



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

## CERTIFICA

Que en la Sesión número 05/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 18 de febrero de 2010, se ha adoptado el siguiente

## ACUERDO

Por el cual se aprueba la

**Resolución del procedimiento sancionador RO 2009/229 incoado contra el Ayuntamiento de Málaga por el presunto incumplimiento de los requisitos exigibles para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (RO 2009/229).**

## I ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.- Resolución de 23 de julio de 2008 contestando una consulta planteada por el Ayuntamiento de Málaga.**

Esta Comisión mediante Resolución de fecha 23 de julio de 2008 (expediente RO 2008/594), por la que se dio contestación a la consulta planteada por el Ayuntamiento de Málaga en relación con la necesidad de constituirse como operador para la prestación del servicio de acceso a Internet, manifestó lo siguiente:

*“(...) El Ayuntamiento de Málaga deberá constituirse como operador, realizando, con anterioridad al inicio de la actividad, la notificación a esta Comisión de la prestación tanto del servicio de Acceso a bases de datos como del de Acceso a Internet de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 de la LGTel. Asimismo, debería notificar la explotación de la red inalámbrica que soporta estos servicios disponibles al público.*

*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 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.”*

**Segundo.- Inicio del periodo de información previa y requerimiento de información al Ayuntamiento de Málaga.**

Mediante escrito del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 10 de septiembre de 2008, se acordó, de oficio, la apertura de un periodo de información previa para conocer con mayor detalle si el Ayuntamiento de Málaga<sup>1</sup> estaba explotando redes y/o prestando servicios de comunicaciones electrónicas a terceros, 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 para valorar la conveniencia o no de incoar el correspondiente procedimiento sancionador (Documento núm. 1 del expediente administrativo).

Asimismo, en 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 debía pronunciarse la Resolución:

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

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.*

---

<sup>1</sup>El municipio de Málaga tiene una población de 566.447 habitantes. Fuente: Instituto Nacional de Estadística. Cifras de población referidas al 1 de enero de 2008. Real Decreto 2121/2008, de 26 de diciembre.



- 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 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.”*

**Tercero. Contestación del Ayuntamiento de Málaga al requerimiento de información realizado en el seno del periodo de información previa.**

Con fecha 9 de octubre de 2008, tuvo 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 requerimiento de información practicado y en el que afirma lo siguiente (Documento núm. 2 del expediente administrativo):

- *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”*.
- 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.*

- 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.*

**Cuarto. Segundo requerimiento de información al Ayuntamiento de Málaga en el seno del periodo de información previa.**

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 debería pronunciarse la Resolución (Documento núm. 3 del expediente administrativo):

- “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.”*

#### **Quinto. Contestación del Ayuntamiento de Málaga al segundo requerimiento de información practicado en el marco del periodo de información previa.**

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 (Documento núm. 4 del expediente administrativo).

El Ayuntamiento de Málaga enumera las cuarenta 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.

Por otro lado y 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 “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: ser usuarios de los servicios municipales y el fin que se persigue con la utilización de Internet esté relacionado con el concreto servicio municipal del que se pretende hacer uso”.

A este respecto, el citado Ente Local afirma que, en la actualidad, han sido dados de alta como usuarios del servicio de acceso a Internet 146 personas.

#### **Sexto. Incoación del procedimiento sancionador.**

Con fecha 12 de febrero de 2009 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acordó la apertura de 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 LGTel consistente en la presunta explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, sin cumplir con los requisitos exigibles establecidos en la citada LGTel y su normativa de desarrollo, dándole, a su vez, traslado para aportar cuantas alegaciones, documentos e informaciones estimase convenientes y en su caso, proponer prueba (Documento núm. 5 del expediente administrativo).

Mediante escrito del Secretario de la Comisión de fecha 13 de febrero de 2009, se procedió a notificar al Ayuntamiento de Málaga y a la Instructora la citada resolución, con traslado de las actuaciones existentes al respecto, (Documentos núm. 6 y 7 del expediente administrativo).

Igualmente, mediante el citado acuerdo de incoación del procedimiento sancionador se dio traslado al Ayuntamiento de Málaga para que aportara cuantas alegaciones, documentos e



informaciones estimara convenientes y en su caso, proponer prueba concretando los medios de los que pudiera valerse.

**Séptimo. Alegaciones al acuerdo de incoación del procedimiento sancionador.**

Con fecha 26 de marzo de 2009 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Don Francisco Salas Márquez, en su condición de Concejal Delegado de Nuevas Tecnologías del Ayuntamiento de Málaga, mediante el que realiza alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador (Documento núm. 8 del expediente administrativo).

El Ayuntamiento de Málaga manifiesta que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debería haberse *“pronunciado nuevamente sobre los cambios realizados por el Ayuntamiento [para adaptarse al contenido de la Resolución de 23 de julio de 2008<sup>2</sup>], señalando si tales cambios se adecuaban o no al concepto de autoprestación sostenido por la Corporación”* en lugar de haber iniciado el presente procedimiento sancionador por lo que considera que, con dicha actuación, la citada Comisión *“no está cumpliendo con los fines para las cuales fue creada: en síntesis, la salvaguarda de los mercados de telecomunicaciones atendiendo el principio pro libertatis como principio rector”*.

Además de lo anterior, el Ayuntamiento de Málaga señala que, de conformidad con “los principios de relación de las Administraciones y de autonomía institucional de los Entes Locales, se garantiza que la entidad local no sea tratada por otra Administración como un administrado más, al que, en caso de entender que ha infringido la ley resulta sancionado. Nuestro ordenamiento jurídico, por tanto, obliga a que sean los jueces quienes decidan si la actividad de la Administración local se adecua o no a los preceptos legales”.

Por otro lado, el Ayuntamiento de Málaga afirma que *“desconoce el órgano”* que acordó la apertura del inicio del periodo de información previa ya que en *“en la notificación nada se indicaba al respecto”* así como que tampoco *“existe una resolución que ponga fin al mismo”* por lo que no ha tenido *“la oportunidad de realizar alegación alguna ni durante la sustantación del expediente RO 2008/1479, ni contra la Resolución finalizadora del mismo”*, lo que conlleva, a juicio del citado Ente Local, que el acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador sea nulo de pleno derecho.

Según manifestaciones de la Corporación Local, la red de comunicaciones electrónicas con tecnología WIFI, denominada BIZNAGA, se encuentra *“instalada en el interior de cuarenta edificios municipales”* y *“el acceso a la misma se produce exclusivamente en el interior de dichos edificios municipales”*. Asimismo, expone que *“la red BIZNAGA permite el acceso a los ciudadanos en función de los fines y servicios municipales que cumple, conforme a su naturaleza”, de tal manera que, “el acceso no es generalizado, sino que debe ajustarse a una finalidad, bajo un control y limitaciones específicas y de forma absolutamente circunstancial”* con la finalidad de *“favorecer o fomentar las gestiones vía nuevas tecnologías, en cumplimiento de la Ley 11/2007 y de los objetivos que le son propios a las Administraciones Locales”*.

---

<sup>2</sup> Resolución por la que se da contestación a la consulta planteada por el Ayuntamiento de Málaga sobre la necesidad de constituirse en operador para la prestación del servicio de acceso a Internet, así como la posible gratuidad del servicio.



A este respecto, el Ayuntamiento de Málaga afirma que “el acuerdo de incoación no delimita el hecho infractor que se imputa al Ayuntamiento, esto es, no precisa en qué edificios o en qué concreta actividad o actividades entiende la Comisión que se infringe la ley, provocando en consecuencia una situación de indefensión”.

Por otro lado y en relación con el concepto de autoprestación, el Ente Local manifiesta que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no tiene “*un criterio fijo sobre el concepto de autoprestación*”. Y añade que “*este concepto jurídico indeterminado [el de autoprestación] exige una solución determinada. En el presente caso, la determinación del ámbito de la autoprestación sólo permite una solución legal que habrá de encontrarse por diversos medios: en primer lugar, el significado literal y técnico del propio concepto; en segundo lugar, por los precedentes en su aplicación y, en tercer lugar, por los principios generales del derecho*”.

