



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión 06/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 12 de febrero de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente **RO 2008/1476**, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PERÍODO DE INFORMACIÓN PREVIA RO 2008/1476 Y SE PROCEDE A LA INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR CONTRA EL AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIBLES PARA LA EXPLOTACIÓN DE REDES Y PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante escrito del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 10 de septiembre de 2008, se acordó el inicio de un periodo de información previa con la finalidad de conocer con mayor detalle si el Ayuntamiento de Málaga estaba explotando redes y/o prestando servicios de comunicaciones electrónicas sin haber realizado la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, "LGTel") y en su caso, la conveniencia o no de incoar el correspondiente procedimiento sancionador.

Igualmente, mediante el citado escrito, se le requirió determinada información sobre las siguientes cuestiones, con aportación de la correspondiente documentación acreditativa, por ser necesario para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la presente Resolución:

"1.- Indicar si explota una red de comunicaciones electrónicas, y en su caso, aportar:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- a) *Una breve descripción de la ingeniería y diseño de red, explicando:*
- *Si la red es propia o ajena, total o parcialmente.*
 - *Si la implantación de la red requiere la ocupación del dominio público o de la propiedad privada.*
 - *Si la implantación de la red requiere la ocupación del dominio público radioeléctrico.*
 - *Si la red prestará el servicio soporte del servicio de radiodifusión sonora y televisión.*
 - *Diagrama de bloques (croquis) complementario, que facilite la descripción.*
- b) *Tipo de tecnología o tecnologías que se emplean.*
- c) *Descripción de las medidas de seguridad y confidencialidad que se han implantado en la red.*
- d) *Indicación de la red que se quiere explotar, esto es, explotación de una red telefónica (fija o móvil) o de una red de comunicaciones electrónicas.*
- 2.- *En el caso de que no explotase ninguna red de comunicaciones electrónicas, acreditar la vinculación comercial y contractual con su proveedor de acceso a la red de comunicaciones electrónicas.*
- 3.- *Indicar si presta servicios de comunicaciones electrónicas y en su caso, informar, de forma detallada, de la descripción funcional del servicio así como de su oferta de servicios y su descripción comercial.*
- 4.- *Señalar la fecha en la que el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA inició las actividades mencionadas en los apartados anteriores así como su ámbito geográfico.*
- 5.- *Información sobre los ingresos por operaciones del ramo de su actividad para cada una de las actividades que realiza. A este respecto, deberá informar de los siguientes aspectos:*
- a) *Detalle del plan de cuentas donde se recoge los ingresos, costes y activos afectos a las actividades de las comunicaciones electrónicas.*
 - b) *Estudio de viabilidad económica elaborado para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas dentro del ámbito geográfico.*
 - c) *Certificado del interventor municipal donde conste con criterio de devengo el detalle (distinguiendo por concepto) de los ingresos y costes asociados a la realización de actividades de comunicaciones electrónicas, así como de los márgenes asociados a dichas actividades con detalle de los costes operativos, directos e indirectos, costes de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

estructura, costes financieros y costes fiscales, excluyendo fianzas e IVA.

d) Importe inmovilizado afecto y su descripción, así como tipos de amortización aplicables.

e) Importe de las subvenciones recibidas para la realización de actividades de comunicaciones electrónicas dentro de su ámbito geográfico.

6.- *Relación contractual entre el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA con los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas, incluyendo, en su caso, el número total de abonados actuales y los potenciales o previstos para 2008.”*

Segundo. Con fecha 9 de octubre de 2008, ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Don Francisco Salas Márquez, en nombre del Ayuntamiento de Málaga, en su condición de Concejal Delegado de Nuevas Tecnologías, mediante el que contesta al requerimiento de información practicado. A tal efecto, el Ayuntamiento de Málaga manifiesta lo siguiente:

