CANAL 4 afirman que “*el Ayuntamiento de Morón [MORÓN DE LA FRONTERA] tenía previsto suscribir un acuerdo con esta empresa [TIERRAPLEX] a través de un convenio firmado entre TIERRAPLEX, S.L. y el Consorcio Vía Verde¹*” así como que TIERRAPLEX “*presta sus servicios desde hace más de dos años en la localidad de MONTELLANO, aunque no en base al convenio y la concesión administrativa firmada por el Consorcio Vía Verde, sino mediante un convenio directo entre la empresa [TIERRAPLEX] y el Ayuntamiento de MONTELLANO.*” (Documento núm. 1 del expediente administrativo).

Igualmente, las entidades denunciadas afirman que “*TIERRAPLEX propone al Ayuntamiento, en este caso el de Montellano, la instalación de una red WIFI para prestar el servicio de proveedor de acceso a Internet en los edificios públicos municipales. Al mismo tiempo dicha empresa realiza contratos con los vecinos de la localidad y le provee de aparatos y software para que éstos puedan acceder a Internet a través de la red WIFI de la que previamente ha dotado al Ayuntamiento. Sin embargo, el concepto por el que esta empresa cobra a sus abonados no es el del servicio de acceso a Internet, sino el de “mantenimiento de equipos. TIERRAPLEX, S.L. es la que proporciona los números IP a los abonados. No obstante, las personas interesadas en darse de alta en el servicio deben hacerlo dirigiéndose al Área de Desarrollo Económico del propio Ayuntamiento, no a la empresa. Así figura en la publicidad que hace el propio Ayuntamiento y así lo indica la señorita que atiende el teléfono de esta empresa.*”

Habida cuenta de la denuncia presentada, se consideró necesario conocer las circunstancias concurrentes del caso con la finalidad de determinar si las mismas podrían vulnerar la normativa vigente en materia de telecomunicaciones en relación con la necesidad de notificación fehaciente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de su intención de iniciar la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas (WIFI) y la prestación del servicio de acceso a Internet.

SEGUNDO. Consulta en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Con fecha 3 de enero de 2008, esta Comisión consultó los datos obrantes en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas cuya llevanza le corresponde, figurando en el mismo que TIERRAPLEX constaba inscrita² como persona autorizada para la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas mediante el uso del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común

¹ El Consorcio Vía Verde está 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.

² En virtud de la Resolución del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 19 de mayo de 2004 (RO 2004/846).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(RLAN-WIFI) así como para la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de proveedor de acceso a Internet.

TERCERO. Notificación del inicio del periodo de información previa y requerimiento de información a TIERRAPLEX.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 7 de enero de 2008, se notificó a TIERRAPLEX el inicio del citado periodo de información previa, dándole traslado del escrito presentado por ONLYCABLE y CANAL 4, confiriéndole un plazo de diez días para que formulara alegaciones y presentara los documentos que tuviera por conveniente (Documento núm. 2 del expediente administrativo). Asimismo, se le requirió la siguiente información:

- *“Relación de productos y servicios que ofrece, así como su descripción comercial, en el ámbito geográfico de los municipios que integran el CONSORCIO VÍA VERDE.*

En concreto, especificar si la red utilizada dentro del citado ámbito geográfico es propia o ajena, total o parcial. En el caso de utilizar red propia, informar sobre los siguientes extremos:

- *Breve descripción de la ingeniería y diseño de la red.*
- *Tipo de tecnología o tecnologías que se emplean.*
- *Descripción de las medidas de seguridad y confidencialidad que se prevén implantar en la red.*
- *Mantenimiento de los equipos de red.*
- *Relación contractual entre TIERRAPLEX y el CONSORCIO VÍA VERDE y, en especial, información sobre las condiciones económicas de la citada relación contractual.*
- *Relación contractual entre TIERRAPLEX y el Ayuntamiento de MONTELLANO así como sus condiciones económicas.*
- *Informar sobre el cálculo del coste del servicio de acceso a Internet que presta dentro del ámbito geográfico del CONSORCIO VÍA VERDE.*

En particular, indicar de forma detallada:

- *Estudio de la viabilidad económica del servicio de acceso a Internet elaborado para su prestación por el CONSORCIO VÍA VERDE y por el Ayuntamiento de MONTELLANO.*
- *Detalle de los ingresos y costes, así como de los márgenes asociados al servicio con detalle de los costes operativos directos e indirectos, costes de estructura, costes financieros y costes fiscales.*
- *Importe inmovilizado afecto y su descripción, así como tipos de amortización aplicables.*
- *Detalle de las subvenciones de explotación y capital recibidas del CONSORCIO VÍA VERDE y el Ayuntamiento de MONTELLANO especificando el objeto y/o motivo de dichas subvenciones.*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Relación contractual entre TIERRAPLEX y sus clientes (usuarios finales) para la prestación del servicio de acceso a Internet, el número total de abonados actuales y potenciales o previstos para 2008 y asimismo, importe de las tarifas que cobra a los usuarios.”*

CUARTO. Notificación del inicio del periodo de información previa y requerimiento de información al CONSORCIO VIA VERDE.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 7 de enero de 2008, se notificó al CONSORCIO VÍA VERDE el inicio del citado periodo de información previa, dándole traslado del escrito presentado por ONLYCABLE y CANAL 4, confiriéndole un plazo de diez días para que formulara las alegaciones y presentara los documentos que tuviera por conveniente (Documento núm. 3 del expediente administrativo). Asimismo, se le requirió la siguiente información:

- *“Relación contractual entre TIERRAPLEX y el CONSORCIO VIA VERDE y, en especial, sobre las condiciones económicas de la citada relación contractual.*
- *Relación contractual entre el Consorcio Vía Verde con los usuarios finales del servicio de acceso a Internet mediante redes WIFI que se presta dentro de su ámbito geográfico, incluyendo, en su caso, el número total de abonados actuales y los potenciales o previstos para 2008.*
- *Si prestase el servicio de acceso a Internet mediante redes WIFI deberá indicar de forma detallada:*
 - *Estudio de la viabilidad económica elaborado para la prestación del servicio de acceso a Internet dentro del ámbito geográfico.*
 - *Detalle de los ingresos y costes asociados a la prestación del servicio de acceso a Internet mediante red WIFI, así como de los márgenes asociados al servicio con detalle de los costes operativos directos e indirectos, costes de estructura, costes financieros y costes fiscales.*
 - *Importe inmovilizado afecto y su descripción, así como tipos de amortización aplicables.*
 - *Importe de las subvenciones concedidas para la prestación del citado servicio de acceso a Internet mediante red WIFI dentro de su ámbito geográfico.”*

QUINTO. Notificación del inicio del periodo de información previa y requerimiento de información al Ayuntamiento de MONTELLANO.

Mediante escrito del Secretario del Consejo de esta Comisión de fecha 7 de enero de 2008, se notificó al Ayuntamiento de MONTELLANO el inicio del citado periodo de información previa, dándole traslado del escrito presentado por ONLYCABLE y CANAL 4, confiriéndole un plazo de diez días para que formulara las alegaciones y presentara los documentos que tuviera por conveniente (Documento núm. 4 del expediente administrativo). Asimismo, se le requirió la siguiente información:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *“Relación contractual entre TIERRAPLEX y el Ayuntamiento de MONTELLANO y, en especial, sobre las condiciones económicas de la citada relación contractual.*
- *Relación contractual entre el Ayuntamiento de MONTELLANO con los usuarios finales del servicio de acceso a Internet mediante redes WIFI, incluyendo, en su caso, el número total de abonados actuales y los potenciales o previstos para 2008.*
- *Si prestase el servicio de acceso a Internet mediante redes WIFI deberá indicar de forma detallada:*
 - *Estudio de la viabilidad económica elaborado para la prestación del servicio de acceso a Internet dentro del ámbito geográfico.*
 - *Detalle de los ingresos y costes asociados a la prestación del servicio de acceso a Internet mediante red WIFI, así como de los márgenes asociados al servicio con detalle de los costes operativos directos e indirectos, costes de estructura, costes financieros y costes fiscales.*
 - *Importe inmovilizado afecto y su descripción, así como tipos de amortización aplicables.*
 - *Importe de las subvenciones concedidas para la prestación del citado servicio de acceso a Internet mediante red WIFI dentro de su ámbito geográfico.”*

SEXTO. Notificación del inicio del periodo de información previa a ONLYCABLE y CANAL 4 MORÓN.

Mediante sendos escritos del Secretario de esta Comisión, de fecha 21 de enero de 2008, se comunicó a ONLYCABLE y a CANAL 4 la apertura de un periodo de información previa en relación con la denuncia presentada (Documentos núm. 5 y 6 del expediente administrativo).

SÉPTIMO. Contestación del CONSORCIO VÍA VERDE al requerimiento de información formulado.

Con fecha 23 de enero de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Doña Isabel María Salas Linares, en nombre y representación del CONSORCIO VÍA VERDE, contestando al requerimiento de información practicado (Documento núm. 7 del expediente administrativo).

El CONSORCIO VÍA VERDE afirma que, con fecha 3 de mayo de 2007, convocó un concurso público, tramitado por procedimiento abierto, para la adjudicación de un contrato administrativo de suministro, habiendo resultado adjudicatario definitivo TIERRAPLEX. Dicho contrato fue suscrito el día 10 de agosto de 2007.