A pesar de la afirmación anterior, el Ayuntamiento de Málaga manifiesta que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones “interpreta restrictivamente la normativa aplicable al obligar a los Entes Locales y otras entidades públicas a adquirir la condición de operador” ya que el “estatus de operador trae consigo implicaciones que no se corresponden con la verdadera naturaleza de la actividad desarrollada. La adquisición de la condiciones de operador:

- *Lleva implícita la idea de una voluntad comercial, que en la mayor parte de lo casos no se tiene.*
- *Obliga a jugar en el mercado, junto a otros expertos actores, sin ninguna experiencia y sin recursos para ello.*
- *Conlleva una serie de obligaciones que superan el ámbito proyectado y por ende devienen en desproporcionadas.*
- *Da a entender que el “mercado” lo acapara todo, sin que puedan existir ámbitos de actividad dirigidos a la satisfacción del interés general de la ley de la oferta y la demanda”.*

Igualmente, la contratación de un operador comercial obligaría a habilitar una partida de gasto público innecesaria, dado la capacidad del ente para desarrollar la red y en muchos casos, bajo un coste cero”.

Por este motivo, el Ayuntamiento de Málaga entiende que es necesaria “*una interpretación de la norma más acorde con las exigencias de la denominada Administración Electrónica*” de tal manera que “*permita a las entidades públicas desarrollar sus fines en el ámbito electrónico, proporcionando a los administrados servicios verdaderamente eficaces sin que ello implique someter a dichas entidades a los parámetros del mercado y sin que ello suponga una distorsión abusiva o privilegiada de las condiciones del mercado. Para configurar esa posibilidad, la Comisión podría tener en cuenta los siguientes parámetros:*

- (i) *La red y los servicios habilitados por la Administración han de ser in house. Esto es, serían redes y servicios in house cuando se disponen como instrumento para lograr el fin de la organización y son actuados por el personal de la misma organización o aquellas otras personas que de forma temporal pueden ser consideradas como integrantes o invitados de esa organización bajo los siguientes criterios:*
  - a. *Se encuentren bajo el control de la organización en lo que respecta al uso de los servicios.*



- b. *El servicio se presta exclusivamente en los espacios físicos (sedes) donde la organización gestiona sus actividades.*
- c. *El ciudadano no puede ser considerado como abonado al no poder exigir a la organización las prestaciones que cualquier abonado puede exigir a su operador comercial, sino que serían usuarios-invitados de una red privada.*
- d. *El servicio puede ser gratuito o no.*

(ii) *La red y los servicios no entran en concurrencia con la red y servicio ofrecidos al público por los operadores comerciales”.*

Como consecuencia de todo lo anterior, el Ayuntamiento de Málaga solicita la revocación del acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador o, subsidiariamente, el archivo de las actuaciones practicadas por la falta de tipicidad de la conducta imputada al Ayuntamiento de Málaga; añadiendo que, de “no estimarse el citado *petitum*, propone la práctica de los medios de prueba documental” que se indican Infra.

#### **Octavo. Apertura de un periodo de prueba.**

Según se ha indicado en el Antecedente de Hecho Anterior, en el “segundo otrosí” del escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador, el Ayuntamiento de Málaga propone la práctica de prueba documental.

Mediante escrito de la Instructora del procedimiento sancionador de fecha 1 de abril de 2009 se procedió a acordar la apertura del periodo de prueba por un plazo común de treinta días para la práctica de la siguiente prueba documental (Documento núm. 9 del expediente administrativo):

1. *“Propuesta por la interesada: Consistente en que se incorpore al ramo de prueba del presente expediente las alegaciones y documentos acompañados a los escritos de alegaciones realizados por el Ayuntamiento de Málaga en el seno del expediente RO 2008/1476.*
2. *Propuesta por la interesada: Consistente en que se incorporen al ramo de prueba los documentos que forman parte del expediente y la que, en su caso, pueda aportarse en el trámite de audiencia en el seno del expediente 2009/229.*
3. *Propuesta por la interesada: Consistente en que se incorpore al ramo de prueba la documentación que acredite la relación de edificios municipales en los que se han instalado los puntos de acceso de la red Wifi, denominada BIZNAGA, y el uso vinculado a los fines públicos municipales que en los mismos puede hacerse de la citada red.*
4. *Propuesta por la interesada: Consistente en que se incorpore al ramo de prueba la documentación relativa al estudio sobre el número de interesados que han dispuesto de la red y el uso efectuado”.*

A tenor de lo anterior, se incorporaron al ramo de prueba documental del procedimiento sancionador las actuaciones realizadas en el seno del periodo de información previa (expediente RO 2008/1476).

Con posterioridad, el día fecha 11 de mayo de 2009, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, escrito de Don Francisco Salas Márquez,



actuando en nombre del Ayuntamiento de Málaga, en su condición de Concejal Delegado de Nuevas Tecnologías, mediante el que aporta la siguiente prueba documental (Documento núm. 10 del expediente administrativo):

- *“Informe acreditando la relación de edificios municipales en los que se han instalado los puntos de acceso de la red Wifi BIZNAGA y el uso vinculado a los fines públicos municipales que en los mismos se puede hacer de la citada red”.*

Dicho informe señala las dependencias municipales en las que actualmente está desplegada la red Wifi municipal, BIZNAGA, así como las competencias, actividades, trámites o fines que son de incumbencia en cada una de ellas, al objeto de acreditar la prestación del servicio de acceso a Internet para la satisfacción de las necesidades propias del servicio municipal.

- *“Informe técnico acreditando las estadísticas de acceso a la Red Wifi Municipal BIZNAGA”.*

Dicho informe técnico establece que desde el periodo de puesta en servicio en agosto de 2008 hasta la fecha de elaboración del citado Informe a finales de abril de 2009, el número total de usuarios es de 592.

#### **Noveno. Requerimiento de Información realizado por la Instructora en el seno del procedimiento sancionador.**

Mediante escrito de la Instructora del procedimiento de fecha 28 de mayo de 2009, se requirió al Ayuntamiento de Málaga que indicara *“la fecha de inicio de la creación (instalación o construcción) de la red pública de comunicaciones electrónicas de titularidad municipal”* por ser relevante para determinar la posible existencia de responsabilidades susceptibles de sanción (Documento núm. 11 del expediente administrativo).

Con fecha 15 de julio de 2009, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de Don Francisco Salas Márquez, en nombre y representación del Ayuntamiento de Málaga, en su condición de Concejal Delegado de Nuevas Tecnologías, mediante el que contesta al citado requerimiento de información afirmando que *“la facilidad de acceso inalámbrico de la red corporativa comenzó a estar disponible para nuestros usuarios, de forma oficial, el día 6 de agosto de 2008”.*

#### **Décimo. Propuesta de Resolución de la Instructora del procedimiento sancionador.**

Con fecha 23 de julio de 2009, la Instructora del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución en la que proponía lo siguiente (Documento núm. 12 del expediente administrativo):

***“PRIMERO.*** *Que se declare responsable directo al Ayuntamiento de Málaga 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 y la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de “Proveedor de acceso a Internet”, incluido el acceso limitado a páginas web municipales y de otras Administraciones Públicas.*

**SEGUNDO.** *Que se imponga al Ayuntamiento de Málaga una sanción económica por importe de mil (2.000) EUROS.*

**TERCERO.** *Intimar al infractor a que proceda, 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.*

**CUARTO.** *Intimar al Ayuntamiento de Málaga a que proceda, 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.”*

*La propuesta de resolución de fecha 23 de julio de 2009 fue notificada al Ayuntamiento de Málaga el día 4 de agosto de 2009 (Documento núm. 13 del expediente administrativo).*

#### **Decimoprimer. Alegaciones del Ayuntamiento de Málaga a la Propuesta de Resolución de la Instructora.**

Con fecha 8 de septiembre de 2009, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Don Francisco Salas Márquez, en su condición de Delegado de Nuevas Tecnologías, por el que formula alegaciones a la propuesta de resolución notificada (Documento núm. 14 del expediente administrativo).

El Ayuntamiento de Málaga insiste en afirmar que el período de información previa no ha sido finalizado mediante resolución expresa por lo que ha visto mermado su derecho de defensa al no poder recurrir dicho acto. Entiende que la Resolución de 12 de febrero de 2009 por la que se acuerda poner fin al periodo de información previa y se acuerda iniciar el procedimiento sancionador contra el citado Ente Local, no cumple con la “doble función” a la que se refiere el título ya que *“lo lógico hubiera sido que en la parte dispositiva de la citada Resolución se hubiera acordado expresamente la finalización del expediente de información previa, otorgando la posibilidad de recurrir ese concreto pronunciamiento mediante el oportuno pie de recurso”* y no como se desprende del acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador *“que no consta ni lo uno ni lo otro, pasándose directamente al trámite de alegaciones frente a la incoación del procedimiento sancionador”*.