- *Que “es voluntad de este Ayuntamiento de Málaga que las características y condiciones del servicio descrito se ajusten exactamente a las características y condiciones que permitan ser considerados un supuesto de autoprestación por parte de esa Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”.*
- *Que “durante 2008 se han ido haciendo las instalaciones y las pruebas necesarias para implantar la red inalámbrica municipal del Ayuntamiento de Málaga, desplegada en 40 edificios municipales.”*
- *Que “en fecha 14 de abril de 2008, el Ayuntamiento de Málaga planteó una consulta a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre la obligatoriedad o no de notificación previa de su proyecto así como acerca de la gratuidad del acceso a Internet”.*
- *Que “a la vista de la Resolución de la CMT 2008/594 de 23 de julio de 2008, por la que se da contestación a dicha consulta, el Ayuntamiento de Málaga modificó sustancialmente el proyecto inicial para adaptarlo a las condiciones que se derivan de la misma, con objeto de cumplir las recomendaciones incluidas en la resolución y garantizar la absoluta legalidad de la prestación correspondiente”.*
- *Que “sólo cuando se llevaron a cabo dichas modificaciones, se procedió a presentar el proyecto de red inalámbrica municipal el día 6 de agosto de 2008, retirando el servicio abierto de acceso a bases de datos (acceso a las páginas web municipales) y adaptando el acceso a Internet a los requerimientos de la resolución”.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que “este Ayuntamiento está convencido que el proyecto modificado cumple con las condiciones que el párrafo sexto del apartado III.2 de la Resolución 2008/594 establece para ser considerado un caso de autoprestación, referido a la “explotación de red y la prestación del servicio de acceso a Internet en aquellos edificios que alberguen servicios que por su naturaleza y por la vinculación de los usuarios con los mismos sea necesaria dicha prestación para la satisfacción de los fines que le son propios.”
- Que “el convencimiento de este Ayuntamiento de estar, en el caso propio, ante un supuesto de autoprestación, está basado en las siguientes consideraciones:
 - a) Prestación del servicio de acceso a Internet en edificios municipales para los usuarios de los servicios municipales que lo precisen para la satisfacción de los fines que le son propios.

(...) A nuestro criterio, resulta más adecuado a la realidad de un Ayuntamiento, donde los ciudadanos que se acerquen a un edificio municipal tendrán más necesidad de consultar Internet en relación con la tramitación de expedientes tributarios, licencias urbanísticas o de carácter comercial, certificados de empadronamiento, participación en licitaciones públicas, autorización de uso de la vía pública, inscripción en actividades deportivas o juveniles, etc.

A la anterior argumentación habrá que suplementar, en relación al moderno concepto de ventanilla única y a las exigencias de la Ley 11/2007 en materia de integración informática entre las distintas administraciones públicas, el ámbito adicional de informaciones, trámites y consultas que cada administración pública debe generar y facilitar al ciudadano que se corresponda con administraciones distintas a la propia en los casos en que sea necesario acceder a informaciones, trámites y consultas de esas otras administraciones públicas.

Se trata de un servicio no disponible al ciudadano o al público en general, sino tan sólo a los usuarios de los servicios municipales que necesiten acceso a Internet para la prestación del servicio en una sede municipal, aquél que se adapta a nuestro criterio, de forma plena, a las características de “autoprestación” señaladas anteriormente.

El proyecto de este Ayuntamiento requiere precisamente el Documento Nacional de Identidad como exigencia para, una vez contrastada la condición particular de cada ciudadano como usuario de los servicios municipales y necesitar el acceso a Internet para la prestación del servicio en la sede municipal, concederle los permisos y claves que le permiten realmente dicho acceso.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- b) *El uso de la red no está disponible para el público en general.*
- c) *La ubicación de los puntos de acceso se restringe al interior de los edificios municipales. Por las propias características de la red wifi instalada, siguiendo las limitaciones técnicas del estándar, sólo se consiguen alcances efectivos limitados a 30 m y raramente se alcanza el máximo teórico de 100 m, pudiendo considerarse en la práctica como un red interna al edificio.*
- d) *El proyecto plantea un despliegue futuro en 120 dependencias municipales, por lo que la cobertura territorial del servicio es inferior al 0.24% del municipio.*
- e) *Horario restringido de acceso al servicio de 8:00 h a 20:00 h.*
- f) *Sólo para aquellos usuarios que justifiquen la vinculación y la necesidad de dicho acceso para la satisfacción de los fines que les son propios, cuestión que se garantiza mediante la supervisión del Administrador de la zona wifi, que puede no autorizarlo si no se cumple ese requisito.*
- g) *Existe un proceso de petición de usuario a un administrador de la zona wifi que evalúa la justificación del acceso y otorga un usuario y contraseña asociado a un documento de identidad.*

Tercero. Mediante escrito del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 27 de octubre de 2008, se requirió nuevamente al Ayuntamiento de Málaga la información que a continuación se especifica, por ser necesaria para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la presente Resolución:

- “
- *Indicar las 40 dependencias o edificios municipales en los que están emplazados los puntos de acceso de la red pública de comunicaciones electrónicas con tecnología WIFI de titularidad municipal, denominada BIZNAGA.*
 - *Indicar las dependencias o edificios municipales en las que se pretende, de conformidad con el proyecto realizado, instalar nuevos puntos de acceso de la citada red pública de comunicaciones electrónicas con tecnología WIFI, denominada BIZNAGA.*
 - *Delimitar el alcance de la expresión “prestación del servicio de acceso a Internet para los usuarios de los servicios municipales que lo precisen para la satisfacción de los fines que le son propios” en relación con las “Limitaciones del servicio” establecidas en las “Condiciones de uso” de la Red Inalámbrica municipal Biznaga.*
 - *Señalar el número de ciudadanos que siendo usuarios de los servicios municipales se han dado de alta como usuarios del servicio de acceso a Internet que ofrece el Ayuntamiento de Málaga.”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cuarto. Con fecha 17 de noviembre de 2008, ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, escrito de Don Francisco Salas Márquez, en nombre del Ayuntamiento de Málaga en su condición de Concejal Delegado de Nuevas Tecnologías, por el que contesta al segundo requerimiento de información practicado.

A este respecto, el Ayuntamiento de Málaga, de conformidad con el requerimiento practicado, enumera las dependencias municipales en las que están emplazados los puntos de acceso de la red Wifi municipal BIZNAGA así como las dependencias municipales en las que tiene intención de instalar nuevos puntos de acceso de dicha red pública de comunicaciones electrónicas con tecnología Wifi.

Igualmente, en relación con el alcance de la expresión “prestación del servicio de acceso a Internet para los usuarios de los servicios municipales que lo precisen para la satisfacción de los fines que le son propios”, el Ayuntamiento de Málaga manifiesta que si bien *“la interpretación auténtica de dicha expresión corresponde a la entidad requirente [Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones]. De la literal y de la aparentemente, lógica relacionada con la limitación a la universalidad del servicio que se pretende, entendemos que lo que se quiere decir es que la prestación del servicio no es ni puede ser universal, sino limitada a aquellas personas que cumplan con dos condicionantes:*

El primero, el ser usuario de servicios municipales, de los que este Ayuntamiento preste o pueda prestar en el futuro, bien como competencia propia, o por delegación, directa o indirectamente, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, según disponen los artículos 85 y 25.1 de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local, en ejercicio de las competencias atribuidas en el nº 2 del mismo precepto o de cualquier norma legal dictada al efecto.

Y el segundo, que se justifique que el fin que se persigue con la utilización de Internet esté relacionado con el concreto servicio municipal del que se pretende hacer uso, teniendo el peticionario de acceso a la red inalámbrica municipal, para ser autorizado, que justificar ante el administrador de la zona Wifi la vinculación entre la utilización de Internet y el servicio municipal del que es usuario.”

Finalmente, el Ayuntamiento de Málaga manifiesta que el número de ciudadanos que siendo usuarios de servicios municipales se han dado de alta como usuarios del servicio de acceso a Internet que ofrece el Ayuntamiento asciende a 146.

A los anteriores hechos le son de aplicación le son de aplicación los siguientes



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- SOBRE LAS ACTUACIONES PREVIAS A LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

A.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

El artículo 48.2 de la LGTel establece que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.”*

Para el cumplimiento de este objeto, la Ley atribuye a esta Comisión determinadas funciones, además de cualesquiera otra que legal o reglamentariamente se le atribuyan o le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Así, cabe destacar la función del *“ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley”* (el artículo 48.3 l) de la LGTel).

A este respecto, el artículo 58 de la LGTel establece que la competencia sancionadora corresponde:

“a) A la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los apartados 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, e infracciones leves tipificadas en el párrafo d) del artículo 55 respecto de los requerimientos por ella formulados.”

Por su parte, entre las infracciones tipificadas en el artículo 53 de la LGTel, cuya sanción corresponde, en su caso, al Consejo de esta Comisión, la letra t) tipifica como infracción muy grave *“la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta Ley y su normativa de desarrollo”*

En este contexto y con objeto de determinar la existencia de indicios suficientes que justifiquen la apertura de un expediente sancionador, se ha abierto el presente periodo de información previa.

B.- Consideraciones generales sobre el periodo de información previa.

El artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, “LRJPAC”) establece que, con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta misma previsión y en idénticos términos viene recogida en el artículo 12 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, "Reglamento del Procedimiento Sancionador").