El objeto del citado contrato de suministro es *“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 ALGÁMITAS, CORIPE, EL CORONIL, MONTELLANO, MORÓN DE LA FRONTERA, PRUNA, PUEBLA DE CAZALLA y EL SAUCEJO”.*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El importe del citado contrato asciende a 249.456,22 Euros y se financia en un 90% mediante una subvención pública recibida de la Excm. Diputación de Sevilla, a través de la entidad PRODETUR, S.A., (esto es, 224.510,87 euros), cofinanciando el restante 10% (esto es, 24.945,65 Euros) el CONSORCIO VÍA VERDE.

A tal efecto, adjunta al escrito de contestación al requerimiento de información practicado, el CONSORCIO VÍA VERDE aporta copia del citado contrato administrativo así como de los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Condiciones Técnicas.

OCTAVO. Contestación de TIERRAPLEX al requerimiento de información.

Con fecha de 29 de enero de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de Don Philipp Edgar Gruber, en nombre y representación de TIERRAPLEX, mediante el que da contestación al requerimiento de información practicado (Documento núm. 8 del expediente administrativo).

TIERRAPLEX afirma que, en fecha 5 de julio de 2005, suscribió un contrato de "Asistencia técnica y mantenimiento" (aportando copia del mismo) con el Ayuntamiento de MONTELLANO cuyo objeto es el mantenimiento técnico de la red pública inalámbrica WIFI de titularidad municipal así como su gestión y explotación mediante la prestación del servicio de acceso a Internet a los ciudadanos del municipio. Los recursos económicos del citado contrato provienen únicamente de las tarifas que satisfacen los usuarios, sin que en ningún caso, y con independencia del número de usuarios conectados en cada momento, el Ayuntamiento efectúe complemento económico a su favor.

Igualmente, TIERRAPLEX afirma que, en fecha 10 de agosto de 2007, suscribió un contrato administrativo de suministro con el CONSORCIO VÍA VERDE, aportando copia del mismo, a tenor del concurso público convocado por el citado Consorcio, denominado "*Suministro, Explotación y Mantenimiento de una red pública inalámbrica, WIFI de Banda Ancha para los municipios de la Provincia de Sevilla del CONSORCIO VÍA VERDE*".

Igualmente, TIERRAPLEX aporta copia del modelo de contrato a formalizar con los usuarios finales para la prestación del servicio de proveedor de acceso a Internet en los ámbitos municipales de los Ayuntamientos de la provincia de Sevilla integrantes del CONSORCIO VÍA VERDE.

NOVENO. Segundo requerimiento de información al CONSORCIO VÍA VERDE y su contestación.

Mediante escrito del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 29 de febrero de 2008 se requirió nuevamente al CONSORCIO VÍA VERDE la siguiente información (Documento núm. 9 del expediente administrativo):

- "*La relación jurídica existente entre la Excm. Diputación de Sevilla y la entidad PRODETUR, S.A.*"³

³ PRODETUR, S.A., es una Sociedad para la Promoción del Desarrollo Económico y del Turismo cuyo único socio es la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Copia de la publicación en el Boletín Oficial correspondiente de la Resolución de la Presidencia de la Excm. Diputación de Sevilla núm. 2219 de 4 de julio de 2006 por la que se transfiere a la entidad PRODETUR, S.A. la ejecución directa del PROGRAMA PROMETEO.*
- *Copia de la publicación en el Boletín Oficial correspondiente de las Bases del Proyecto Intersin: Plan de Acceso Inalámbrico a Empresas.*
- *Copia de la publicación en el Boletín Oficial correspondiente del otorgamiento de la subvención al CONSORCIO VÍA VERDE.”*

En contestación a este segundo requerimiento de información, con fecha 29 de marzo de 2008, se recibió la documentación acreditativa de la concesión de ayudas al CONSORCIO VÍA VERDE consistente en la formalización de un convenio de colaboración firmado por PRODETUR, S.A. y el citado Consorcio en fecha 1 de marzo de 2007 (Documento núm. 11 del expediente administrativo).

DÉCIMO. Reiteración del requerimiento de información al Ayuntamiento de MONTELLANO y contestación al mismo.

Ante la falta de contestación al requerimiento de información practicado al Ayuntamiento de MONTELLANO, mediante escrito del Presidente del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 17 de marzo de 2008, notificado en fecha 3 de abril de 2008, se reiteró el requerimiento de información practicado por esta Comisión (Documento núm. 10 del expediente administrativo).

Con fecha 14 de abril de 2008, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, escrito del Ayuntamiento de MONTELLANO por el que contesta al requerimiento de información practicado (Documento núm. 12 del expediente administrativo).

En dicho escrito, el Ayuntamiento de MONTELLANO manifiesta que, en fecha 5 de julio de 2005 formalizó un contrato de “Asistencia Técnica y Mantenimiento” con TIERRAPLEX, adjuntando copia idéntica del citado contrato, anteriormente aportado por TIERRAPLEX.

Asimismo, afirma que no existe relación contractual alguna entre el Ayuntamiento de MONTELLANO y los usuarios finales de las redes de Internet WIFI, motivo por el que no pueden remitir ningún tipo de documentación al respecto.

Excm. Diputación Provincial de Sevilla, que tiene entre otros objetos el desarrollo del Programa PROMETEO aprobado por el Pleno de la Diputación Provincial de Sevilla el 28 de julio de 2005 y posteriormente modificado en sesión plenaria de fecha 23 de febrero de 2006, que nace en el marco de la estrategia de la Diputación Provincial de Sevilla con el fin de garantizar la cohesión social y económica de la provincia, y se articula a través de dos líneas de actuación, con un presupuesto total de 5.244.084.00 Euros: Acciones Innovadoras y Modernización Empresarial y Sostenibilidad de Energías Renovables.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

UNDÉCIMO. Incoación del procedimiento sancionador contra los Ayuntamientos de CORIPE, EL CORONIL, PRUNA, MONTELLANO, EL SAUCEJO, PUEBLA DE CAZALLA, ALGÁMITAS y MORÓN DE LA FRONTERA, respectivamente.

Analizadas las alegaciones junto con la documentación aportada por TIERRAPLEX, el CONSORCIO VÍA VERDE y el Ayuntamiento de MONTELLANO, respectivamente, a los requerimientos de información practicados, esta Comisión apreció la existencia de indicios suficientes de que los Ayuntamientos de EL CORONIL, PRUNA, CORIPE, ALGÁMITAS, EL SAUCEJO, MORÓN DE LA FRONTERA Y PUEBLA DE CAZALLA, hubieran iniciado la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas sin haber realizado la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel.

Por este motivo, con fecha 5 de junio de 2008 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acordó la apertura de procedimiento sancionador contra los Ayuntamientos de CORIPE, EL CORONIL, PRUNA, MONTELLANO, EL SAUCEJO, PUEBLA DE CAZALLA, ALGÁMITAS y MORÓN DE LA FRONTERA como presuntos responsables directos de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.t) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), consistente en la presunta explotación de redes de comunicaciones electrónicas, sin cumplir con los requisitos exigibles establecidos en la LGTel y su normativa de desarrollo, dándole, a su vez, traslado para aportar cuantas alegaciones, documentos e informaciones estimasen convenientes y en su caso, proponer prueba (Documento núm. 13 del expediente administrativo).

A este respecto, mediante escrito del Secretario de la Comisión de fecha 6 de junio de 2008, se procedió a notificar a los denunciados (ONLYCABLE y CANAL 4), a los Ayuntamientos de CORIPE, EL CORONIL, PRUNA, MONTELLANO, EL SAUCEJO, PUEBLA DE CAZALLA, ALGÁMITAS y MORÓN DE LA FRONTERA y a la Instructora, con traslado de las actuaciones existentes al respecto, la citada resolución (Documentos núm. 14 a 31 del expediente administrativo).

Los Ayuntamientos de EL CORONIL, EL SAUCEJO y ALGÁMITAS no han presentado escrito de alegaciones al acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador.

DUODÉCIMO. Práctica de la prueba.

Mediante escrito del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 1 de julio de 2008 se solicitó la intervención de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información dependiente del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, al amparo de lo establecido en el artículo 48.3 i) de la LGTel, para la realización de una inspección técnica en relación con la posible instalación de redes de comunicaciones electrónicas que utilicen el dominio público radioeléctrico, supuestamente a través de frecuencias de uso común, en los términos municipales de CORIPE, PRUNA, MONTELLANO, EL CORONIL, EL SAUCEJO, PUEBLA DE CAZALLA, ALGÁMITAS y MORÓN DE LA FRONTERA (Sevilla) (Documentos núm. 32 a 39 del expediente administrativo).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fecha 22 de septiembre de 2008, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el Acta de Inspección de la Jefatura Provincial de Sevilla de fecha 8 de agosto de 2008 mediante el que pone de manifiesto el resultado de la inspección realizada (Documento núm. 45 del expediente administrativo), informando de lo siguiente:

“Para las medidas se ha utilizado el analizador de espectro Rhode&Schwarz” FSH6 (0-6 GHz) con las antenas siguientes: panel Interline de 2.4 GHz., Antena Vertical SMC Mod. Smchmant-4-EU Banda 2.4 y Antena Log-periódica de 0-26 GHz.