El Ayuntamiento de Málaga afirma que el servicio de comunicaciones electrónicas de Proveedor de acceso general a Internet se presta en régimen de autoprestación ya que cumple con todos los requisitos exigidos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.



A este respecto, expone que “los puntos de acceso a la red Wifi BIZNAGA están ubicados en inmuebles que albergan servicios de titularidad municipal, de carácter público y que no constituyen zona abierta, tiene un carácter limitado (mediante procedimiento de asignación de usuario y contraseña, por tiempo limitado, dentro de un horario determinado), instrumental, pues se encuentra directamente relacionado con la prestación del correspondiente servicio, y gratuito y, por último, tampoco puede sostenerse que el conjunto de puntos de acceso integrantes de la red supongan, dadas las características de ésta, distorsión alguna de la libre competencia”.

El Ayuntamiento de Málaga critica a esta Comisión por realizar una interpretación “*unilateral y restrictiva*” del concepto de autoprestación así como por no justificar ni razonar porqué en determinados emplazamientos la prestación del servicio de acceso general a Internet se realiza en régimen de autoprestación (como por ejemplo, bibliotecas y centros culturales) y porqué en otras dependencias municipales la prestación del citado servicio no es necesaria ni complementaria por lo que llega a la conclusión que tales motivos son inexistentes.

A tenor de lo anterior, el Ayuntamiento de Málaga expone que “la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es perfectamente consciente de lo precaria que resulta su posición en esta materia”, circunstancia que ha propiciado el sometimiento a consulta pública del “Informe sobre determinadas propuestas regulatorias con la explotación de redes públicas inalámbricas basadas en la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sobre las mismas por las Administraciones Públicas” de fecha 25 de junio de 2009. A lo que añade que la citada Comisión ha constatado “que la vigente regulación de la actividad de las Administraciones Públicas en el ámbito de las telecomunicaciones no resulta la más adecuada, y que es conveniente que se introduzcan cambios normativos al respecto”.

Por este motivo, considera que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debería permitir a las Entidades Locales “decidir en qué casos la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas es necesaria para prestar los servicios municipales cuya titularidad ostenta y cuya financiación asumen con cargo a presupuestos”.

Finalmente, el Ayuntamiento de Málaga afirma que “es absolutamente inadmisibles que su conducta sea calificada como dolosa por el mero hecho de defender su postura frente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”.

#### **Décimosegundo. Informe de Audiencia del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.**

Entendiendo el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que la cuantía de sanción propuesta por la instructora podría ser insuficiente, atendidas las circunstancias de caso, emitió un Informe de Audiencia con fecha 22 de octubre de 2009 mediante el que proponía, sobre la base de los mismos hechos y calificación jurídica de la infracción administrativa, aumentar el importe de la sanción a imponer al Ayuntamiento de Málaga a trescientos mil (300.000) Euros (Documento núm. 15 del expediente administrativo). Con fecha 7 de diciembre de 2010, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones del Ayuntamiento de Málaga al citado Informe de audiencia



del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 22 de octubre de 2009.

**Decimotercero. Ampliación del plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento.**

Con fecha 21 de enero de 2010, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acordó la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento por un periodo de 2 meses, siéndole notificado dicho acuerdo al Ayuntamiento de Málaga el pasado 26 de febrero de 2010.

## **II HECHO PROBADO**

De la documentación obrante en el expediente y de las pruebas practicadas ha quedado probado, a los efectos del procedimiento de referencia, el siguiente hecho:

**ÚNICO.- Que el Ayuntamiento de Málaga ha iniciado 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) y la prestación del servicio de comunicaciones de “Proveedor de acceso a Internet”, 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:

De la documentación obrante en el expediente así como de la práctica de la prueba documental, aportada por la parte interesada, queda acreditado que el Ayuntamiento de Málaga está explotando una red pública de comunicaciones electrónicas con tecnología WIFI, denominada BIZNAGA, y que está prestando el servicio de comunicaciones electrónicas de “Proveedor de acceso a Internet” a los ciudadanos.

1.- Red pública de comunicaciones electrónicas BIZNAGA.

En el marco del expediente de información previa, y en el *“Informe acreditativo de la relación de edificios municipales en los que se han instalado los puntos de acceso de la red WIFI BIZNAGA y el uso vinculado a los fines públicos municipales que en los mismos se puede hacer de la citada red”*, aportado por la parte interesada como prueba documental, el Ayuntamiento de Málaga enumeró los cuarenta edificios municipales que tienen instalados puntos de acceso de la red BIZNAGA.

De hecho, de los actos de instrucción realizados en el seno del presente procedimiento sancionador se ha podido constatar que, con fecha 3 de diciembre de 2007, el citado Ente Local había iniciado la creación o instalación de la red BIZNAGA, tal y como, el Primer Teniente Alcalde afirmó en la Sesión Extraordinaria celebrada por el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Málaga de día 3 de diciembre de 2007.

Así, ha quedado probado que la red BIZNAGA se encuentra instalada en la Casa Consistorial (en las dependencias de Alcaldía, Salón de Plenos, Salón de Espejos, Salas Institucionales, Salas de Prensa, Hall principal, Área de Economía, Área de Organización y



Personal y Secretaría General); Hospital Noble (Áreas de Comercio, Vía Pública, Mercados y Medio Ambiente); Palacio de Deportes José María Martín Carpena; Fundación Deportiva/Polideportivo de la Trinidad; Centro Municipal de Formación y Protección Civil; Centro Municipal de Emergencias; Centro Municipal de Informática; Centro de Arte Contemporáneo (Colección Permanente, Departamento pedagógico, Actividades culturales, Librería especializada); Junta Municipal de Distrito Centro+Laboratorio; Junta Municipal de Distrito 2 Este; Junta Municipal de Distrito 3 Ciudad Jardín+Biblioteca; Junta Municipal de Distrito 5 Palma-Palmilla+Biblioteca; Junta Municipal de Distrito 6 Cruz de Humilladero+Centro de Servicios Sociales+Más Cerca; Junta Municipal de Distrito 7 Carretera de Cádiz; Junta Municipal de Distrito 8 Churriana+Biblioteca; Junta Municipal de Distrito 9 Campanillas+Biblioteca; Junta Municipal de Distrito 10 Puerto de la Torre; Museo del Patrimonio Municipal; Teatro Cervantes; Patronato Botánico Municipal “Ciudad de Málaga”; Fundación Pablo Ruiz Picasso; Área de Bienestar Social; Fundación Deportiva-Pabellón de Ciudad Jardín; Gerencia Municipal de Urbanismo calle Palestina; Gerencia Municipal de Urbanismo Oficina del Plan General; Organismo de Gestión Tributaria (GESTRISAM) Tabacalera; Área de Juventud; Turismo-Estación de Autobuses; Turismo de la Plaza de la Marina; Observatorio del Medio Ambiente Urbano (OMAU); ProMálaga y Sociedad Municipal de Aparcamientos, Empresa Municipal de Transportes (EMT); Centro de Mayores Este; Centro de Servicios Sociales Ciudad Jardín; Centro de Servicios Sociales Nueva Málaga; Biblioteca Pública Municipal Salvador Rueda; Biblioteca Pública Municipal Cristóbal Cuevas e; Instituto Municipal para la Formación y Empleo (IMFE).

Es más, el Ayuntamiento de Málaga ha manifestado que prevé ampliar hasta ciento veinte (120) dependencias municipales la red BIZNAGA de su titularidad.

## 2.- Servicio de comunicaciones electrónicas de “Proveedor de acceso a Internet”.

Igualmente, el Ayuntamiento de Málaga afirma que la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de “Proveedor de acceso a Internet”, sobre la red BIZNAGA, se inició con fecha 6 de agosto de 2008.