El periodo de información previa es un trámite administrativo destinado a evitar los efectos negativos que pueden causarse a los afectados por la apertura de un procedimiento sancionador de forma automática con la mera presentación de una denuncia. El trámite de diligencias previas responde, por tanto, a razones elementales de prudencia, tratando de evitar que la precipitación a la hora de acordar la apertura de un procedimiento, que nunca debió iniciarse por carecer de base suficiente, provoque perjuicios para los afectados.

En coherencia con lo anterior, y partiendo de la repercusión que la apertura inadecuada de un procedimiento sancionador puede presentar en la esfera jurídica del afectado, han de ponerse en juego buena parte de estos principios con carácter previo a la apertura del procedimiento para evitar, en la medida de lo posible, una apertura inadecuada del mismo. Será, por tanto, necesario adoptar en la valoración de las alegaciones y de la documentación aportada por las partes similar actitud a la que se exigiría en el curso del procedimiento sancionador si llegara a iniciarse, sopesando su valor a la luz de los principios de la potestad sancionadora recogidos en el Título IX de la LRJPAC que han de ser tenidos también ahora en consideración.

C.- Valoración de las actuaciones practicadas en el periodo de información previa.

Con fecha 18 de abril de 2008, el Ayuntamiento de Málaga presentó un escrito ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones mediante el que formulaba una consulta sobre la necesidad de constituirse como operador para la prestación del servicio de acceso a Internet así como la posible gratuidad del servicio. Dicha consulta fue contestada por esta Comisión mediante Resolución de fecha 23 de julio de 2008, expediente 2008/594¹ (en adelante, "Resolución de 23 de julio de 2008").

En relación con la necesidad del Ayuntamiento de Málaga de constituirse como operador para la prestación del servicio de acceso a Internet, la Resolución de 23 de julio de 2008 establece lo siguiente:

"Únicamente se consideraría autoprestación la explotación de red y la prestación del servicio de acceso a Internet en aquellos edificios (como bibliotecas) que alberguen servicios que por su naturaleza y por la vinculación de sus usuarios con los mismos (siguiendo con el ejemplo, titulares del carné de la biblioteca) sea necesaria dicha prestación para la satisfacción de los fines que le son propios. En este último caso, teniendo en consideración que los puntos de acceso tendrán una cobertura entre 30 y 100 metros, nos encontraríamos ante un supuesto de autoprestación y por tanto no sería

¹ Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 23 de julio de 2008 por la que se da contestación a la consulta planteada por el Ayuntamiento de Málaga sobre la necesidad de de constituirse en operador para la prestación del servicio de acceso a Internet, así como la posible gratuidad del servicio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

necesario que el Ayuntamiento realizara la notificación a esta Comisión, de conformidad con lo dispuesto en la normativa vigente.

Fuera de los supuestos anteriormente señalados, no nos encontraríamos ante casos de autoprestación, puesto que el Ayuntamiento va a prestar el servicio de acceso a Internet al público en general por lo que será necesario que realice la notificación a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel.”

C.1.- Consideraciones generales del concepto de “autoprestación”.

El término “autoprestación” ha venido siendo utilizado por la normativa reguladora de las telecomunicaciones (partiendo de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones y continuando con la vigente LGTel) como uno de los supuestos de exención a la obligación de notificación fehaciente establecida en el artículo 6.2 de la LGTel.².

Ni la anterior LGTel de 1998 ni la vigente LGTel de 2003 han definido el concepto de autoprestación ni tampoco su alcance. No obstante, el artículo 6.1 de la derogada Ley General de Telecomunicaciones de 1998 (Ley 11/1998) al establecer los principios aplicables a esta actividad vino a definir el término “autoprestación” en contraposición al concepto de “oferta a terceros” al prever: “*La prestación de servicios y el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones podrá realizarse bien mediante autoprestación o bien a través de su oferta a terceros, en régimen de libre concurrencia ...*” Según esta previsión estaríamos frente a un caso de autoprestación cuando el explotador de la red o prestador del servicio no ofreciera la actividad a terceros.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de 16 de julio de 2004³, en su Fundamento de Derecho Sexto, establece:

“De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 11/1998, de 24 de abril: “3. La prestación de servicios o la explotación de redes de telecomunicaciones en régimen de autoprestación y sin contraprestación económica de terceros, por las Administraciones Públicas o por los Entes públicos de ellas dependientes, para la satisfacción de sus necesidades, no precisará de título habilitante”. Por tanto, las Administraciones Públicas no precisan de título habilitante para la prestación de servicios o explotación de redes de telecomunicaciones siempre que sea para la satisfacción de sus necesidades, es decir, en régimen de autoprestación.” (El subrayado es nuestro).