La red WIFI de EL CORONIL, MONTELLANO, PRUNA y ALGÁMITAS se comprueban que están instaladas y en funcionamiento.

Las Redes WIFI de MORÓN DE LA FRONTERA, la PUEBLA DE CAZALLA, CORIPE y EL SAUCEJO están instaladas pero no están en funcionamiento.

Tanto las frecuencias como las potencias de las redes WIFI operan en las bandas de uso común, conforme a la UN-85 del CNAF.

Tanto las frecuencias como las potencias de las redes WIFI operan en las bandas de uso común, conforme a la UN-85 de CNAF”.

Mediante escrito del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 27 de octubre de 2008, se solicitó al Jefe Provincial de la Inspección de Telecomunicaciones de Sevilla aclaración del acta de inspección realizada con fecha 8 de agosto de 2008 en relación con determinados hechos, por ser éstos necesarios para la comprobación de los datos en virtud de los cuales debería pronunciarse la propuesta de Resolución (Documento núm. 53 del expediente administrativo).

En concreto, la solicitud de aclaración del acta de Inspección realizada por el Jefe Provincial de Inspección de Telecomunicaciones de Sevilla tenía por objeto verificar si la red pública de comunicaciones electrónicas, que utiliza dominio público radioeléctrico mediante frecuencias de uso común, instalada en los municipios de EL CORONIL, PRUNA, MONTELLANO, CORIPE, EL SAUCEJO, PUEBLA DE CAZALLA, ALGÁMITAS y MORÓN DE LA FRONTERA, respectivamente, es de titularidad municipal. En caso afirmativo, se solicitaba que se indicasen los emplazamientos de los puntos de acceso de dichas redes públicas de comunicaciones electrónicas.

Con fecha 23 de diciembre de 2008, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el escrito de aclaración del Acta de Inspección de la Jefatura Provincial de Sevilla, en el que se manifiesta lo siguiente:

“Tras identificarse ante D. Francisco Gil Málaga, con D.N.I. 75420309-C, que actúa con carácter de Presidente del consorcio, manifiesta que las redes WIFI que operan en las bandas de uso común en los ocho municipios anteriormente citados y cuyos emplazamientos son los de abajo relacionados, son titularidad del CONSORCIO VÍA VERDE (aporta fotocopia de los documentos de los distintos



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ayuntamientos autorizando la instalación de los puntos de acceso y repetidores que conforman las distintas redes).”

DÉCIMOTERCERO. Alegaciones del Ayuntamiento de PRUNA al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador.

Con fecha 8 de julio de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de Doña Eugenia María Rodríguez Romero en nombre y representación del Ayuntamiento de PRUNA por el que realiza alegaciones al acuerdo de incoación del procedimiento sancionador (Documento núm. 40 del expediente administrativo).

En este sentido, el Ayuntamiento de PRUNA afirma que ni explota ningún tipo de red de comunicaciones electrónicas ni presta el servicio de proveedor de acceso a Internet por lo que no obtiene ningún beneficio económico. Igualmente afirma que *“la entidad que formalizó el contrato de instalación, explotación y mantenimiento técnico de una red inalámbrica pública WIFI de banda ancha y para la prestación del servicio ha sido el CONSORCIO VÍA VERDE con la Entidad TIERRAPLEX, S.L.”* y que *“se encuentra adherido al Proyecto INTERSIN (Plan de Acceso Inalámbrico a Empresas), solicitado por el CONSORCIO VÍA VERDE al amparo del Programa PROMETEO de la Excm. Diputación Provincial de Sevilla”*.

DÉCIMOCUARTO. Alegaciones del Ayuntamiento de CORIPE al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador.

Con fecha 9 de julio de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de Don Antonio Pérez Yáñez, en nombre y representación del Ayuntamiento de CORIPE por el que realiza alegaciones al acuerdo de incoación del procedimiento sancionador (Documento núm. 41 del expediente administrativo).

El Ayuntamiento de CORIPE afirma que *“ni presta el servicio de acceso a Internet a ningún usuario final ni explota ningún tipo de redes de comunicaciones electrónicas”* por lo que *“no recibe ningún tipo de contraprestación económica o en especial”* y en consecuencia *“no ha incurrido en infracción alguna y que por lo tanto NO está sujeto a cumplir los requisitos exigibles para ejercitar tal actividad establecida en la Ley General de Telecomunicaciones.”*

Igualmente afirma que *“la entidad que formalizó el contrato de instalación, explotación y mantenimiento técnico de una red inalámbrica pública WIFI de banda ancha y para la prestación del servicio ha sido el CONSORCIO VÍA VERDE con la Entidad TIERRAPLEX, S.L.”* y que *“se encuentra adherido al Proyecto INTERSIN (Plan de Acceso Inalámbrico a Empresas), solicitado por el CONSORCIO VÍA VERDE al amparo del Programa PROMETEO de la Excm. Diputación Provincial de Sevilla”*.

A tal efecto, aporta (i) copia del compromiso de adhesión de la Alcaldesa del Ayuntamiento de CORIPE al Proyecto Intersin perteneciente al Programa Prometeo en virtud del cual el Ente Local se compromete a cofinanciar el 10% de la Inversión total prevista para el municipio y (ii) copia de la comunicación del CONSORCIO VÍA VERDE al Ayuntamiento de CORIPE en el que se pone de manifiesto que el Ayuntamiento de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CORIFE se compromete a aportar la cantidad de 1061 Euros, correspondiente al 10% de la Inversión total prevista para el municipio.

DÉCIMOQUINTO. Alegaciones del Ayuntamiento de MORÓN DE LA FRONTERA al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador.

Con fecha 9 de julio de 2008, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Don Manuel Morilla Ramos, en nombre y representación del Ayuntamiento de MORÓN DE LA FRONTERA, por el que realiza alegaciones al acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador (Documento núm. 42 del expediente administrativo); afirmando que el citado Ente Local ya consta inscrito en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas cuya llevanza corresponde a esta Comisión como persona autorizada para la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas mediante la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común (RLAN-WIFI).

DÉCIMOSEXTO. Alegaciones del Ayuntamiento de PUEBLA DE CAZALLA al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador.

Con fecha 11 de julio de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de Don Antonio Martín Mello, en nombre y representación del Ayuntamiento de PUEBLA DE CAZALLA por el que formula alegaciones al acuerdo de incoación del procedimiento sancionador (Documento núm. 43 del expediente administrativo).

El Ayuntamiento de PUEBLA DE CAZALLA afirma que *“el artículo 53.t de la Ley General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) recoge dos acciones distintas pero íntimamente relacionadas, cuales son la “explotación” y la de “prestación”. Precisamente el uso de ambos términos, remite inevitablemente a la existencia de un contrato de gestión de servicios públicos”* ya que *“los conceptos de explotación y prestación implican en todo caso la existencia de un contrato de gestión de servicios públicos”* del que no tiene constancia.

Continúa afirmando el Ayuntamiento de PUEBLA DE CAZALLA que la tipificación de las acciones de explotación y prestación recogidas en el artículo 53. t) de la LGTel *“hacen referencia a conductas consumadas y continuadas, y en ningún caso como una mera infracción de riesgo, en que se sancione la mera creación de las condiciones para la comisión de la infracción, en atención al peligro creado o al riesgo para el bien jurídico protegido, tal y como ocurre actualmente en materia de tráfico de vehículos”*. Igualmente, expone que *“no se ha probado mínimamente por el denunciante, que este Ayuntamiento, haya incurrido en conducta alguna de prestación o explotación”*.

DÉCIMOSÉPTIMO. Alegaciones del Ayuntamiento de MONTELLANO al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador.

Con fecha 28 de julio de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de Don Francisco Salas Rodríguez, en nombre y representación del Ayuntamiento de MONTELLANO mediante el que realiza alegaciones al acuerdo de incoación del procedimiento sancionador (Documento núm. 44 del expediente administrativo).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El Ayuntamiento de MONTELLANO afirma que *“con fecha 5 de julio de 2005, el Ayuntamiento de MONTELLANO suscribió con la empresa TIERRAPLEX, S.L. contrato de asistencia técnica y mantenimiento, por el que el Ayuntamiento pone a disposición de la citada empresa las instalaciones de las líneas ADSL y los repetidores necesarios a utilizar tanto por el propio Ayuntamiento como por los particulares”*.

Asimismo, expone que *“la entidad que formalizó el contrato de instalación, explotación y mantenimiento técnico de la red inalámbrica pública WIFI de banda ancha y para la prestación del servicio fue y es el CONSORCIO VÍA VERDE con la entidad TIERRAPLEX, S.L., limitándose el Ayuntamiento a la firma del documento de Adhesión y compromiso de confirmación del Proyecto Intersin, el cual a su vez pertenece al Programa Prometeo de la Excm. Diputación de Sevilla”*. Por ello, entiende que *“no ha incurrido en infracción alguna, por lo tanto no está sujeto a cumplir los requisitos exigibles para ejercitar tal actividad, establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones, ya que este Ayuntamiento se ha limitado a adherirse a un Proyecto presentado por otras Instituciones.”*

Finalmente, expone que no presta el servicio a los potenciales usuarios por lo que ni existe una relación contractual con éstos (usuarios finales) ni obtiene ningún rendimiento económico o en especie por ello.