Y añade que dicho servicio se presta a los ciudadanos que son usuarios de los servicios municipales, en el interior de los edificios municipales, previa presentación del D.N.I., dentro de un horario restringido de 8:00 a 20:00, pudiendo realizar tanto una navegación web libre (excepto el acceso a páginas web de contenido imposible: sexo, violencia, etc.) como tramitar 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.

Asimismo, de la práctica de la prueba documental número 4, relativa al *“Informe técnico que acredita las estadísticas de acceso a la Red Wifi Municipal”*, ha quedado acreditado que el número de usuarios que han solicitado acceso a la red, desde la fecha de inicio de la prestación del servicio, esto es, el día 6 de agosto de 2008 hasta finales del mes de abril de 2009, es de 592.



3.- Consulta en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, dependiente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

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 ni 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) ni como persona autorizada para la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de “Proveedor de Acceso a Internet”.

4.- Conclusión.

En definitiva, y a los efectos del objeto del presente procedimiento sancionador, ha quedado probado que el Ayuntamiento de Málaga inició, aproximadamente, a finales del año 2007, la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas basada en la utilización del dominio público radioeléctrico mediante frecuencias de uso común (RLAN-WIFI) y que, el día 6 de agosto de 2008, inició 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.

### III FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

##### **1.1 Habilitación competencial.**

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 cualquier 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 I) 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.”*

De acuerdo con el citado 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. Esto es, 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.

## **1.2 Contestación a las alegaciones sobre posibles irregularidades procedimentales.**

A lo largo de la tramitación del procedimiento sancionador, el Ayuntamiento de Málaga ha realizado alegaciones relativas a varias cuestiones procedimentales. Éstas, contrariamente a lo señalado por el Ayuntamiento de Málaga, no suponen vicio de nulidad absoluta alguno.

En concreto, el citado Ente Local ha afirmado:

- En su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador, **que “desconoce el órgano” que acordó el inicio del periodo de información previa.**

De conformidad con lo dispuesto en 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”), el órgano competente (en nuestro caso, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones) puede abrir un periodo de información previa con la finalidad de conocer con mayor detalle las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el citado procedimiento sancionador. En idénticos términos viene recogido en el artículo 12 Reglamento del Procedimiento Sancionador, si bien, en la citada norma reglamentaria, la información previa se denomina actuaciones previas.

Tal como se indica en la Resolución de 12 de febrero de 2009, la realización de las correspondientes informaciones previas obedece a razones elementales de prudencia que hacen aconsejable evitar que, en casos como por ejemplo, el procedimiento sancionador, la precipitación en acordar la apertura de un procedimiento que, por falta absoluta de base, no debió nunca iniciarse, origine alarma social y consecuencias de difícil reparación para los eventuales imputados. Esta posibilidad resulta de tremenda utilidad para la Administración puesto que le permite reflexionar previamente y conocer los elementos que en su caso habrá de tener en cuenta posteriormente y, en base a ellos, decidir sobre la iniciación de un procedimiento administrativo.

En este sentido, reiterada jurisprudencia ha señalado (entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1985 y de 26 de mayo de 1987, respectivamente), que el periodo de información previa o actuaciones previas no forma parte del procedimiento sancionador ya que no es propiamente un expediente o procedimiento administrativo sino un antecedente del mismo, que puede iniciarse tanto de oficio como a instancia de parte



interesada, configurándose como un mecanismo de investigación, comprobación o averiguación limitado a verificar si concurren o no las circunstancias que determinan la incoación del procedimiento sancionador y que puede concluir con su archivo sin más trámites o con la iniciación del procedimiento sancionador.

Recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2009 ha señalado lo siguiente:

*“(...) el artículo 12 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto ( RCL 1993, 2402), por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, habilita a la Administración a realizar actuaciones previas con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionador, con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen tal apertura, que se orientarán a precisar los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, identificar las personas que pudieran resultar responsables y concretar aquellas circunstancias relevantes que concurren, sin que, en consecuencia, quepa prescindir de dicho trámite en este supuesto, en que la incoación de los expedientes sancionadores se produjo a causa de las denuncias formuladas (...)”.*

A tenor de lo anterior, las informaciones previas se configuran como un **procedimiento accesorio y previo** al procedimiento administrativo principal, de manera que sin perjuicio de que se les pueda dotar de una unidad formal, no pueden configurarse como un procedimiento independiente en sí mismo ya que en todo caso, su finalidad es la determinación de la conveniencia o no de abrir el correspondiente procedimiento administrativo.

En el seno de esta Comisión, el inicio del ejercicio de dicha función ha sido delegado en el Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en virtud de la Resolución de 8 de mayo de 2008, del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se aprueba la delegación de determinadas competencias en el seno de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Por este motivo, 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 del citado periodo de información previa cuya finalidad era 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 6.2 de la LGTel.

En consecuencia, como el propio escrito indica, el órgano que acordó el inicio del periodo de información previa es el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a través del Secretario del citado Consejo, por delegación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13.4 de la LRJPAC.

- En su escrito de alegaciones tanto al acuerdo de inicio y a la propuesta de resolución de la Instructora, el Ayuntamiento de Málaga sostiene que **“no existe una resolución expresa” de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que ponga fin al**



**citado periodo de información previa** por lo que ni ha podido realizar alegaciones ni durante el periodo de información previa ni contra la resolución que pone fin al mismo.

La Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 12 de febrero de 2009, tal y como indica su título, por un lado, pone fin al periodo de información previa y, por otro lado, acuerda la incoación del procedimiento sancionador contra el Ayuntamiento de Málaga ante la existencia de indicios suficientes que acreditan que la citada Corporación Local está realizando actividades de comunicaciones electrónicas, 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.

Mediante un mismo acto administrativo expreso se acuerda poner fin al periodo de información previa e incoar el presente procedimiento sancionador. La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1998 (RJ 19984624) relativa a la recurribilidad del citado acto administrativo establece:

*“No puede, por consiguiente, constituir un dato relevante para admitir la recurribilidad del acto el hecho de que pusiera fin a las diligencias informativas. Éstas, aun teniendo una unidad formal, constituyen en su conjunto un procedimiento accesorio, de carácter preliminar o preparatorio, respecto del procedimiento disciplinario, ya que su finalidad es depurar de manera previa, mediante las averiguaciones indispensables, si concurren indicios suficientes para la iniciación de éste, pero no decidir sobre la existencia o no de responsabilidad disciplinaria, de tal suerte que el acto que pone fin a dichas diligencias sólo tiene carácter definitivo, haciendo imposible la continuación del procedimiento, cuando acuerda el sobreseimiento, pero no cuando resuelve iniciar el procedimiento disciplinario”.*

Por tanto, la Resolución de 12 de febrero de 2009 es un acto administrativo que tiene naturaleza de trámite que no reúne siquiera los requisitos de acto de trámite cualificado contemplados en el artículo 107.1 de la LRJPAC por lo que no admite recurso en vía administrativa ni ante la jurisdicción contencioso-administrativo. Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo y 9 de octubre de 1999, respectivamente (RJ 1999, 3946 y 8666), han señalado que *“se trata de un acto de trámite en el que se fijan los hechos que pueden ser alterados posteriormente a lo largo del procedimiento”*.

- En su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución de la Instructora, el Ayuntamiento de Málaga señala que **ha visto mermado su derecho de defensa al no poder recurrir la Resolución de 12 de febrero de 2009**.

El derecho a la defensa o ser oído es una garantía procesal reconocida en el artículo 24 de la Constitución Española plenamente aplicable, sin ninguna duda, al procedimiento administrativo sancionador aunque con las matizaciones realizadas por el Tribunal Constitucional.