Igualmente, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2000⁴ establece lo siguiente:

² Vid. artículos 6.1 y 7.3 de la derogada Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones y artículo 6.2 de la vigente Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones..

³ Sentencia núm. 320/2004 dictada por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas en el Recurso núm. 387/2002.

⁴ Sentencia dictada por la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el Recurso núm. nº 8666/99 (JUR 2000/204282).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“CUARTO .-Para la debida resolución del pleito conviene hacer hincapié en que la entidad ahora recurrente solicitó de la Administración, el 17 de febrero de 1.999, el otorgamiento de una Autorización General de Tipo B, habilitante para el establecimiento o explotación de redes privadas, y en que de la documentación técnica que aporta en el expediente se infiere que la petición se vincula a la red propia de telecomunicaciones de la empresa, cuya explotación se realiza en régimen de autoprestación, y, precisamente, la resolución impugnada acuerda, por una parte, la oportuna inscripción, y, por otra, advierte que la referida red privada sólo podrá explotarse en el indicado régimen de autoprestación, por lo que resulta razonable o lógico que el acto administrativo indique, en cuanto al ámbito de la autorización, que la cesión o alquiler de medios de transmisión como, entre otros, la fibra óptica, sin equipos de conmutación o terminación, es una forma de explotación de red pública de telecomunicaciones, por lo que su desarrollo exige la previa obtención de una licencia individual de tipo B o C.

QUINTO.- Pues bien, la Sala, en atención a los extremos consignados en los ordinales precedentes, es de criterio que la decisión combatida se ajusta plenamente a Derecho, toda vez que, tal como bien sugiere el demandado, no existe ninguna extralimitación en la advertencia que se realiza al interesado, no constituyendo un límite o novedad con respecto a su solicitud, sino una forma distinta de expresar el sentido de la palabra "autoprestación".”

De este modo, estaremos en un caso de autoprestación cuando el prestador del servicio se limite a **satisfacer sus propias necesidades de comunicación y no las de terceros**. Esta interpretación del término autoprestación que procede del análisis de lo establecido al respecto en la derogada Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, es de plena aplicación a la regulación establecida en la vigente LGTel.

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 que *“las Administraciones Públicas pueden prestar, en régimen de autoprestación, servicios de comunicaciones electrónicas a los ciudadanos en el interior de sus edificios o dependencias cuando tengan por finalidad satisfacer las necesidades propias del servicio, entendiendo por tales, tanto las de sus trabajadores como las de los usuarios en relación con el contenido del propio servicio prestado, no siendo necesaria la inscripción de estas actividades en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas”*. (El subrayado es nuestro).

En este mismo sentido se ha pronunciado la Comisión a través de su Resolución de fecha 3 de julio de 2008 (RO 2008/435) en la que establece que el concepto de “autoprestación” es aplicable a los supuestos en los que una Administración Pública explote redes o preste *“servicios de comunicaciones electrónicas que por su naturaleza y por la vinculación de sus usuarios con los mismos sean necesarios para la satisfacción de los fines que le son propios”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De lo anterior se desprende que los requisitos que deben concurrir simultáneamente para determinar que el servicio de proveedor de acceso a Internet que ofrece la Administración Pública a los ciudadanos se presta en régimen de autoprestación, son los siguientes:

- Que la prestación del servicio de acceso a Internet a los ciudadanos se realice en el interior de los edificios o dependencias municipales o en sus inmediaciones ya que la cobertura de acceso inalámbrico no puede restringirse únicamente al interior del edificio⁵ y;
- Que la prestación del servicio de acceso a Internet tenga por finalidad satisfacer las necesidades propias del servicio municipal, esto es, la prestación del servicio de acceso a Internet sea necesaria para la efectiva prestación del servicio público que se ofrece a los ciudadanos o, en todo caso, complementaria al servicio público que se presta por la Administración Pública competente en el ejercicio de sus competencias⁶.

C.2.- Análisis del proyecto de red inalámbrica municipal "Biznaga" del Ayuntamiento de Málaga.