DÉCIMOCTAVO. Requerimiento de Información a los Ayuntamientos de PRUNA, EL CORONIL, EL SAUCEJO, PUEBLA DE CAZALLA, ALGÁMITAS y MORÓN DE LA FRONTERA.

Con fecha 9 de octubre de 2008 mediante escrito de la Instructora del presente procedimiento sancionador se requirió a los Ayuntamientos de PRUNA, EL CORONIL, EL SAUCEJO, PUEBLA DE CAZALLA, ALGÁMITAS y MORÓN DE LA FRONTERA (Documentos núm. 46 a 51 del expediente administrativo), la siguiente información:

- “1. Copia del compromiso de adhesión y cofinanciación del proyecto “Intersin” perteneciente al programa PROMETEO de la Excm. Diputación de Sevilla.*
- 2. Señale la fecha concreta de inicio de construcción de la red en el municipio de EL SAUCEJO.*
- 3. Coste del 10% de inversión total de la red Wi-Fi prevista para su municipio.”*

Únicamente los Ayuntamientos de ALGÁMITAS y PRUNA han contestado a dicho requerimiento de información, aportando *“Copia del Compromiso de Adhesión y Cofinanciación del Proyecto Intersin”* mediante el que los Ayuntamientos se comprometen a cofinanciar el 10 % la inversión total prevista de la red pública de comunicaciones electrónicas a instalar en su municipio, respectivamente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DÉCIMONOVENO. Acumulación de los procedimientos sancionadores RO 2008/838, RO 2008/839, RO 2008/840, RO 2008/841, RO 2008/842, RO 2008/843, RO 2008/844 y RO 2008/845.

Con fecha 24 de octubre de 2008, mediante escrito de la Instructora, se acordó acumular los procedimientos sancionadores tramitados incoados contra el Ayuntamiento de CORIPE (RO 2008/838), PRUNA (RO 2008/839), MONTELLANO (RO 2008/840), EL CORONIL (RO 2008/841), EL SAUCEJO (RO 2008/842), PUEBLA DE CAZALLA (RO 2008/843), ALGÁMITAS (RO 2008/844), y MORÓN DE LA FRONTERA (RO 2008/845) al guardar identidad sustancial e íntima conexión así como por razones de economía y unidad, al amparo del 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) (Documento núm. 52 del expediente administrativo).

Los indicios tenidos en cuenta por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para acordar la incoación de los citados procedimientos sancionadores nacen de un mismo hecho por lo que el objeto de todos los expedientes sancionadores es idéntico, esto es, la presunta infracción de los requisitos exigibles para la realización de actividades de comunicaciones electrónicas, tipificada como infracción administrativa muy grave en el artículo 53.t) de la LGTel.

VIGÉSIMO. Propuesta de Resolución de la Instructora del procedimiento sancionador.

Con fecha 30 de marzo de 2009, la Instructora del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución en la que proponía lo siguiente (Doc. núm. 53 del expediente administrativo):

“PRIMERO. *Que se declaren responsables directos 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.*

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

TERCERO. *Que se imponga a los Ayuntamientos de EL CORIPE, PRUNA, MONTELLANO, PUEBLA DE CAZALLA y ALGÁMITAS, una sanción económica por importe de mil (1.000) EUROS.*

CUARTO. *Que se imponga a los Ayuntamientos de EL CORONIL y EL SAUCEJO una sanción económica por importe de mil (2.000) EUROS.*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

QUINTO. *Intimar a los denunciados a que procedan, conforme al artículo 56.2 de la Ley General de Telecomunicaciones, al pago de la tasa general de operadores, que hubiera debido satisfacer en el supuesto de haber realizado la notificación a que se refiere el artículo 6 de la citada Ley.”*

La propuesta de resolución de fecha 30 de marzo de 2009 fue notificada a los Ayuntamientos de MONTELLANO, CORIPE, EL CORONIL, ALGÁMITAS, PUEBLA DE CAZALLA, PRUNA, MORÓN DE LA FRONTERA Y EL SAUCEJO el día 2 de abril de 2009 (Documento núm. 54 del expediente administrativo).

VIGÉSIMO PRIMERO. **Alegaciones del Ayuntamiento de MORÓN DE LA FRONTERA a la Propuesta de Resolución de la Instructora.**

Con fecha 4 de mayo de 2009, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Don Antonio Ramos Suárez, en nombre y representación del Ayuntamiento de MORÓN DE LA FRONTERA, por el que realiza alegaciones a la propuesta de resolución notificada (Documento núm. 55 del expediente administrativo).

El citado Ente Local afirma que «según se desprende del ANTECEDENTE DE HECHO DUODÉCIMO, del ACTA DE INSPECCIÓN levantada por la Jefatura Provincial de Sevilla, de fecha 8 de agosto de 2008, -documento 45 del expediente- en cuanto a la actuación del EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MORÓN DE LA FRONTERA ha resultado debidamente probado que “Las redes Wifi...están instaladas pero no en funcionamiento”, por lo que a tenor de ello, queda desvirtuada la denuncia presentada en su día referida a “la prestación del servicio de acceso a Internet mediante redes WIFI”».

A este respecto, el Ayuntamiento de MORÓN DE LA FRONTERA concluye que “al no haber existido explotación de la red en cuestión con anterioridad a la notificación fehaciente prevenida en el artículo 6 de la LGTel, no cabe la imputación de infracción legal ni de ilícito administrativo, en concepto de autor, al EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MORÓN DE LA FRONTERA, procediendo el sobreseimiento y archivo del expediente sancionador”.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Los demás Ayuntamientos no han presentado alegaciones a la propuesta de Resolución.

II

HECHOS PROBADOS

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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

PRIMERO. Que el Ayuntamiento de MONTELLANO inició en fecha 5 de agosto de 2005 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) sin haber realizado la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel.

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

Durante la tramitación del periodo de información previa así como en el presente procedimiento sancionador, el Ayuntamiento de MONTELLANO y TIERRAPLEX han afirmado, respectivamente, que, en fecha 5 de julio de 2005, suscribieron un contrato administrativo de “*asistencia técnica y mantenimiento*”. Del análisis de dicho contrato se desprende que:

- (i) El Ayuntamiento de MONTELLANO es titular de una red pública de comunicaciones electrónicas que está instalada en varios edificios municipales que utiliza en régimen de autoprestación.
- (ii) El Ayuntamiento de MONTELLANO puso a disposición de TIERRAPLEX la citada red para su explotación así como para la prestación del servicio de acceso a Internet a los usuarios finales, en fecha 5 de julio de 2005.
- (iii) TIERRAPLEX se encarga de realizar el mantenimiento técnico de la red WIFI de titularidad municipal.
- (iv) La contraprestación económica que recibe TIERRAPLEX proviene únicamente de las tarifas que satisfacen los usuarios, sin que en ningún caso y con independencia del número de usuarios conectados en cada momento, el Ayuntamiento efectúe complemento económico a su favor.

No existe en el contrato ninguna cláusula que determine el inicio de la ejecución del mismo por lo que se entiende que el contrato entró en vigor y desplegó todos sus efectos jurídicos desde la fecha de la firma del mismo, esto es, 5 de julio de 2005, más aún cuando la red ya estaba desplegada.

Con posterioridad, y según se analizará *Infra*, el Consorcio Público Vía Verde (el Ayuntamiento de MONTELLANO es parte integrante del Consorcio) suscribió un contrato con la entidad TIERRAPLEX para el suministro, explotación y mantenimiento de una red pública de comunicaciones electrónicas con tecnología WIFI en los municipios de la provincia de Sevilla del dicho Consorcio, incluido, por tanto, el término municipal de Montellano.

No existe ninguna cláusula en dicho contrato ni en el Pliego de Cláusulas Administrativas ni en el Pliego de Condiciones Técnicas que establezca si la red pública de comunicaciones electrónicas que se ha instalado en el término municipal de Montellano es distinta de la red WIFI de titularidad municipal a la que se refiere el Hecho Probado Primero o si, por el contrario, la red WIFI de titularidad municipal ya instalada ha sido



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mejorada y ampliada habida cuenta de la falta de necesidad de instalar una nueva red WIFI en dicho término municipal.

Por último, tal y como se detalla en el Hecho Probado Tercero, con fecha 28 de julio de 2008, el Ayuntamiento de MONTELLANO realizó la notificación fehaciente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones mediante la que manifiesta su intención de iniciar la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas, al amparo de lo establecido en el artículo 6.2 de la LGTel.

Analizada la documentación técnica aportada junto a la notificación fehaciente, se ha comprobado que el citado Ayuntamiento de MONTELLANO afirma que la red pública de comunicaciones electrónicas con tecnología es de su propiedad así como que los emplazamientos de los puntos de acceso se encuentran en edificios públicos.

En consecuencia, ha quedado acreditado que en fecha 5 de julio de 2005, el Ayuntamiento de MONTELLANO puso a disposición de TIERRAPLEX la red de comunicaciones electrónicas de su propiedad, conllevando dicha puesta a disposición la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas, como se analizará en detalle *infra*.

SEGUNDO. Que los Ayuntamientos de CORIPE, EL CORONIL, PRUNA, EL SAUCEJO, PUEBLA DE CAZALLA, ALGÁMITAS y MORÓN DE LA FRONTERA iniciaron en fecha 11 de agosto de 2007 la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas mediante la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común (RLAN-WIFI), sin haber realizado la notificación a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel.