Según consta en los Antecedentes de Hecho de la presente resolución, el Ayuntamiento de Málaga ha realizado las alegaciones que ha convenido a su defensa tanto al acuerdo de inicio como a la propuesta de resolución de la Instructora del presente procedimiento



sancionador y ha propuesto las pruebas que ha estimado pertinentes las cuales han sido aceptadas en su totalidad, por lo que no se ha causado indefensión a la citada Corporación Local. Es más, la resolución sancionadora por la que se pone fin al presente procedimiento sancionador puede ser recurrida tanto en vía administrativa mediante la interposición del correspondiente recurso de reposición como en vía jurisdiccional (contencioso-administrativo) ante la Audiencia Nacional. Lo anterior está en consonancia con lo manifestado por el Tribunal Constitucional, entre otras, en su reciente Sentencia núm. 32/2009, de 9 de febrero (RTC 2009,32) en la que señala:

*“El ejercicio del **derecho** de defensa en el seno de un procedimiento **administrativo sancionador** presupone que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues sólo así podrá disponer de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa, previa a la toma de decisión; y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en el que el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes, así como de alegar lo que a su **derecho** convenga”.*

- En su escrito de alegaciones al Informe de Audiencia del Consejo, el Ayuntamiento de Málaga señala que la propuesta de resolución de la Instructora adolece de un vicio de nulidad absoluta (ha sido dictada por el órgano manifiestamente incompetente) ya que *“no aparece firmada por la instructora del procedimiento sino por alguien (no sabemos quién) que firma bajo la expresión P.A.”.*

Las siglas “P.A.” significan “por ausencia”, en los términos establecidos en el artículo 17 de la LRJPAC, titulado bajo la rúbrica de “Suplencia”. Dicho artículo establece que *“los titulares de los órganos administrativos podrán ser suplidos temporalmente en los supuestos de vacante, ausencia o enfermedad por quien designe el órgano competente para el nombramiento de aquéllos. Si no se designa suplente, la competencia del órgano administrativo se ejercerá por quien designe el órgano inmediato de quien dependa. La suplencia no implicará alteración de la competencia”.*

Esta figura jurídica no debe confundirse con ninguno de los supuestos de delegación de competencias ni de delegación de firma. Las competencias permanecen en el órgano y es el mismo órgano el que continúa actuando. Se trata simplemente de permitir la actuación de ese órgano evitando su paralización en aquellos casos en los que el titular falte o se halle imposibilitado de actuar. Así pues, la finalidad última de esta figura jurídica es que no se produzca la paralización del órgano.

Por este motivo, la propuesta de resolución de la Instructora firmada “por ausencia” del órgano instructor no adolece de ningún vicio de nulidad absoluta, como sostiene el Ayuntamiento de Málaga, en base al artículo 61.1 letra b) de la PRJPAC por cuanto no ha sido dictada por el órgano manifiestamente incompetente ni por razón de la materia ni del territorio.

- Por último, en su escrito de alegaciones al Informe de Audiencia del Consejo, el Ayuntamiento de Málaga sostiene que se ha producido un quebrantamiento del principio de



separación entre la fase instructora y la resolutoria del procedimiento sancionador al haber dictado un nuevo Informe de audiencia y no la resolución sancionadora definitiva.

El principio de separación orgánica entre la fase instructora y la fase resolutoria, regulado en el artículo 134.2 de la LRJPAC y en el artículo 10.1 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, consiste en garantizar el derecho fundamental a no ser juzgado por quien ha sido previamente instructor de la causa.

Cuestión distinta es el grado de vinculación existente entre el órgano instructor y el órgano resolutorio. Este último (el Consejo) está vinculado por los hechos probados en la fase de instrucción pero no lo está respecto de la calificación jurídica realizada por el instructor ni tampoco en cuanto a la sanción a imponer.

Ello implica que el Consejo puede (i) realizar una calificación jurídica distinta de los hechos probados a la realizada por el instructor y (ii) elegir, dentro de los límites previstos en la Ley, la sanción a imponer, que con arreglo a las circunstancias concurrentes, considere más congruente y adecuada a la naturaleza de los hechos probados. La alteración de la sanción puede realizarse tanto a la alza (aumento) como a la baja (reducción), sin necesidad de dar trámite de audiencia al interesado ya que ello no supone una merma del derecho de defensa.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de mayo de 2002 (RTC 2002,117), dictada en recurso de amparo, consideró que no había existido vulneración del derecho a ser informado de la acusación por haber elevado el órgano sancionador la cuantía de la multa inicialmente propuesta ya que *“la diferencia en el quantum sancionador no fue el resultado de una distinta calificación jurídica del hecho sino de la aplicación de los criterios de individualización de la sanción recogidos en el artículo 33.1 de la Ley de Carreteras criterios que en el procedimiento administrativo corresponde concretar al órgano decisorio”*.

Asimismo, según reiterado criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo (SSTS 25 de febrero de 1981 [RJ 1981\1154], 7 de abril de 1982 [RJ 1982\2392] y 15 de diciembre de 1987 [RJ 1987\9503]) *“no existe la vinculación del órgano administrativo decisor a la propuesta del instructor en los términos en que sostiene la actora, sino que los límites que debe respetar la resolución final del expediente son los hechos y la homogeneidad de la calificación de la infracción efectuada sobre la que se ha tenido oportunidad de defensa, pudiendo, por el contrario, adecuar la cuantía de la sanción dentro de los márgenes que permite la norma. Y esto es, precisamente, lo que inicialmente se observa en la resolución del Consejo de Ministros que se revisa, en la que se acogen los presupuestos fácticos y jurídicos que sustentan la instrucción alterándose la cuantía de la sanción pecuniaria propuesta dentro de las previsiones normativas establecidas para la infracción de que se trata”*.

En el presente supuesto, el Consejo, vinculado por los hechos probados en la fase de instrucción, coincide con la calificación jurídica realizada por la instructora, pero no, con la cuantía de la sanción a imponer. Por este motivo, considera más apropiado adecuar la sanción a imponer a la naturaleza de los hechos probados y por tanto, aumentarla.

Como se ha indicado, el aumento de la sanción constituye una facultad que tiene el Consejo de individualizar la sanción a imponer y no requiere dar trámite de audiencia al interesado. Sin embargo, el Consejo ha preferido dar traslado del trámite de audiencia al Ayuntamiento



de Málaga, en lugar de dictar directamente la resolución sancionadora, para que pudiera realizar las alegaciones que a su derecho convinieran.

En definitiva y como consecuencia de todo lo anterior, la tramitación tanto del periodo de información previa o actuaciones previas como del presente procedimiento sancionador ha sido ajustada a Derecho, debiendo desestimarse las alegaciones realizadas por el Ayuntamiento de Málaga en relación con las citadas cuestiones procedimentales.

## **2 Tipificación de los hechos probados.**

### **2.1 Planteamiento de la cuestión: necesidad de inscripción salvo que se trate de autoprestación**

El objeto del presente procedimiento sancionador es determinar si el Ayuntamiento de Málaga está explotando una red pública de comunicaciones electrónicas basada en el uso del espectro radioeléctrico mediante frecuencias de uso común (RLAN-WIFI) y prestando el servicio de comunicaciones electrónicas de “Proveedor de acceso general a Internet” a terceros (en cuyo caso sería preceptiva la previa inscripción en el registro de operadores) o por el contrario lo está haciendo en régimen de autoprestación, en cuyo caso no sería preceptiva dicha inscripción, y no se habría cometido infracción alguna.

En efecto, según el artículo 6.2 LGTel

*“Los interesados en la explotación de una determinada red o en la prestación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas deberán, con anterioridad al inicio de la actividad, notificarlo fehacientemente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en los términos que se determinen mediante real decreto, sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que pretendan realizar. Quedan exentos de esta obligación quienes exploten redes y se presten servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación”*

Completando lo anterior, el artículo 7 de la LGTel señala que en el Registro de Operadores deben inscribirse los datos relativos a las personas físicas o jurídicas que hayan notificado su intención de explotar redes o prestar SCE, las condiciones para desarrollar su actividad y sus modificaciones.

Esta obligación es aplicable a todos los operadores de comunicaciones electrónicas, y también por tanto a las Administraciones Públicas que presten este tipo de servicios. Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.4 de la LGTel, las Administraciones Públicas pueden explotar redes y/o prestar servicios de comunicaciones electrónicas como un operador más, pero ajustándose en tal caso al régimen general aplicable a los operadores privados (dentro del cual se incluye, como decimos, la obligación de inscripción). De hecho, como posteriormente desarrollaremos, las Administraciones Públicas, cuando prestan estos servicios, deben cumplir con una serie de obligaciones adicionales.



## 2.2 Importancia de la inscripción en el Registro de Operadores.

La inscripción en el Registro de Operadores no es un mero formalismo o traba administrativa para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Antes bien, la exigibilidad de realizar la notificación fehaciente constituye un instrumento para controlar el acceso al mercado, fiscalizar el desarrollo de actividades en dicho mercado y para que esta Comisión pueda ejercer sus funciones. Así, el artículo 48.3.l) de la LGTel establece que en el Registro se inscribirán todos aquellos operadores cuya actividad requiera la notificación a que se refiere el artículo 6 y que se exigen los datos registrales *“necesarios para que la Comisión [CMT] pueda ejercer las funciones que tiene atribuidas”*.