El Ayuntamiento de Málaga, en su contestación al primer requerimiento de información de fecha 10 de septiembre de 2008, afirma que está explotando una red pública de comunicaciones electrónicas con tecnología WIFI, denominada Biznaga, y que está prestando el servicio de acceso a Internet a los ciudadanos, en régimen de autoprestación, desde el día 6 de agosto de 2008. Y añade:

- Que durante el año 2008, el Ayuntamiento de Málaga ha estado instalando y haciendo las pruebas necesarias para implantar una red pública de comunicaciones electrónicas con tecnología Wifi, denominada Biznaga.
- Que los emplazamientos de los puntos de acceso de la citada red municipal con tecnología Wifi se encuentran en 40 edificios municipales y se prevé un despliegue futuro de 120 dependencias municipales.

A este respecto, el Ayuntamiento de Málaga, en su escrito de contestación al segundo requerimiento de información practicado de fecha 17 de noviembre de 2008, enumera los edificios municipales en los que están instalados los puntos de acceso de la citada red Wifi así como los edificios municipales en los que pretende instalar nuevos puntos de acceso.

- Que el alcance de la cobertura de la red Wifi se restringe al interior de los edificios municipales ya que sólo se consiguen alcances efectivos limitados a 30 m y raramente se alcanza el máximo teórico de 100 m.

⁵ Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 3 de julio de 2008 (RO 2008/435) por la que se da contestación a la consulta planteada por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife sobre la necesidad de inscribirse como operador para la prestación del servicio de acceso a Internet, así como la posible gratuidad del servicio.

⁶ Idem nota al pie núm. 5.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que el servicio de acceso a Internet se presta a los ciudadanos que son usuarios de los servicios municipales que lo precisen para la satisfacción de los fines que le son propios, en el interior de los edificios municipales, dentro de un horario restringido de 8:00 a 20:00 y limitándose sólo a la navegación web (http, https), a (a excepción del acceso a páginas web de contenido imposible: sexo, violencia, etc.).

Además, los ciudadanos usuarios de los servicios municipales pueden acceder a Internet *“en relación con la tramitación de expedientes tributarios, licencias urbanísticas o de carácter comercial, certificados de empadronamiento, participación en licitaciones públicas, autorización de uso de la vía pública, inscripción en actividades deportivas o juveniles, etc.”*

- Que los ciudadanos han de constatar su condición de usuarios de los servicios municipales mediante la presentación del Documento Nacional de Identidad. Una vez constatada dicha condición, obtienen los permisos y claves que permiten realmente dicho acceso a la navegación web.

De lo anterior se desprende que el Ayuntamiento de Málaga está explotando una red pública de comunicaciones electrónicas basada en la utilización del dominio público radioeléctrico mediante frecuencias de uso común (RLAN-WFI) y que está prestando el servicio de acceso a Internet a los ciudadanos en el interior de los edificios municipales. La prestación de dicho servicio de comunicaciones electrónicas se caracteriza por la libre navegación web (a excepción del acceso a páginas web de contenido para adultos como sexo, violencia, etc.) incluido, el acceso a las páginas web municipales y a las páginas web de las distintas Administraciones Públicas.

La valoración del servicio de acceso general a Internet debe tomar como punto de partida el ámbito de prestación del mismo, es decir, las concretas ubicaciones en las que se pondrá a disposición de los ciudadanos dicho servicio. Así, el Ayuntamiento de Málaga ha afirmado que los emplazamientos de los puntos de acceso a la red Wifi municipal están instalados en cuarenta edificios o dependencias municipales y se prevé su ampliación a ciento veinte dependencias municipales, incluyéndose zonas abiertas como Mercamálaga, la Estación de Autobuses, Polígono Industrial Trevenez, entre otras. Constatado lo anterior, debe analizarse si la prestación del servicio de acceso a Internet es necesaria o complementaria para satisfacer las necesidades de los servicios municipales prestados en tales ubicaciones.

En el presente caso, la prestación del servicio de acceso general a Internet en bibliotecas municipales (por ejemplo, las Bibliotecas Municipales de Salvador Rueda y de Cristóbal Cuevas), centros culturales, salas de encuentro (zonas situadas en los centros cívicos⁷ en las que hay prensa, revistas para leer allí) y salas polivalentes (espacios situados en los centros cívicos en las que se lleven a cabo cursos o talleres educativos o culturales) se considera que se realiza en régimen de autoprestación ya que dicho servicio es complementario y/o necesario para la efectiva prestación del servicio principal, al disfrutar los ciudadanos de un servicio educativo y/o cultural

⁷ Área de Juventud, Área de Bienestar Social, Centro de Mayores Este, Centro de Servicios Sociales Ciudad Jardín, Centro de Servicios Sociales Nueva Málaga.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ofrecido por el Ayuntamiento de Málaga en el ámbito de sus competencias municipales⁸

Fuera de los supuestos anteriores, la prestación del servicio de acceso general a Internet no se encuadraría dentro del régimen de exención ya que no se ha constatado que la prestación de dicho servicio sea necesaria o complementaria para satisfacer las necesidades de los servicios municipales prestados en tales dependencias municipales⁹.