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

- 1.- Contrato de "Suministro, Explotación y Mantenimiento de una red pública inalámbrica WIFI de Banda Ancha para los municipios de la provincia de Sevilla del Consorcio Vía Verde" de fecha 10 de agosto de 2007.

El Consorcio Público Vía Verde y TIERRAPLEX suscribieron, en fecha 10 de agosto de 2007, un contrato administrativo denominado "*Suministro, Explotación y Mantenimiento de una red pública inalámbrica WIFI de Banda Ancha para los municipios de la provincia de Sevilla del CONSORCIO VÍA VERDE*", adjudicado por el sistema de concurso por procedimiento abierto.

El objeto del citado contrato es 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, del que forman parte integrante los Ayuntamientos de MONTELLANO, CORIPE, EL CORONIL, PRUNA, EL SAUCEJO, PUEBLA DE CAZALLA, ALGÁMITAS y MORÓN DE LA FRONTERA.

Además de los servicios mencionados tanto en el título del contrato como en el objeto del mismo (suministro, explotación y mantenimiento), de los Pliegos de Condiciones así



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

como del contrato administrativo de suministro se desprende que TIERRAPLEX ofrece, asimismo, la prestación del servicio de proveedor de acceso a Internet. Por tanto, los servicios prestados al amparo del citado contrato administrativo de suministro son los siguientes:

(i) Suministro de una red pública inalámbrica WIFI de Banda Ancha.

TIERRAPLEX se compromete a instalar y entregar los bienes objeto del contrato, esto es, una red pública inalámbrica WIFI metropolitana de Banda Ancha en cada municipio de la provincia de Sevilla de los Ayuntamientos parte del CONSORCIO VÍA VERDE siguiendo las especificaciones técnicas establecidas en el Pliego de Condiciones Técnicas.

(ii) Explotación de la citada red WIFI de banda ancha.

TIERRAPLEX se compromete a realizar las actividades de gestión y explotación de la citada red WIFI de conformidad con las condiciones previstas en el Pliego de Condiciones Técnicas, entre otras, las siguientes: (i) garantizar la capacidad de almacenamiento suficiente para dar cobertura adecuada a las necesidades actuales y futuras de crecimiento previsible en los servicios, (ii) asegurar la seguridad y confidencialidad de los datos transmitidos y (iii) gestión de dinámica de llaves.

(iii) Mantenimiento de dicha red pública WIFI.

TIERRAPLEX debe llevar a cabo todas las tareas tendentes a la conservación, mantenimiento, reparación y en general, cualquier actuación necesaria para la adecuada protección y conservación de todas las instalaciones e infraestructuras, y en general, de todos los elementos de la red, incluyendo las reposiciones necesarias para garantizar el adecuado funcionamiento de todas las instalaciones.

(iv) Prestación del servicio de proveedor de acceso a Internet.

TIERRAPLEX ofrece el servicio de navegación por páginas web, correo electrónico saliente y entrante, mediante protocolos SMTP y POP3, transferencia de archivos mediante FTP, mensajería instantánea, y otras aplicaciones a los usuarios finales, estableciéndose, a su vez, que “*el precio de alta en el servicio no podrá ser superior a 150 Euros (IVA incluido)*”, siendo “*la cuota mensual a pagar por los usuarios no superior a 8 Euros (IVA incluido)*, sólo incrementado por la subida del IPC”.

En cuanto a la entrada en vigor del citado contrato de suministro, la cláusula cuarta del mismo indica que **la entrada en vigor del contrato se produjo “el día después de su firma, obligándose el contratista a entregar los materiales que constituyen el objeto del suministro, en el lugar que determina en el Pliego antes del 31 de Diciembre de 2007”**, no habiéndose concedido ninguna prórroga al respecto, ni habiéndose acreditado una finalización de la ejecución de las obras en fecha posterior.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.- Notificación fehaciente realizada al amparo del artículo 6.2 de la LGTel.

Tal y como se detalla en el Hecho Probado Tercero, los Ayuntamientos de MORÓN DE LA FRONTERA, PUEBLA DE CAZALLA, CORIPE, PRUNA y ALGÁMITAS han presentado el escrito de notificación fehaciente mediante el que ponen de manifiesto su intención de iniciar la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas con tecnología WIFI, al amparo de lo establecido en el artículo 6.2 de la LGTel.

Analizada la documentación técnica aportada junto a la notificación fehaciente, se ha comprobado cómo los Ayuntamientos de CORIPE, PRUNA, ALGÁMITAS, PUEBLA DE CAZALLA y MORÓN DE LA FRONTERA han reconocido, de forma individual, que la red pública de comunicaciones electrónicas con tecnología WIFI es de su propiedad y cuyos puntos de acceso se encuentran emplazados en edificios públicos.

3.- Financiación de la red pública de comunicaciones electrónicas WIFI de Banda Ancha para los municipios de la provincia de Sevilla del CONSORCIO VÍA VERDE.

El Consorcio Vía Verde, dentro del ámbito de sus competencias y en el ejercicio de su función instrumental de coordinación económica, técnica y administrativa, se presentó al concurso convocado, por la Diputación de Sevilla a través de la entidad PRODETUR, S.A., para la concesión de una subvención pública para el diseño y ejecución de actuaciones encaminadas a facilitar la transición de la provincia de Sevilla hacia la sociedad del conocimiento, la integración en la sociedad de la información y el fomento de la competitividad y la innovación.

Recibida la ayuda, el CONSORCIO VÍA VERDE invirtió dicho importe en la instalación de redes inalámbricas Wifi en todos los Ayuntamientos de la provincia de Sevilla de dicho Consorcio por lo que, en fecha 10 de agosto de 2007, suscribió un contrato administrativo de *Suministro, Explotación y Mantenimiento de una red pública inalámbrica WIFI de Banda Ancha para los municipios de la provincia de Sevilla del Consorcio Vía Verde* con TIERRAPLEX.

De la documentación obrante en el expediente ha quedado probado que el importe del contrato administrativo de suministro suscrito, en fecha 10 de agosto de 2007, entre el CONSORCIO VÍA VERDE y TIERRAPLEX asciende a 249.456,52 Euros, financiándose el 90% del mismo con cargo a una subvención recibida de la entidad PRODETUR y cofinanciando el 10% restante cada uno de los Ayuntamientos de MONTELLANO, CORIPE, EL CORONIL, PRUNA, EL SAUCEJO, ALGÁMITAS, PUEBLA DE CAZALLA y MORÓN DE LA FRONTERA de forma proporcional a la inversión total prevista para su municipio.

Por tanto, las redes públicas de comunicaciones electrónicas con tecnología WIFI instaladas en los municipios de MONTELLANO, CORIPE, EL CORONIL, PRUNA, EL SAUCEJO, ALGÁMITAS, PUEBLA DE CAZALLA y MORÓN DE LA FRONTERA, han sido financiadas de forma directa, en un 10%, por cada uno de los citados Entes Locales e indirectamente, en un 90%, mediante la subvención recibida de la entidad PRODETUR, S.A. a través del CONSORCIO VÍA VERDE.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

5.- Modelo de contrato que TIERRAPLEX suscribe con los usuarios finales de acceso a Internet.

Igualmente, consta como documentación obrante en el expediente, copia del modelo de contrato de prestación del servicio de acceso a Internet que TIERRAPLEX suscribe con los usuarios finales. Analizado el mismo, se ha comprobado que los Ayuntamientos aparecen ante los usuarios finales como titulares de la red pública de comunicaciones electrónicas con tecnología WIFI, instalada dentro de su término municipal respectivamente.

6.- Conclusión.

En definitiva, y a los efectos del objeto del presente procedimiento sancionador, ha quedado probado que los Ayuntamientos de MONTELLANO, CORIPE, EL CORONIL, EL SAUCEJO, PRUNA, MORÓN DE LA FRONTERA, PUEBLA DE CAZALLA y ALGÁMITAS son titulares –propietarios- de una red pública de comunicaciones electrónicas con tecnología WIFI sita dentro de su término municipal, respectivamente, correspondiendo la instalación (suministro), explotación, mantenimiento de la misma y la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de proveedor de acceso a Internet sobre la misma al operador TIERRAPLEX. La titularidad, como se analizará *infra*, es una actividad incluida en la explotación de la red de comunicaciones electrónicas.

TERCERO. Que los Ayuntamientos de MONTELLANO, CORIPE, PRUNA, PUEBLA DE CAZALLA, MORÓN DE LA FRONTERA y ALGÁMITAS realizaron la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel con posterioridad al inicio de la creación de la red.

Consultado el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, cuya llevanza corresponde a esta Comisión, se ha podido comprobar:

- Que con fecha 24 de enero de 2008, tras la notificación, el día 7 de enero de 2008, del inicio del periodo de información previa al CONSORCIO VÍA VERDE, el Ayuntamiento de **MORÓN DE LA FRONTERA** notificó a esta Comisión el inicio de la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas mediante la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común.

Desde dicha fecha (24 de enero de 2008), el Ayuntamiento de MORÓN DE LA FRONTERA figura inscrito en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas como persona autorizada para la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas con tecnología WIFI por lo que ha estado explotando una red pública de comunicaciones electrónicas, sin estar inscrito como operador de comunicaciones electrónicas, durante un periodo aproximado de 5 meses.

Se entiende que la fecha de inicio del despliegue fue la fecha en la que el contrato de 10 de agosto de 2007 surtió efectos.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que durante la tramitación del presente procedimiento sancionador los Ayuntamientos de MONTELLANO, CORIPE, PRUNA, PUEBLA DE CAZALLA y EL SAUCEJO han realizado la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel. En particular:

- a) Con fecha 18 de junio de 2008, el Ayuntamiento de **CORIPE** notificó a esta Comisión su intención de iniciar, entre otras actividades, la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas mediante la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común.

Desde dicha fecha (18 de junio de 2008), el Ayuntamiento de CORIPE figura inscrito en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas dependientes de esta Comisión como persona autorizada para la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas con tecnología WIFI por lo que ha estado explotando una red pública de comunicaciones electrónicas sin estar inscrito como operador de comunicaciones electrónicas durante un periodo aproximado de 10 meses.

- b) Con fecha 28 de julio de 2008, el Ayuntamiento de **MONTELLANO** notificó a esta Comisión su intención de iniciar, entre otras actividades, la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas mediante la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común.

Desde dicha fecha (28 de julio de 2008), el Ayuntamiento de MONTELLANO figura inscrito en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas dependientes de esta Comisión como persona autorizada para la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas con tecnología WIFI por lo que, ha estado explotando una red pública de comunicaciones electrónicas sin estar inscrito como operador de comunicaciones electrónicas durante un periodo de 3 años.

- c) Con fecha 14 de agosto de 2008, el Ayuntamiento de **PUEBLA DE CAZALLA** notificó a esta Comisión su intención de iniciar, entre otras actividades, la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas mediante la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común.

Desde dicha fecha (28 de julio de 2008), el Ayuntamiento de PUEBLA DE CAZALLA figura inscrito en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas dependientes de esta Comisión como persona autorizada para la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas con tecnología WIFI por lo que ha estado explotando una red pública de comunicaciones electrónicas sin estar inscrito como operador de comunicaciones electrónicas durante un periodo aproximado de 1 año.

- d) Con fecha 22 de octubre de 2008, el Ayuntamiento de **ALGÁMITAS** notificó a esta Comisión su intención de iniciar, entre otras actividades, la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas mediante la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Desde dicha fecha (22 de octubre de 2008), el Ayuntamiento de ALGÁMITAS figura inscrito en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas dependientes de esta Comisión como persona autorizada para la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas con tecnología WIFI por lo que ha estado explotando una red pública de comunicaciones electrónicas sin estar inscrito como operador de comunicaciones electrónicas durante un periodo aproximado de 1 año.

- e) Con fecha 3 de noviembre de 2008, el Ayuntamiento de **PRUNA** notificó a esta Comisión su intención de iniciar, entre otras actividades, la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas mediante la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común.

Desde dicha fecha (28 de julio de 2008), el Ayuntamiento de PRUNA figura inscrito en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas dependientes de esta Comisión como persona autorizada para la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas con tecnología WIFI por lo que ha estado explotando una red pública de comunicaciones electrónicas sin estar inscrito como operador de comunicaciones electrónicas durante un periodo aproximado de 1 año.

CUARTO. Que la notificación fehaciente realizada por el Ayuntamiento de EL SAUCEJO se tuvo por no realizada al no reunir ésta los requisitos exigidos en el artículo 6.2 de la LGTel.

Con fecha 23 de julio de 2008, el Ayuntamiento de EL SAUCEJO notificó a esta Comisión su intención de iniciar, entre otras actividades, la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas mediante la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común. Mediante Resolución del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 30 de julio de 2008 se comunicó al Ayuntamiento de EL SAUCEJO que la notificación fehaciente presentada se tenía por no realizada al no reunir los requisitos establecidos en el artículo 6.2 de la LGTel, sin que hasta la fecha haya presentado una nueva notificación fehaciente.

A pesar de lo anterior, analizada la documentación técnica aportada por el citado Ente Local, se ha comprobado que en la misma afirmaba que *“La red es propiedad total del Ayuntamiento de El Saucejo. La implantación de la misma solamente ocupa edificios públicos”*.

Por tanto, el Ayuntamiento de EL SAUCEJO no consta inscrito en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas cuya llevanza corresponde a esta Comisión como persona autorizada para la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas con tecnología WIFI, por lo que, lleva un periodo aproximado de 1 año realizando dicha actividad sin tener la condición de operador de redes de comunicaciones electrónicas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

QUINTO. Que el Ayuntamiento de EL CORONIL no ha realizado la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel.

El Ayuntamiento de EL CORONIL no ha realizado la notificación fehaciente en cumplimiento del artículo 6.2 de la LGTel por lo que no figura inscrito en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas cuya llevanza corresponde a esta Comisión.

Por tanto, el Ayuntamiento de EL CORONIL lleva un periodo aproximado de 1 año explotando una red pública de comunicaciones electrónicas con tecnología WIFI sin tener la condición de operador de redes de comunicaciones electrónicas.

III

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

SEGUNDO. Tipificación de los hechos probados.

El presente procedimiento sancionador tiene como objeto determinar si los Ayuntamientos de CORIPE, PRUNA, MONTELLANO, EL CORONIL, EL SAUCEJO, PUEBLA DE CAZALLA, ALGÁMITAS y MORÓN DE LA FRONTERA han iniciado la explotación de una red de comunicaciones electrónicas sin cumplir con los requisitos establecidos en la normativa sectorial de telecomunicaciones.

Las alegaciones realizadas por los Ayuntamientos de PRUNA, CORIPE, PUEBLA DE CAZALLA y MONTELLANO al acuerdo de incoación del procedimiento sancionador se pueden resumir de la siguiente manera: (i) ninguno de los citados Entes Locales se dedica ni a la explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas ni a la prestación del servicio de acceso a Internet y; (ii) las entidades que han firmado el contrato de suministro, explotación y mantenimiento son el CONSORCIO VÍA VERDE y TIERRAPLEX.

A las anteriores alegaciones, el Ayuntamiento de PUEBLA DE CAZALLA añade que *“el uso de los conceptos de explotación y prestación remite inevitablemente a la existencia de un contrato de gestión de servicios públicos”* ya que dichos conceptos *“implican en todo caso la existencia de un contrato de gestión de servicios públicos”*.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por su parte, el Ayuntamiento de MORÓN DE LA FRONTERA afirma que ya constaba inscrito en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas dependientes de esta Comisión por lo que se debería proceder al archivo del presente procedimiento sancionador contra el citado Ayuntamiento.

Posteriormente, en el escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución de fecha 30 de marzo de 2009, el Ayuntamiento de MORÓN DE LA FRONTERA afirma que no ha realizado la conducta típica descrita en el artículo 53.t de la LGTel ya que en el Acta de Inspección de la Jefatura Provincial de Telecomunicaciones de Sevilla de fecha 8 de agosto de 2008 consta que *“la red Wifi de MORÓN DE LA FRONTERA está instalada pero no está en funcionamiento”*.

Sentado lo anterior, y en virtud de las alegaciones del Ayuntamiento de PUEBLA DE CAZALLA, debe señalarse una vez más que la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia por lo que se trata de una actividad liberalizada y no un servicio de titularidad pública, cuyo ámbito competencial, en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.21 de la Constitución Española y del artículo 1 de la LGTel, es de titularidad estatal.

El Informe del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado en fecha 18 de septiembre de 2008 en relación con el régimen jurídico aplicable a la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas” establece lo siguiente:

“Como consecuencia de lo anterior, interesa destacar a esta Comisión que los Ayuntamientos no pueden convocar concursos públicos que tengan por finalidad formalizar contratos administrativos cuyo objeto sea la explotación de redes y/o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas como si fuesen servicios públicos de su competencia ya que dichas actividades (explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas) son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia cuya realización ha de respetar la normativa sectorial de telecomunicaciones que exige que la intervención de la Administración no distorsione la competencia y fomente la neutralidad tecnológica.”

El apartado 2 del artículo 6 de la LGTel establece, como un requisito exigible para la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, que los interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, lo notifiquen fehacientemente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad al inicio de la actividad, en los términos que se determinen mediante Real Decreto, sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que se pretenda realizar.

Esta obligación de notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sólo nace cuando el servicio a prestar es un servicio de comunicaciones electrónicas disponible al público que convierte a la red a explotar en una red pública de comunicaciones electrónicas. Quedarán exentos de esta obligación cuando la prestación del servicio o la explotación de la red se realicen en régimen de autoprestación.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Disposición Adicional Segunda de la citada LGTel, titulada bajo la rúbrica “*Significados de los términos empleados por esta ley*”, establece que a los efectos de la presente ley, los términos definidos en el Anexo II tendrán el significado que allí se les asignan.

De esta manera, el Anexo II de la LGTel, define el concepto de “red pública de comunicaciones” como “*la red de comunicaciones electrónicas que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público*”⁴. Es decir, para poder calificar una red de comunicaciones como una red pública es necesario que el servicio que se soporta sobre la misma sea un servicio de comunicaciones electrónicas y que, además, esté disponible al público en general.

A la luz de las anteriores consideraciones, es preciso analizar si la actividad llevada a cabo por los Ayuntamientos de CORIPE, PRUNA, MONTELLANO, EL CORONIL, EL SAUCEJO, PUEBLA DE CAZALLA, ALGÁMITAS y MORÓN DE LA FRONTERA puede ser enmarcada dentro de la definición de explotación de redes de comunicaciones electrónicas establecida en la normativa sectorial de telecomunicaciones.

El Anexo II de la LGTel, en su apartado 13, define el concepto de explotación de redes de comunicaciones electrónicas como “*la creación, aprovechamiento, control y puesta a disposición de dicha red*”.

De la anterior definición se desprende que el derecho a explotar una red de comunicaciones electrónicas conlleva (i) el **derecho de instalación** de la red, con los privilegios que en su caso pueda haber para el uso del dominio público (expropiaciones, servidumbres, etc.) y la propiedad privada; (ii) el **derecho de aprovechamiento**, esto es, poder utilizar la red comercialmente; así como dos consecuencias de dicho derecho de aprovechamiento: (iii) el **derecho a controlar la red** fruto de la titularidad de la misma y (iv) el **derecho a que otros operadores o usuarios utilicen la red** (puesta a disposición que debe entenderse como la posibilidad de ceder el uso por propia iniciativa del titular de la red).

Por tanto, la mera creación (instalación o despliegue) de una red de comunicaciones electrónicas conlleva la explotación de una red de comunicaciones electrónicas, siendo el titular de la misma un operador de comunicaciones electrónicas, sin perjuicio de la existencia de cualquier otro título jurídico relacionado con la titularidad-propiedad de la citada red, esto es, arrendamiento, cesión de uso, posesión, etc.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el alcance y la interpretación de la definición legal de explotación de red pública de comunicaciones electrónicas, establecida en el apartado 13 del Anexo II de la LGTel. Así, entre otras, puede citarse la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 25 de septiembre de 2008⁵, que señala que:

⁴ El subrayado es nuestro.

⁵ Resolución del procedimiento sancionador RO 2008/552 incoado contra el Excmo. Ayuntamiento de Campllong por el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 6.2 de la LGTel.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“(...) El criterio de explotación no se infiere a lo que comúnmente conocido o entendido como un criterio empresarial, no hay que olvidar que nos encontramos ante un concepto dentro de una regulación sectorial donde la misma norma establece qué se debe entender por explotación de una red, esto es, “la creación, el aprovechamiento, el control o puesta a disposición de dicha red”. Por tanto, el Ayuntamiento efectivamente llevó a cabo la explotación de la red, en los términos de la LGTel, pues es el titular de la misma y la puso a disposición del prestador del servicio de comunicaciones electrónicas”.

El fundamento del encaje de la titularidad o propiedad de una red de comunicaciones electrónicas en el concepto de explotación viene determinado porque es la entidad o Administración propietaria de la red la que es responsable en última instancia de la explotación de dicha red, siendo dicha entidad la que decide 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. Esto es, será dicha entidad la que tendrá que gestionar la explotación de la red una vez finalice el contrato salvo que decida ceder, nuevamente, su explotación a cualquier otra entidad. Tales circunstancias justifican que la titularidad de la red sea considerada como un tipo de explotación.

Tal y como ha quedado acreditado en el Hecho Probado Primero, el Ayuntamiento de MONTELLANO puso a disposición de TIERRAPLEX la red de comunicaciones electrónicas de su titularidad (que hasta entonces utilizaba en régimen de autoprestación) para su explotación y para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a terceros.

Por su parte, en el Hecho Probado Segundo ha quedado constatado que, aún cuando el CONSORCIO VÍA VERDE suscribió un contrato administrativo de suministro, explotación y mantenimiento de una red WIFI con TIERRAPLEX, la titularidad del bien objeto del contrato correspondía a los Ayuntamientos de la provincia de Sevilla, integrantes del CONSORCIO VÍA VERDE y no a dicho Consorcio como han manifestado los presuntos infractores.

Desde la incoación del presente procedimiento sancionador (en fecha 5 de junio de 2008) ha transcurrido tiempo suficiente para aportar la documentación necesaria que acreditara que el CONSORCIO VÍA VERDE fuera el titular de la red Wifi de referencia, sin que dicha circunstancia se hubiera producido. Más bien lo contrario, los Ayuntamientos de CORPIE, PRUNA, PUEBLA DE CAZALLA, MORÓN DE LA FRONTERA y ALGÁMITAS han reconocido de forma individual ante esta Comisión que son titulares de una red pública de comunicaciones electrónicas la cual ha sido puesta a disposición de TIERRAPLEX, tal y como ha quedado acreditado en el Hecho Probado Tercero.

Por tanto, los presuntos infractores son titulares (propietarios), de forma individual, de una red pública de comunicaciones electrónicas instalada en su término municipal en los términos recogidos en la LGTel, la cual ha sido puesta a disposición de TIERRAPLEX para su gestión y explotación así como para la posible prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a terceros.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dichas actividades han de inscribirse en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas cuya llevanza corresponde a esta Comisión por cuanto la red explotada es una red pública sobre la que se prestan servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, y han de ser inscritas con anterioridad al inicio del despliegue de las redes.

Por cuanto antecede, debemos concluir que la instrucción del presente procedimiento sancionador ha revelado que la infracción tipificada en el artículo 53.t) de la LGTel se concreta, en el presente caso, en que los Ayuntamientos de CORIPE, EL CORONIL, PRUNA, MONTELLANO, EL SAUCEJO, PUEBLA DE CAZALLA, ALGÁMITAS y MORÓN DE LA FRONTERA, han 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 vigente, la actividad consistente en la explotación de una red de comunicaciones electrónicas con tecnología WIFI, existiendo pues tipicidad en las actuaciones de dichos Ayuntamientos de conformidad con lo establecido en el artículo 129 de la LRJPAC.

TERCERO. Culpabilidad de los Ayuntamientos de CORIPE, EL CORONIL, PRUNA, MONTELLANO, EL SAUCEJO, PUEBLA DE CAZALLA, ALGÁMITAS y MORÓN DE LA FRONTERA en la comisión de la infracción.

Acreditada la existencia y comisión de una infracción administrativa tipificada por la LGTel, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto pasivo al que se impute su comisión. Esto es, la realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuido a un sujeto culpable.

En el ámbito del derecho administrativo sancionador, el principio de culpabilidad se encuentra recogido en el artículo 130.1 de la LRJPAC el cual dispone que *“sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos **aún a título de simple inobservancia.**”* Para la imposición de una sanción por la Administración se exige que el infractor sea culpable de los actos sancionados; es decir, que le sea imputable la autoría de la infracción, tal y como establece el artículo 130.1 de la LRJPAC.

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2000⁶ establece que:

“Es cierto, como reconoce la parte recurrente, y así se infiere del análisis de las STS de 30 de enero de 1985 (RJ 1985\896), 5 de febrero de 1988 (RJ 1988\714), 13 de octubre de 1989 (RJ 1989\8386), 12 de enero de 1996 (RJ 1996\156) y 3 de abril de 1996 (RJ 1996\3584) que la culpabilidad es un requisito de toda infracción administrativa, asentándose el sistema punitivo en el principio de responsabilidad personal, siendo la potestad sancionadora administrativa de la misma naturaleza que la potestad penal, por lo que las directrices estructurales del ilícito administrativo tienden como en el ilícito penal a conseguir la individualización de la responsabilidad, por lo que no basta que la conducta sea antijurídica y típica, sino que es necesario que sea culpable, pues como reconoce la jurisprudencia (así, en STS, Sala del art. 61

⁶ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2000. Recurso contencioso-administrativo núm. 608/1997.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la LOPJ, de 6 de noviembre de 1990 [RJ 1990\9158]), la acción u omisión ha de ser imputable a su autor por imprudencia, negligencia o ignorancia, ya que como una exigencia derivada del artículo 25.1 de la CE, nadie puede ser sancionado sino por hechos que le puedan ser imputados (principio de culpabilidad) y, como reconoce la invocada jurisprudencia, las directrices estructurales del ilícito tienden también en el ámbito administrativo a conseguir la individualización de la responsabilidad y vedan la posibilidad de crear una responsabilidad objetiva.” (El subrayado es nuestro).

De este modo, la imputabilidad de la conducta puede serlo a título de dolo o culpa, si bien no se exige dolo. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2004 – RJ 2005\20) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción.

La culpa se caracteriza por la ausencia de voluntad de producir un determinado resultado y el descuido del sujeto para evitarlo, siendo evitable, ya sea de forma consciente, cuando se ha previsto, o inconsciente, cuando no se ha previsto el resultado pero éste era previsible. Es decir, existe una responsabilidad a título de negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable. Por su parte, el dolo se caracteriza por la concurrencia de dos elementos que lo integran: el intelectual y el volitivo. El primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción así como de su significación antijurídica mientras que el segundo supone el querer realizar el hecho ilícito.

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

En lo que aquí interesa, resulta que la consideración conjunta de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC y el artículo 1104 del Código Civil lleva a concluir que, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. En consecuencia, cabe atribuir responsabilidad a título de negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

En primer lugar, los Ayuntamientos de CORIPE, PRUNA, ALGÁMITAS, MONTELLANO y PUEBLA DE CAZALLA han actuado de forma culposa ya que si hubieran actuado con la diligencia mínima debida de un Ente Local deberían haber conocido la normativa reguladora de las comunicaciones electrónicas y más concretamente, el concepto de explotación de redes públicas de comunicaciones así como los requisitos exigidos para el ejercicio de la misma, esto es, la notificación fehaciente, con carácter previo al inicio de la actividad, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de acuerdo con el artículo 6.2 de la LGTel.

Por su parte, en relación con el Ayuntamiento de MORÓN DE LA FRONTERA se entiende que, igualmente, ha actuado de forma culposa aunque con un plus de diligencia



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que los anteriormente citados Ayuntamientos [CORIPE, PRUNA, ALGÁMITAS, MONTELLANO y PUEBLA DE CAZALLA]. Tan pronto como tuvo conocimiento de la incoación del expediente de información previa procedió a realizar la notificación fehaciente de inicio de actividad a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al amparo del artículo 6.2 de la LGTel, sin esperar a la finalización de dicho periodo de información previa.

Por otra parte, los Ayuntamientos de EL CORONIL y EL SAUCEJO han actuado dolosamente ya que en su actuación concurren los dos componentes exigibles en el dolo: el intelectual y el volitivo. Concurre el elemento intelectual porque dichos Ayuntamientos son conscientes de que están cometiendo una infracción administrativa, ya que como se indica en los Antecedentes de Hecho, por parte de esta Comisión se les ha informado de que las actividades que estaban realizando requerían ser notificadas fehacientemente a esta Comisión. En cuanto al elemento volitivo, no se puede obviar el hecho de que estos Ayuntamientos siguen manteniendo la actividad infractora en tanto no han notificado, a fecha de dictarse la presente resolución, la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas.

A la luz de los actos de instrucción realizados, de los hechos probados que constan en la presente propuesta de resolución, resulta que los Ayuntamientos de CORIPE, EL CORONIL, MONTELLANO, PRUNA, EL SAUCEJO, ALGÁMITAS, PUEBLA DE CAZALLA y MORÓN DE LA FRONTERA han realizado la conducta objeto de la infracción no habiendo existido la diligencia debida exigida para evitar el resultado antijurídico producido.

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

Como consecuencia de todo lo anterior y a la luz de los actos de instrucción realizados, de los hechos probados así como del examen de la concurrencia del principio de culpabilidad ha quedado acreditado que (i) los Ayuntamientos de EL CORONIL y EL SAUCEJO han actuado dolosamente al entenderse que tienen conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción así como de su significado antijurídico; (ii) los Ayuntamientos de CORIPE, MONTELLANO, PRUNA, ALGÁMITAS, PUEBLA DE CAZALLA y MORÓN DE LA FRONTERA han actuado de manera culposa por no cumplir con la obligación establecida en el artículo 6.2 de la LGTel.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO. Circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

a) Circunstancias agravantes.

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

b) Circunstancias atenuantes.

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

b.1.- Ausencia de repercusión social de las infracciones.

Debe destacarse, la escasa repercusión social de la infracción de conformidad con el criterio establecido por el artículo 56 de la LGTel. La infracción cometida por los denunciados se ha producido en un relativo corto período de tiempo y no ha tenido ninguna trascendencia en la opinión pública.

Por lo tanto, se estima pertinente la concurrencia de la eximente aquí analizada, esto es, la ausencia de repercusión social de las infracciones.

b.2.- Inexistencia de infracciones cometidas por los sujetos infractores con anterioridad.

La inexistencia de otras infracciones cuya sanción corresponde a esta Comisión cometidas anteriormente por los sujetos infractores o ausencia de reiteración, conforme a lo dispuesto en el artículo 131.3 apartado a) de la LRJPAC. El presente es el primer procedimiento sancionador que se incoa por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a los inculpados.

b.3.- La ausencia de beneficio para los infractores por los hechos objeto de infracción.

Los Ayuntamientos de CORIPE, MONTELLANO, PRUNA, ALGÁMITAS, PUEBLA DE CAZALLA, EL CORONIL, EL SAUCEJO y MORÓN DE LA FRONTERA no han obtenido un beneficio directo o rendimiento por la comisión de la infracción ni tampoco buscaban obtenerlo sino que más bien pretendían satisfacer las necesidades y aspiraciones de sus ciudadanos, con el fin de garantizar su derecho de acceso a los servicios de la Sociedad de la Información. De esta manera, cabe apreciar la concurrencia de la presente atenuante esto es, la ausencia de beneficio para los infractores.

b.4. Reparación del daño causado.

En el supuesto objeto del presente procedimiento sancionador, la no comisión de una obligación formal, como es la falta de notificación a esta Comisión exigida en el citado artículo 6.2 de la LGTel, no produce *a priori* perjuicios a terceros, esto es, a los usuarios finales.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, los Ayuntamientos de CORIPE, MONTELLANO, PRUNA, ALGÁMITAS, PUEBLA DE CAZALLA y MORÓN DE LA FRONTERA, han realizado la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel desde la incoación del presente procedimiento sancionador o incluso con anterioridad.

Así, el artículo 21.5ª del Código Penal señala como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, “[la] de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”, siendo de aplicación los principios inspiradores y conceptos del Derecho penal al Derecho Administrativo sancionador, como ha afirmado en varias ocasiones la jurisprudencia (SSTS de 9 de junio de 1986 –RJ 1986\6612-, de 30 de mayo de 1989 –RJ 1989\4107-, de 13 de octubre de 2004 –RJ 1986\6612- y STC núm. 18/1981, de 8 de junio).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009⁷ establece, en su Fundamento de Derecho Tercero, que:

*“El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. **Cualquier forma de reparación del daño o disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, puede integrar las previsiones de la atenuante.**”*

Por lo tanto, se estima pertinente la concurrencia de la causa atenuante aquí analizada, esto es, la reparación del daño causado.

QUINTO. Sanción aplicable a la infracción.

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

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

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

En aplicación de los anteriores criterios de graduación de las sanciones y de las actuaciones habidas en el presente procedimiento, los límites de las sanciones que pueden ser impuestas a los Ayuntamientos de CORIPE, MONTELLANO, PRUNA,

⁷ Sentencia de la Sala de lo Penal, Sección 1ª, del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2009. Sentencia núm. 78/2009, de 11 de febrero (RJ 2009\909).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ALGÁMITAS, PUEBLA DE CAZALLA, MORÓN DE LA FRONTERA, EL CORONIL y EL SAUCEJO por la comisión de la infracción objeto del presente procedimiento son los siguientes:

- En cuanto a la cuantía de la sanción máxima, procede señalar que no resulta posible determinar el beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consiste la infracción por cuanto que la infracción cometida no reporta ningún beneficio para el infractor, al ser la notificación un acto totalmente gratuito para el operador. Por tanto, la sanción máxima que se podría imponer es de dos millones de euros.
- No existe límite, en el presente caso, para el establecimiento de la cuantía de la sanción mínima, habida cuenta de la inexistencia de beneficio para el infractor.

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

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

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

No obstante lo anterior, no se pueden obviar las circunstancias particulares concurrentes, esto es, que (i) el Ayuntamiento de MORÓN DE LA FRONTERA realizó la notificación tan pronto tuvo conocimiento de la notificación de inicio del periodo de información previa, (ii) que los Ayuntamientos de CORIPE, PRUNA, MONTELLANO, ALGÁMITAS y PUEBLA DE CAZALLA realizaron la citada notificación fehaciente con posterioridad a la notificación de la incoación del presente procedimiento sancionador y (iii) que los Ayuntamientos de EL CORONIL y EL SAUCEJO siguen manteniendo la actividad infractora por cuanto no han notificado a esta Comisión, a fecha de dictarse la presente propuesta de resolución, la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas.

En atención a ello y en aplicación del principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y en el artículo 56.2 de la LGTel, a la vista de los datos



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

y circunstancias concurrentes en el presente procedimiento, se considera que procede imponer al Ayuntamiento de MORÓN DE LA FRONTERA una sanción económica de quinientos (500) euros, a los Ayuntamientos de CORIPE, PRUNA, MONTELLANO, PUEBLA DE CAZALLA y ALGÁMITAS una sanción económica de mil (1.000) euros y a los Ayuntamientos de EL CORONIL y EL SAUCEJO una sanción económica de dos mil (2.000) euros.

Asimismo, conforme a lo establecido por el artículo 56.2 de la LGTel, los infractores vendrán obligados, en su caso, al pago de las tasas que hubieran debido satisfacer en el supuesto de haber realizado la notificación a que se refiere el artículo 6 de la citada Ley.

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

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

RESUELVE

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.

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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO. Que se imponga a los Ayuntamientos de EL CORIPE, PRUNA, MONTELLANO, PUEBLA DE CAZALLA y ALGÁMITAS, una sanción económica por importe de mil (1.000) EUROS.

CUARTO. Que se imponga a los Ayuntamientos de EL CORONIL y EL SAUCEJO una sanción económica por importe de dos mil (2.000) EUROS.

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 0049-1548-68-2810188091 abierta al efecto en el Banco Santander. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 62.2, apartados a) y b), de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dependiendo del día en que se reciba la notificación de presente resolución. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido se procederá a su exacción por la vía de apremio.

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.

SEXTO. Intimar a los Ayuntamiento de EL CORONIL y EL SAUCEJO a que procedan, conforme al artículo 6.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones a realizar la notificación fehaciente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

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

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

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