El Registro permite a esta Comisión recabar y disponer de información acerca del número de empresas que operan en los distintos sectores y con qué extensión lo hacen. Asimismo, el registro da fe pública y certeza jurídica de qué agentes económicos ostentan la condición de operadores, de las actividades que realizan y del ámbito de cobertura de su prestación, de tal manera que terceros operadores o usuarios puedan tener conocimiento de ello en aras a la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel.

Además de lo anterior, la inscripción en el Registro de Operadores conlleva que el operador sea titular de unos derechos y por lo que aquí importa unas obligaciones que son anejas a dicha condición de operador. Así, los operadores, por el mero hecho de serlo, tienen que cumplir determinadas obligaciones que afectan al interés general, como por ejemplo: (i) garantizar la protección de los datos personales y la intimidad de las personas, (ii) garantizar el derecho de los consumidores y los usuarios finales, (iii) garantizar la interoperabilidad de los servicios, (iv) garantizar las obligaciones de calidad de servicio, (v) garantizar el secreto de las comunicaciones, (vi) mantener el secreto de las comunicaciones e interceptar las comunicaciones electrónicas en los supuestos legales, (vii) pagar las tasas de operadores. Y sólo si aparecen inscritos en el Registro de Operadores puede vigilarse dicho cumplimiento.

## 2.3 Importancia adicional cuando se trata de Administraciones Públicas.

Las Administraciones Públicas que prestan servicios de comunicaciones electrónicas, están sujetas a una serie de obligaciones adicionales, previstas en el artículo 8.4 de la LGTel, que implican que deban actuar con separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación, pudiendo, esta Comisión, imponerles condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia.

La aplicación de tales principios a las Administraciones Públicas viene determinada porque realizan una actividad privada de interés general en el marco de una economía de mercado, lo que conlleva que su financiación deba realizarse por medio de los rendimientos de la explotación de la actividad (no pudiendo neutralizarse las pérdidas con transferencias de fondos públicos) así como que en su ejercicio actúen desprovistas del conjunto de potestades y prerrogativas administrativas de las que gozan en el ejercicio de las funciones públicas que legalmente le han sido atribuidas.

Esa voluntad de impedir distorsiones en el mercado, se recoge de manera mucho más nítida en el artículo 4.1.3 del Reglamento sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, probado



por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, (en adelante, Reglamento de Prestación de Servicios) que, en desarrollo del citado artículo 8 de la ley, señala que:

*“La prestación transitoria por las entidades locales a sus ciudadanos de servicios de comunicaciones electrónicas de interés general sin contraprestación económica precisará su comunicación previa a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Cuando ésta detecte que dicha prestación afecta al mercado, en función de la importancia de los servicios prestados, de la existencia en ese ámbito territorial de condiciones de mercado que permitan el acceso a dichos servicios o de la distorsión de la libre competencia, podrá imponer condiciones específicas a dichas entidades en la prestación de los servicios conforme al párrafo anterior”.*

Por tanto, además de la importancia que tiene la inscripción para cualquier operador, tratándose de una Administración Pública, la misma se acentúa, en tanto que junto con el cumplimiento de las obligaciones generales, la CMT debe verificar si se están aplicando aquellos principios, cobrando ello singularísima importancia si la Administración Pública prestadora pretende prestar los servicios de forma gratuita, pues la CMT habrá de analizar detenidamente cómo afecta ello al mercado y, por tanto, bajo qué condiciones (además del carácter transitorio que exige el reglamento), se debe permitir. Y para realizar dicha labor, es imprescindible que se produzca la inscripción.

## **2.4 Concepto de autoprestación.**

Centrada así la cuestión, se advierte ya de inicio que la consideración de que un determinado servicio no es propiamente un servicio de comunicaciones electrónicas sino autoprestación (y que el prestador no es por tanto operador) debe hacerse con cautela.

Como se señala en el Informe de audiencia del Consejo, con carácter general el concepto tradicional de autoprestación supone la prestación de servicios por una entidad o Administración a sí misma o a sus empleados y que, por tanto, no se ofrece a terceros.

A pesar de la no existencia de un concepto legal de autoprestación (ni la vigente LGTel ni la derogada LGTel de 1998 lo han definido), existen algunos pronunciamientos judiciales sobre el mismo.

A título de ejemplo, resulta de interés lo manifestado en el Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de 16 de julio de 2004<sup>3</sup> cuando señala:

*“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*

---

<sup>3</sup> 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.



*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).*

Ante la dificultad de la delimitación, especialmente en el caso de las Administraciones Públicas, esta Comisión estableció su doctrina en la Resolución de 18 de septiembre de 2008, por la que se aprueba el “Informe en relación con el régimen jurídico aplicable a la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas” (RO 2008/1350). Esta Doctrina que ha sido desarrollada con posterioridad por varias resoluciones<sup>4</sup> supone básicamente que los requisitos que deben concurrir simultáneamente para determinar que el servicio de comunicaciones electrónicas de “Proveedor de Acceso a Internet” que ofrece la Administración Pública a los ciudadanos se presta en régimen de autoprestación, son los siguientes:

- Que se preste en el interior de los edificios o dependencias municipales lo que, inevitablemente, incluye sus inmediaciones ya que la cobertura de acceso inalámbrico no puede restringirse únicamente al interior del edificio<sup>5</sup> y;
- Que tenga por finalidad satisfacer las necesidades propias del servicio municipal, esto es, que la prestación del servicio de acceso a Internet sea necesaria para la efectiva prestación del concreto servicio público que se ofrece a los ciudadanos en esas dependencias o, en todo caso, complementaria del mismo.=

## **2.5 El carácter de servicio de comunicaciones electrónicas disponible al público del prestado sobre la Red Biznaga de Málaga.**

En aplicación de tales principios, esta Comisión ya señaló al Ayuntamiento de Málaga en la Resolución de 23 de julio de 2008 por la que contestaba a la consulta formulada por el citado Ente Local al respecto, que:

*“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*

---

<sup>4</sup> Resolución de 9 de marzo de 2009 por la que se da contestación a la consulta planteada por el Institut Municipal d'Informàtica (Ayuntamiento de Barcelona) sobre si la prestación del servicios de comunicaciones electrónicas de acceso a Internet en determinados centros puede considerarse incluida en el régimen de autoprestación (RO 2009/193), Resolución de 29 de octubre de 2009 por la que se da contestación a la consulta planteada por Cablerunner Ibérica, S.L. sobre la adecuación de las condiciones y requisitos que impone el Excmo. Ayuntamiento de Benidorm para el despliegue y explotación de una red de fibra óptica.

<sup>5</sup> 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.



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

En el mismo sentido, el acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador aprobado mediante Resolución de 12 de febrero de 2009, estableció que:

*“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 cívicos 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 ofrecido por el Ayuntamiento de Málaga en el ámbito de sus competencias municipales.*

*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 municipales.”*

A pesar de lo anterior, el Ayuntamiento de Málaga insiste en afirmar, en su escrito de alegaciones al Informe de audiencia, que la explotación de la red de titularidad municipal BIZNAGA y la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de “Proveedor de acceso a Internet” se realiza en régimen de autoprestación ya que cumple con todos los requisitos exigidos por esta Comisión para tal calificación *“pues todos los puntos de acceso a la Red Wifi BIZNAGA están ubicados en inmuebles que albergan servicios de titularidad municipal; de carácter público y que no constituyen zona abierta; y en todos los casos el acceso a Internet tiene carácter limitado, instrumental y gratuito”*.

Frente a esto, siguiendo con la línea doctrinal de esta Comisión expresamente comunicada al Ayuntamiento de Málaga en dos ocasiones, de lo anteriormente expuesto resulta evidente



que el servicio de comunicaciones electrónicas de “Proveedor de acceso a Internet” se presta en régimen de autoprestación únicamente en bibliotecas, centros culturales, salas de encuentro o polivalentes, situadas en centros cívicos, en la medida en que se desarrollen en las mismas actividades culturales y educativas, competencia de las Administraciones locales, para las que el servicio de acceso a Internet sea un servicio complementario.

Fuera de estas ubicaciones, la prestación del servicio de acceso general a Internet en centros administrativos (como por ejemplo, la Casa Consistorial Hospital Noble, Centro Municipal de Informática), museos (como por ejemplo, la Fundación Pablo Ruiz Picasso y Museo del Patrimonio Municipal y el Centro de Arte Contemporáneo), instalaciones deportivas (como por ejemplo, el Palacio de Deportes José María Martín Carpena, la Fundación Deportiva), zonas abiertas (como por ejemplo, ProMálaga y Sociedad Municipal de Aparcamientos), teatros (como por ejemplo, el Teatro Cervantes) y centros de atención al ciudadano (como por ejemplo, las Juntas Municipales del Distrito) se considera que no es necesaria y/o complementaria para satisfacer las necesidades de los servicios municipales prestados en tales dependencias municipales.

De la práctica de la prueba documental no ha quedado acreditado que la prestación del servicio de acceso a Internet en determinadas dependencias municipales cumpla con los requisitos exigidos por esta Comisión para que dicha prestación se pueda encuadrar dentro del concepto de autoprestación. Así, no se considera necesaria o complementaria de concretos servicios públicos la prestación del servicio de acceso a Internet que se ofrece a los periodistas acreditados en el Festival de Cine de Málaga ni el que se presta a los ciudadanos que acuden al Teatro Cervantes a disfrutar de una actividad cultural. Tampoco aparece esa vinculación, esencial o complementaria en el caso de las instalaciones deportivas, museos, centros de atención al ciudadano, zonas abiertas y centros administrativos.

Por consiguiente, la red BIZNAGA de titularidad municipal debe ser calificada como una red pública de comunicaciones electrónicas puesto que el servicio de comunicaciones electrónicas de proveedor de acceso a Internet que sobre ella se presta está disponible al público en general. Dichas actividades son objeto de inscripción en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas cuya llevanza corresponde a esta Comisión.

## **2.6 Conclusión: infracción del artículo 53 t) de la LGTel.**

En definitiva y como consecuencia de lo anterior, 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 el Ayuntamiento de Málaga ha iniciado la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas con tecnología WIFI así como la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de “Proveedor de acceso a Internet”, sin haber presentado ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel vigente. De esta manera, existe tipicidad en las actuaciones de dichos Ayuntamientos de conformidad con lo establecido en el artículo 129 de la LRJPAC.



### 3 Culpabilidad del Ayuntamiento de Málaga 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, aún a título de simple inobservancia, 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 2000<sup>6</sup> 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 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).

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 (STS de 22 de noviembre de 2004 –RJ 2005\20) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción.

<sup>6</sup> 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.



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 mera negligencia consistente en haber omitido el deber de realizar la notificación fehaciente, con carácter previo, al inicio de la actividad, al amparo del artículo 6.2 de la LGTel.

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 el presente supuesto, esta Comisión entiende que la conducta del Ayuntamiento de Málaga sólo puede ser calificada de dolosa. Así, tal y como consta en el antecedente primero, en la Resolución de 23 de julio de 2008, esta Comisión, en contestación a una consulta formulada por el Ayuntamiento de Málaga ya señaló con nitidez en qué supuestos de los propuestos por el Ayuntamiento podía hablarse de autoprestación. Posteriormente, con fecha 18 de septiembre esta Comisión en la resolución anteriormente citada, estableció con carácter genérico su doctrina al respecto. Y por último, en la notificación del acuerdo de inicio del procedimiento sancionador de fecha 12 de febrero de 2009 volvió a reiterar su posición. Frente a esto, el Ayuntamiento de Málaga ni se inscribió ni se ha inscrito a día de hoy, incumpliendo por tanto de modo consciente y voluntario, lo establecido en el artículo 6.2 de la LGTel.

Por tanto, la conducta culpable del Ayuntamiento de Málaga debe ser calificada como de dolosa ya que en su actuación concurren los dos componentes exigibles al dolo: el intelectual y el volitivo. Concurre el elemento intelectual porque dicho Ente Local es consciente de que está cometiendo una infracción administrativa a pesar de las recomendaciones facilitadas por esta Comisión, y el elemento volitivo porque sigue manteniendo la actividad infractora al no haber notificado, a fecha de dictarse la presente resolución, las actividades de comunicaciones electrónicas que está realizando.

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 del Hecho Probado Único.

Como consecuencia de todo lo anterior y a la luz de los actos de instrucción realizados, del Hecho Probado Único así como del examen de la concurrencia del principio de culpabilidad ha quedado acreditado que el Ayuntamiento de Málaga ha actuado dolosamente al entender que tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción así como de su significado antijurídico.

#### **4 Circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.**

##### **4.1 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 para el Ayuntamiento de Málaga.

##### **4.2 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 administrativa del Ayuntamiento de Málaga.

###### **4.2.1 La naturaleza de los perjuicios causados.**

Como se ha desarrollado anteriormente, la actuación de las Administraciones Públicas en el ámbito de las comunicaciones electrónicas está sometida al mismo ámbito normativo que cualquier otro sujeto y por tanto, a las mismas obligaciones. De hecho, como anteriormente se razonaba, la obligación de inscripción es especialmente intensa en el caso de las Administraciones Públicas.

Sin embargo, teniendo en cuenta la aparente escasa utilización que está teniendo el servicio (algo más de 500 usuarios según los datos aportados por el Ayuntamiento), no puede hablarse de importantes perjuicios concretos, por lo que cabe aplicar esta atenuante.

###### **4.2.2 Inexistencia de infracciones cometidas por el sujeto infractor con anterioridad.**

Este es el primer procedimiento sancionador que se inicia contra el Ayuntamiento de Málaga por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por lo que, se estima pertinente la concurrencia de la atenuante analizada, esto es, la inexistencia de la comisión de otras infracciones cuya sanción corresponde a la citada Comisión.



### **4.2.3 La ausencia de beneficio para el infractor por los hechos objeto de infracción.**

La realización de actividades de comunicaciones electrónicas por parte del Ayuntamiento de Málaga no tiene una finalidad comercial por lo que no ha obtenido un beneficio directo o rendimiento económico por la comisión de la infracción. Únicamente pretendía fomentar y promover el uso por parte de los ciudadanos de las tecnologías de la información y de la Administración electrónica. De esta manera, cabe apreciar la concurrencia de la presente atenuante, esto es, la ausencia de beneficio para el infractor.

## **5 Sanción aplicable a la infracción.**

### **5.1 Límite legal de la sanción.**

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 la sanción que puede ser impuesta al Ayuntamiento de Málaga 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 ya 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.

### **5.2 Límite en este caso concreto.**

Como señalábamos en el punto anterior, concurren en este caso tres atenuantes lo cual, a juicio de esta CMT determina que la sanción deba imponerse en el cuarto inferior de la cuantía posible, esto es, entre 0 y 500.000 euros.

Partiendo de lo anterior, la sanción que se imponga al Ayuntamiento infractor deberá atender necesariamente al principio de proporcionalidad. Así, “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).

### 5.3 Deteminación de la sanción: datos y circunstancias concurrentes.

Procede por tanto, además de la ya señalada fijación de atenuantes, ponderar las circunstancias concurrentes en el expediente a la hora de concretar la sanción a determinar. Estas circunstancias, que sin llegar a ser agravantes sí que califican la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta son el (i) persistente y deliberado desconocimiento por parte del Ayuntamiento de Málaga de las decisiones de esta CMT, (ii) la competencia existente en la ciudad de Málaga, unido a las dimensiones de la red y de la ciudad y, (iv) el hecho de que los servicios se presten de modo gratuito.

Como primera circunstancia, debe tenerse en cuenta la manifiesta reluctancia de Málaga a cumplir con sus obligaciones legales, desconociendo con ello tanto la doctrina general de la CMT, como lo que es más importante, las resoluciones en las que, de modo particularizado para su proyecto, así se le indicaba (la que contestó la consulta, en julio de 2008 y la que puso fina a la información previa, de febrero de 2009).

Así, aunque lo que se está sancionando en el presente expediente no es un incumplimiento de una resolución de la CMT, resulta claro que la conducta infractora consistente en no realizar la notificación fehaciente, se ve calificada por el hecho de llevarse a cabo desconociendo dos resoluciones expresas de la CMT. Así, debe recordarse que resulta de especial relevancia el cumplimiento estricto de las resoluciones dictadas por esta Comisión.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de diciembre de 2006 ha señalado que:

*“La justificación dada por la Sentencia respecto a la adecuación de la sanción a la gravedad de la infracción, asumiendo en términos generales los razonamientos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, es razonable y esta Sala la comparte. Además de dichos argumentos expuestos por la Sala de instancia, deben tenerse en cuenta dos factores de relevancia. Por un lado, **la importancia del fiel y puntual cumplimiento de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para el buen funcionamiento del sector de las telecomunicaciones, sometido como ya se ha indicado antes a una situación de extraordinaria movilidad, lo que otorga una especial gravedad a la deliberada inejecución u obstaculización de dichas resoluciones;** sin perjuicio, claro está, de la legítima actividad impugnadora de los sujetos afectados.”*

Igualmente, la Sentencia del citado Alto Tribunal de fecha 29 de abril de 2008 ha señalado que:



*“1º.- La resolución impugnada señala que el incumplimiento de las decisiones de la CMT compromete gravemente su cometido y, con él, el propio desarrollo del mercado.*

*El cometido de la CMT y su «autoritas» están protegidos por el propio tipo aplicado en este caso, el artículo 79.15 de la LGT, que considera las conductas que incurren en tal ilícito como una falta muy grave, no resultando razonable que esa conducta, que constituye el núcleo de la infracción, sea a su vez utilizada como circunstancia agravante para individualizar la sanción.*

*(...) Es claro, por tanto, que el incumplimiento de las resoluciones de la CMT ha generado perjuicios graves a la competencia, alterando la transparencia del mercado y el funcionamiento en competencia de los distintos operadores, en definitiva del mercado”.*

Siendo grave en general este incumplimiento, más lo es tratándose de una Administración Pública. Así, procede, poner de manifiesto que la Constitución Española de 1978, en su artículo 103.1, garantiza el sometimiento de las Administraciones Públicas al principio de legalidad, tanto con respeto a las normas que rigen su propia organización, como al régimen jurídico, el procedimiento administrativo y el sistema de responsabilidad. En este mismo sentido, el artículo 3.1 de la LRJPAC establece que “las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. De ahí, la exigencia a la Administraciones Públicas de un plus de diligencia en sus actuaciones, que ha sido claramente desconocido por el Ayuntamiento de Málaga en este caso.

En segundo lugar, debe remarcarse que Málaga, siendo la quinta ciudad de España, con más de medio millón de habitantes, es una es uno de los mercados de mayor potencial para el desarrollo de la competencia como lo demuestra el hecho de que, en este momento existen varios prestadores de servicios de banda ancha, Así, los usuarios finales del municipio de Málaga disponen de una amplia oferta de servicios de acceso a Internet de banda ancha al existir operadores móviles 3G tales como Movistar, Vodafone y France Telecom, Telefónica de España, S.A que ofrece el servicio de acceso a Internet con tecnología xDSL junto con el resto de operadores alternativos en xDSL, y el operador de cable ONO. Ello, unido a la extensión de la red (40 puntos, susceptibles de ser ampliados a 120), determina que la iniciativa del Ayuntamiento de Málaga, lejos de contribuir a solventar un fallo de mercado, puede producir, de no realizarse en las condiciones adecuadas, una distorsión de las condiciones de esa competencia. Como ha quedado dicho, la falta de notificación del inicio de la actividad, y de su consiguiente inscripción en el Registro de operadores, impidió a esta Comisión evaluar la necesidad de establecer las condiciones que eviten ese efecto. Íntimamente ligado con las dos precedentes circunstancias, debe tenerse en cuenta que, según resulta de las manifestaciones del propio Ayuntamiento de Málaga, el mismo está prestando el servicio de manera gratuita. Siendo esto así, al no realizar la inscripción, tampoco ha cumplido con la comunicación previa a la que se refiere el artículo 4.1 del Reglamento de Prestación de Servicios y que permitiría, como señalábamos, que la



CMT estudiara bajo qué condiciones y por qué plazo podían prestarse gratuitamente los servicios.

De hecho, esta Comisión en la repetida Resolución de 23 de julio de 2008 informó al Ayuntamiento de Málaga de la obligación de realizar la citada comunicación previa en relación con la posible gratuidad del servicio de proveedor de acceso a Internet, la cual establece:

*“En consecuencia, la prestación del servicio de acceso a Internet por el Ayuntamiento de Málaga a cualquier ciudadano que lo solicite dentro de edificios municipales sólo podrá ser prestado de forma gratuita con carácter transitorio. Obviamente esta transitoriedad se refiere al período en que estará disponible el servicio con carácter general y no a la concreta utilización que cada ciudadano pueda hacer del mismo. Por tanto el mero hecho de que el servicio descrito se ofrezca por tiempo restringido no supone el cumplimiento del requisito de la transitoriedad.*

*Asimismo, el Ayuntamiento deberá comunicar previamente a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dicha circunstancia y la duración del periodo en el que lleve a cabo la prestación gratuita de esos servicios. En este supuesto, esta Comisión podría imponer condiciones específicas a dicha entidad para la prestación de estos servicios, de acuerdo con el artículo 8.4 de la LGTel, en función de la importancia de los servicios prestados, de la existencia en ese ámbito territorial de condiciones de mercado que permitan el acceso a dichos servicios o de la distorsión de la libre competencia”.*

El privar a la CMT de esta posibilidad es como decíamos, especialmente grave en una ciudad como Málaga que, como consecuencia de la competencia existente, constituye lo que en terminología de las recientes *“Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha”*<sup>7</sup> de la Comisión Europea sobre Ayudas Públicas sobre Banda Ancha se denomina, una zona negra, en las cuales no estarían justificadas las ayudas públicas, que es en el fondo lo que supone la prestación gratuita del servicio.

#### **5.4 Sanción a imponer.**

Como consecuencia de todo lo anterior, teniendo en cuenta las circunstancias expuestas, en aplicación del principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración esta Comisión considera que del Ayuntamiento de Málaga en la comisión de la conducta infractora, imponer al Ayuntamiento de Málaga una sanción económica de trescientos mil (300.000) euros.

#### **5.5 Pago de la Tasa General de Operadores.**

Por otro lado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56.2 de la LGTel, el Ayuntamiento de Málaga deberá proceder al pago de la tasa general de operadores que

---

<sup>7</sup> Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2009.



hubiera debido satisfacer en el supuesto de haber realizado la notificación a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel, con anterioridad al efectivo inicio de la explotación de la red pública BIZNAGA (3 de diciembre de 2007) y de la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de “Proveedor de acceso a Internet” (6 de agosto de 2008), respectivamente.

Por ello, deberá presentar ante esta Comisión las declaraciones de ingresos brutos de explotación pendientes de declarar correspondiente a los ejercicios 2007, 2008 y 2009 para el caso de la explotación de la red municipal BIZNAGA y a los ejercicios 2008 y 2009 para el supuesto de la prestación del servicio de “Proveedor de acceso a Internet”, al amparo de lo establecido en el artículo 24.3 del Reglamento de Tasas.

El Ayuntamiento de Málaga deberá efectuar la citada declaración en un plazo de quince -15- días hábiles contados desde el día siguiente al recibo de la presente resolución.

Todo ello sin perjuicio del pago de la Tasa general de operadores que se devengue a partir de la efectiva inscripción como operador en el citado Registro de Operadores y a la que deberá hacer frente el Ayuntamiento de Málaga puntualmente cada año.

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 al Ayuntamiento de Málaga 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 y la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de “Proveedor de acceso a Internet”.

**Segundo.-** Imponer al Ayuntamiento de Málaga una sanción económica por importe de trescientos mil (300.000) 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 la presente resolución. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido se procederá a su exacción por la vía de apremio.



**Tercero.-** Intimar al infractor a que proceda, 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.

**Cuarto.-** Intimar al Ayuntamiento de Málaga a que proceda, 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 en el plazo de quince -15- días hábiles contados desde el día siguiente al recibo de la presente resolución. En el caso de que el Ayuntamiento de Málaga no realizara la citada notificación fehaciente, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones procederá a inscribirle de oficio en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas cuya llevanza le corresponde.

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 del 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.***