Por otro lado, el servicio de acceso limitado a las páginas web municipales o a las de distintas Administraciones Públicas mediante tecnología Wifi ha sido examinado por esta Comisión en diversas consultas¹⁰. Este servicio constituye un auténtico servicio de comunicaciones electrónicas de transmisión de datos que excluye la autoprestación puesto que se prestan servicios de comunicaciones electrónicas al público en general (a terceros) y, por tanto, será necesario notificar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la prestación del servicio de conformidad con el artículo 6.2 de la LGTel.

La Resolución de 6 de marzo de 2008¹¹ de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dio contestación a la primera de las cuestiones que plantea el Ayuntamiento de Motril a cerca de la posible gratuidad del servicio de acceso a Internet limitado a páginas web municipales o de las distintas administraciones públicas, señalando que:

*«Un supuesto concreto sobre el que ya se ha pronunciado la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el que se refiere a la utilización de una red inalámbrica (WIFI) por parte de un Ayuntamiento para prestar a sus ciudadanos, de forma gratuita, un servicio de “acceso a bases de datos” (acceso a determinadas páginas web públicas), es conveniente recordar la doctrina de la Comisión Europea en este terreno (por todos véase la Decisión de la Comisión Europea, de 30 de mayo de 2005, en el caso de Ayuda de Estado nº NN 24/2007 –República Checa, sobre la Red inalámbrica del Municipio de Praga) en el sentido de que no constituye una ayuda de estado contraria al artículo 87 del Tratado de la Unión Europea el establecimiento y operación, por parte de la autoridad local, de una red radio que permita a todos los ciudadanos de las áreas de cobertura el tener **acceso gratuito en banda ancha** (usando su ordenadores portátiles, sus terminales móviles, ...) **limitado a las “websites” del sector público y a su contenido**».*

⁸ Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 16 de julio de 2005 por la que se da contestación a la consulta planteada por la Diputación de Barcelona sobre la necesidad de inscribirse como operador para el establecimiento de redes Wifi en bibliotecas públicas (RO 2005/439) y Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de noviembre de 2008 por la que se da contestación a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Motril sobre distintos aspectos de la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (RO 2008/1233).

⁹ Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 3 de julio de 2008 (RO 2008/435) por la que se da contestación a la consulta planteada por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife sobre la necesidad de inscribirse como operador para la prestación del servicio de acceso a Internet, así como la posible gratuidad del servicio.

¹⁰ RO 2007/1339, RO 2008/435, RO 2008/594.

¹¹ Resolución por la que se da contestación a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Esplugues de Llobregat sobre la necesidad de constituirse en operador para la explotación de una red inalámbrica y la prestación del servicio de acceso a Internet, así como la posible gratuidad del servicio (RO 2007/1339).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ello implica que si el Ayuntamiento de Málaga quisiera establecer una red WIFI y prestar el servicio de comunicaciones electrónicas de acceso limitado a las páginas web municipales o de las distintas Administraciones Públicas con el fin de que sus ciudadanos puedan tener, sin sujetarse a límite temporal alguno, acceso gratuito a servicios de información ciudadana que la misma entidad u otro organismo oficial quiera establecer, se tendrá presente dicha doctrina y no se establecería ninguna de las condiciones previstas en el artículo 4.1 del Reglamento de Prestación de Servicios in fine, previa comunicación de dicha circunstancia a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Por otro lado, consultado el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas cuya llevanza corresponde a esta Comisión se ha podido constatar que el Ayuntamiento de Málaga no figura inscrito 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 (RLAN-WIFI) y para la prestación del servicios de comunicaciones electrónicas de “Proveedor de Acceso a Internet”.

Como consecuencia de lo anterior, esta Comisión considera que cabe apreciar indicios suficientes de que el Ayuntamiento de Málaga está realizando actividades de comunicaciones electrónicas consistentes en la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas y en la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de proveedor de acceso a Internet sin haber realizado la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel, conducta que está tipificada como infracción muy grave en el artículo 53.t) de la LGTel susceptibles de motivar la incoación de un procedimiento sancionador, en los términos establecidos por el artículo 12.1 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, debiéndose resolver en consecuencia.

II. INICIACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

1. Tipo infractor.

El artículo 53 apartado t), de la LGTel, tipifica como infracción muy grave la actividad consistente en *“la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidas en esta ley y su normativa de desarrollo”*.

Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, y vistos los antecedentes, los actos realizados por el Ayuntamiento de Málaga pueden considerarse como actividades comprendidas en la conducta tipificada en el citado artículo 53, apartado t), de la Ley General de Telecomunicaciones.

2. Sanción que pudiera corresponder.

Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, según lo establecido en el artículo 56.1.b) de la Ley General de Telecomunicaciones, las sanciones que pueden ser impuestas a la mencionada infracción son las siguientes:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 resulta posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de dos millones de euros. En función de las circunstancias podrá sancionarse, además, con la inhabilitación hasta de cinco años del operador para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

3. Órgano competente para resolver.

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, de conformidad con lo establecido en el artículo 58 letra a) de la vigente Ley General de Telecomunicaciones, en el que se dispone que la competencia sancionadora corresponderá «a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53 (...). Dentro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la imposición de sanciones corresponderá: 1º) Al Consejo, respecto de las infracciones muy graves y graves.»

4. Procedimiento.

De conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la Ley General de Telecomunicaciones, el presente procedimiento sancionador se sujetará al procedimiento aplicable, con carácter general, a la actuación de las Administraciones Públicas. Por tanto, se sustanciará de acuerdo con lo establecido en el Título IX de la LRJPAC (artículos 127 y siguientes) y en el Reglamento del Procedimiento Sancionador. No obstante, el plazo máximo de duración del procedimiento será de un año y el plazo de alegaciones no tendrá una duración inferior a un mes.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión, en uso de las competencias que tiene atribuidas para el ejercicio de la potestad sancionadora,

RESUELVE

PRIMERO. Iniciar procedimiento sancionador contra el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, como presunto responsable directo 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, consistente en la presunta prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tal actividad establecida en la Ley General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo. La citada infracción administrativa puede dar lugar a la imposición por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de una sanción en los términos expresados en el Fundamento de Derecho II, apartado 2 del presente Acuerdo.

SEGUNDO. El indicado procedimiento sancionador tiene por finalidad el debido esclarecimiento de los hechos y cualesquiera otros relacionados con ellos que pudieran deducirse, determinación de responsabilidades que correspondieren y, en su



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

caso, sanciones que legalmente fueran de aplicación, según lo establecido en el artículo 56 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y todo ello, con las garantías previstas en la Ley precitada, en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora y en los plazos a que se refiere el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

TERCERO. Nombrar Instructora del procedimiento sancionador a Doña Isabel Arias Valdés quien, en consecuencia, quedará sometida al régimen de abstención y recusación establecido en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

CUARTO. De conformidad con lo que establece el artículo 16.1 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, puesto en relación con el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, el interesado en el presente procedimiento dispone de un plazo de un mes, contado a partir de la notificación del presente Acuerdo de incoación, para:

- a) Comparecer en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, si así lo desea, para tomar vista del expediente.
- b) Proponer la práctica de todas aquéllas pruebas que estime convenientes para su defensa, concretando los medios de prueba de que pretendan valerse.
- c) Presentar cuantas alegaciones, documentos y justificantes estime convenientes.

Transcurrido dicho plazo sin que se haya recibido alegación alguna, se continuará con la tramitación del procedimiento, informándole que la Instructora del mismo podrá acordar de oficio la práctica de aquellas pruebas que considere pertinentes.

QUINTO. En cualquier momento de la tramitación del procedimiento y con suspensión del mismo, el interesado podrá ejercitar su derecho a la recusación contra la Instructora, si concurre alguna de las causas recogidas en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

SEXTO. En el supuesto de que el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA reconozca su responsabilidad en los hechos citados se podrá, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1398/1993, dictar resolución directamente sin necesidad de tramitar el procedimiento en su totalidad. No obstante se le informa de su derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.

SÉPTIMO. Este Acuerdo deberá ser comunicado a la Instructora nombrada, dándole traslado de cuantas actuaciones existan al respecto en el expediente. Asimismo, deberá ser notificado a los interesados.



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

Vº. Bº. EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu