

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN OCTAVA Secretaría de D. ALFREDO LÓPEZ-HONTANAR FERNÁNDEZ-ROLDAN

SENTENCIA Nº:

Fecha de Deliberación: 06/07/2011
Fecha Sentencia: 01/09/2011
Núm. de Recurso: 0000180/2010
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01284/2010
Materia Recurso: SANCIÓN
Recursos Acumulados:
Fecha Casación:
Ponente Ilmo. Sr. : D. EDUARDO ORTEGA MARTÍN

Demandante: AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA
Procurador: VICENTE RUIGÓMEZ MURIEDAS
Letrado:
Demandado: COMISIÓN DE MERCADO DE
TELECOMUNICACIONES

Codemandado:

Abogado Del Estado

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia:

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000180/2010
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01284/2010
Demandante: AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA
Procurador: VICENTE RUIGÓMEZ MURIEDAS

Demandado: COMISIÓN DE MERCADO DE
TELECOMUNICACIONES

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. EDUARDO ORTEGA MARTÍN

SENTENCIA Nº:

Ilmos/as. Sres/Sras.:

Presidente:
D. JOSE LUIS SANCHEZ DIAZ

Magistrados:
D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA
D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ
D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA
D. EDUARDO ORTEGA MARTÍN

Madrid, a uno de septiembre de dos mil once.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo nº 180/2010 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador de los Tribunales D. VICENTE RUIGÓMEZ MURIEDAS actuando en representación procesal del AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, contra la COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES, representada y asistida por el ABOGADO DEL ESTADO, en impugnación de las resoluciones que más adelante se

dirá. La cuantía del presente procedimiento ha sido establecida como indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por la representación procesal del AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA se formuló en un principio recurso contencioso administrativo, mediante escrito presentado el 10 de marzo de 2010, contra la resolución de la COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES de 18 de febrero de 2010 que acordó imponerle una sanción de 300.000 € por una infracción muy grave prevista en el artículo 53.t) de la Ley General de Telecomunicaciones, y que también le intimó al pago de la tasa general de operadores y a realizar la notificación fehaciente de inicio de actividad en plazo de 15 días hábiles a contar desde su notificación.

Por providencia de fecha 17 de marzo 2010 se tuvo por interpuesto el recurso y se procedió a reclamar el envío del expediente administrativo por parte de la Administración recurrida.

SEGUNDO. La parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 16 de julio de 2010, en la que terminó suplicando que se declare la nulidad del acto impugnado (en este punto existe un error en la identificación del acto que sin embargo puede ser salvado dado lo evidente de la pretensión deducida), subsidiariamente se declare su nulidad y, en subsidiariedad de tercer grado, se declare la ausencia de tipicidad e inculpabilidad por su parte.

TERCERO. En un nuevo escrito, presentado en Sala el 21 de mayo de 2010, la propia representación procesal del Ayuntamiento solicitó la ampliación del recurso a otro nuevo acuerdo, adoptado éste por el CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES en fecha 13 de mayo de 2010. En éste se decidió la inscripción de oficio del AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA en el registro de operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

CUARTO.- Por Auto de 17 de septiembre de 2010 se acordó ampliar el recurso a este acuerdo y se ordenó el envío del expediente administrativo, referente a este segundo acto por parte de la Administración recurrida.

QUINTO.- En nuevo escrito, que fue presentado en el Tribunal el 10 de noviembre de 2010, la representación del AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA amplió su demanda en impugnación de este segundo acto.

En ella, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, concluyó solicitando que se dicte Sentencia declarando no conformes a derecho los actos objeto de impugnación.

SSEXTO.- El ABOGADO DEL ESTADO contestó ambas demandas mediante un escrito que fue presentado el 23 de marzo de 2011, en el cual terminaba solicitando de la Sala la desestimación del recurso y la confirmación de las dos resoluciones impugnadas, y solicitaba además expresa condena en costas de la parte actora.

SÉPTIMO.- Por Auto de fecha 24 de marzo de 2011 se acordó recibir el pleito a prueba, tras lo cual fueron practicados aquellos medios de acreditación que, siendo solicitados por las partes, fueron admitidos por el Tribunal en razón de su pertinencia y utilidad para la causa.

OCTAVO.- Seguidamente se dio traslado a las partes para la formulación de escrito de conclusiones sucintas y procedió a señalarse para votación y fallo de este recurso, el día 6 de julio de 2011, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación del presente procedimiento las prescripciones legales salvo la fecha legal para dictar Sentencia, en atención a la amplitud y complejidad de las cuestiones suscitadas en el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente recurso contencioso administrativo se pretende por el Ayuntamiento de Málaga una revisión de legalidad de dos resoluciones diferentes, procedentes ambas del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Una primera, de 18 de febrero de 2010 (en procedimiento RO 2009/229), que acordó imponerle una sanción de 300.000 € y le intimaba al pago de la tasa general de operadores, así como a la realización de notificación fehaciente de inicio de actividad en el plazo de 15 días; y otra segunda, de 13 de mayo de 2010, asimismo procedente del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (RO 2010/680), que acordaba inscribir de oficio al citado Ayuntamiento de Málaga en el Registro de Operadores de Redes y Servicios de Comunicaciones Electrónicas.

SEGUNDO. La primera de las resoluciones que es objeto de cuestionamiento en el presente recurso, en concepto de “hecho probado”, indicaba:

«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».

Tras ello, el "resuelve" de este primer acto administrativo concluía:

«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".

[...] Imponer al Ayuntamiento de Málaga una sanción económica por importe de trescientos mil (300.000) Euros [...].

[...] 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.

[...] 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».

Por su parte, el segundo los actos impugnados, esto es, la resolución de 13 de mayo de 2010, en el apartado II.2.4 de sus Fundamentos de Derecho, expresaba:

«Conclusión: inscripción del Ayuntamiento de Málaga en el Registro de Operadores.

En el presente supuesto y según se ha indicado supra, el Ayuntamiento de Málaga inició, a finales de 2007, la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas WIFI y, el día 6 de agosto de 2008, la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de Proveedor de acceso a Internet. A pesar de ello, a fecha de hoy, sigue sin constar inscrito como operador en el Registro de Operadores.

De esta manera, teniendo en cuenta el carácter obligatorio de la inscripción y del principio de concordancia entre el Registro y la realidad registral, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones está habilitada para acordar, de oficio, la inscripción del Ayuntamiento de Málaga en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas ya que este principio superior está sustraído a la voluntad de las partes.

Cabe recordar que, la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por el Ayuntamiento de Málaga -en su condición de Administración Pública- debe ajustarse a lo dispuesto en la LGTel y sus normas de desarrollo y se realizará con la debida separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación, pudiendo esta Comisión imponer condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia (artículo 8.4 de la LGTel).

Del mismo modo, el artículo 29.3 de la LGTel dispone que si las Administraciones reguladoras o titulares del dominio público ostentan la propiedad o ejercen el control directo o indirecto de operadores que explotan redes de comunicaciones electrónicas,

deberán mantener una separación estructural entre dichos operadores y los órganos encargados de la regulación y gestión de estos derechos».

Y, en fin, en su “resuelve”, decía:

«PRIMERO.- Inscribir, en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas que se lleva en esta Comisión, al AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA como persona autorizada para la iniciar las actividades de comunicaciones electrónicas que a continuación se detallan, incluyendo los datos objeto de la primera inscripción que se detallan en el Anexo a esta Resolución:

- Explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas mediante la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común.
- Proveedor del servicio de acceso a Internet.

SEGUNDO.- Las actividades se deberán realizar de conformidad con las condiciones previstas en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, desarrollada a estos efectos por el Reglamento aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, el resto de disposiciones que desarrollen la citada Ley, por la presente Resolución, y en particular se estará a lo establecido en las normas UN 85 y UN 128 del Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias (CNAF).

TERCERO.- El AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA deberá explotar su red y prestar su servicio con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación. Asimismo, no podrá prevalerse de su condición de Administración Pública para imponer u obtener condiciones comerciales que resulten discriminatorias en los contratos que suscriba con clientes y proveedores y, en particular, en los acuerdos de compartición de infraestructuras y de colaboración en el desarrollo conjunto de las redes.

CUARTO.- En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8.4 de la Ley General de Telecomunicaciones, el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA deberá elaborar cuentas separadas referidas a las actividades que realice al amparo de esta autorización.

QUINTO.- La inscripción registral de un operador o de una determinada actividad se cancelará cuando su habilitación se extinga por cualquiera de las causas establecidas en la Ley General de Telecomunicaciones y en el artículo 6.2 del Reglamento aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril. SEXTO.- La inscripción en el Registro no habilita por sí sola para la adquisición de los derechos de uso del dominio público radioeléctrico, de ocupación del dominio público o de la propiedad privada, y de los recursos de numeración necesarios para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. La adquisición de estos derechos deberá realizarse conforme a lo dispuesto en su normativa específica.

SÉPTIMO.- Una vez practicada la primera inscripción, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 del Reglamento aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, se consignarán en el Registro cuantas modificaciones se produzcan en los datos inscritos, estando obligada la persona autorizada a solicitar la inscripción de toda modificación que afecte a los mismos, salvo que éstos tengan su origen en un acto emanado de las Autoridades Nacionales de Reglamentación de Telecomunicaciones.

La solicitud habrá de presentarse en el plazo máximo de un mes, contado a partir del día en que se produzca.

OCTAVO.- Cada tres años contados desde el día 13 de mayo de 2010, fecha de la inscripción en el Registro de Operadores, deberá notificar a esta Comisión su intención de continuar con la prestación de los servicios que consten inscritos en el Registro de Operadores.

El incumplimiento de esta obligación es una causa de extinción de la habilitación prevista en el artículo 6 del Reglamento aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril».

TERCERO. Dado lo profuso y complejo de las cuestiones suscitadas en el presente litigio procederemos a consignar separadamente, para su más ajustada y en la medida de lo posible clara resolución, los distintos motivos de impugnación contra las dos resoluciones objeto de actuaciones que han sido deducidos por el Ayuntamiento recurrente. Tras cada uno de ellos se expresará la posición procesal de la Abogacía del Estado en oposición a las tesis del Consistorio, y, finalmente, expresaremos las conclusiones del Tribunal sobre cada una de las discrepancias de las partes en litigio.

I.- REPROCHES DE LEGALIDAD DIRIGIDOS CONTRA LA RESOLUCIÓN DE FECHA 18 DE FEBRERO DE 2010, DE IMPOSICIÓN DE SANCIÓN:

1º.- NULIDAD DEL ACUERDO DE INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE.-

1º.1.- Parte recurrente.

A.- El Ayuntamiento actor indica, en primer término, que no le ha sido notificado formalmente el momento en el que se procedió a constatar por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que no figuraba adecuadamente inscrito como autorizado para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

Afirma también en este sentido no constar por ello antecedente alguno (denuncia, actuación inspectora, etc.) que permita conocer la fecha de la toma de conocimiento de los hechos que luego originaron la actuación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Por ello dice que se le ha privado de la oportunidad de conocer si transcurrieron más de dos meses entre la toma de conocimiento de aquella falta de inscripción y la actuación administrativa desarrollada, y también, por tanto, de conocer si ha tenido lugar la caducidad de la acción prevista en el artículo 6.2 del Real Decreto 1398/1993, de 14 de agosto, por el que se aprobó el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

B.- Por otra parte alega, dentro de este primer motivo, que no le fue otorgada posibilidad alguna de recurrir el acuerdo que puso fin a las averiguaciones previas.

C.- Considera, por último, que el acuerdo de incoación se sustentó, fundamentalmente, en la información obtenida del propio Ayuntamiento de Málaga durante el periodo de información previa, por lo que estima se habría vulnerado con tal práctica su derecho fundamental a no declarar contra sí mismo.

1º.2.- Abogacía del Estado.

A.- Alega en primer término que las “averiguaciones previas” tramitadas se encuentran amparadas por el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, y por el artículo 12 del

Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993.

Indica también que la omisión, en el acuerdo de 10 de septiembre de 2008, de la fecha en la que se produjo la comprobación por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de la inexistencia de la inscripción en el Registro de Operadores, carece de toda trascendencia.

Afirma también la inaplicabilidad al caso del artículo 6.2 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

B.- En lo atinente a la falta de oportunidad de recurrir el acuerdo finalizador de las averiguaciones previas, esa representación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones afirma resultar ello irrelevante por la manifiesta inimpugnabilidad del acto, atendiendo a su naturaleza de mero trámite. Estima por otra parte que la recurrente tuvo puntual conocimiento de la finalización de aquellas actuaciones previas pues el acuerdo del 12 de febrero de 2009 ya indicaba que ponía fin a dicha información previa y procedía a la apertura del procedimiento sancionador.

Arguye también que las actuaciones de información previa bien pueden arrojar un resultado del que se desprenda no haber méritos para incoar procedimiento, en cuyo caso concluirán sin ulteriores consecuencias o, por el contrario, otro del que se aprecie la existencia de conducta sancionable. En este segundo caso ha de procederse a la efectiva incoación de expediente sancionador que resuelva finalmente si ha existido o no infracción administrativa y que eventualmente imponga sanción. Dice con tal fundamento el Abogado del Estado que no puede llegar a confundirse, como hace el Ayuntamiento demandante, el resultado de la información previa con la resolución sancionadora final.

C.- Que, lejos de lo afirmado, no se exigió al Ayuntamiento una autoinculpación sino tan sólo la facilitación de cierta información y de ciertos datos de naturaleza fáctica.

1º.3.- Apreciación del Tribunal.-

A.- En el primer bloque de argumentos recursivos se pretende por la parte actora no haber tenido conocimiento de la fecha de la constatación por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de la falta de inscripción en el pertinente Registro, a partir de lo cual estima que no le resulta posible comprobar si se produjo la caducidad del procedimiento por el transcurso de los dos meses previstos en el artículo 6.2 del Real Decreto 1398/1993, de 14 de agosto, por el que se aprobó el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

Pero es patente que no resulta aplicable al caso el invocado artículo 6.2 del Real Decreto 1398/1993, pues éste se refiere al transcurso de dos meses desde la fecha en que se incoó el procedimiento sin haberse practicado, durante ese lapso de tiempo, la notificación de su iniciación al imputado.

Pretende así la recurrente trasladar una regla específica de caducidad, vinculada a una bien precisa fase del procedimiento, a momentos anteriores a la existencia del propio procedimiento, cosa que no puede ser acogida por el Tribunal.

B.- Tampoco existe precepto alguno (en realidad la parte actora tampoco lo invoca) que obligue a que el acuerdo de finalización de las averiguaciones previas sea distinto del de incoación del procedimiento sancionador (de modo que éste bien puede englobar a su anterior), tampoco que ordene realizar una notificación diferenciada de ambas decisiones ni, menos aún, que exija articular cauces separado de impugnación de la finalización de las averiguaciones previas.

En realidad, una y otra decisiones responden a la naturaleza de “actos de mero trámite” para los que el ordenamiento jurídico no permite su impugnación separada sino que pospone su depuración de legalidad al momento en el que se emite la decisión definitiva. Así lo establecen los arts. 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (para los recursos en vía administrativa) y 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (para los recursos judiciales), y sin que el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, altere en modo alguno esa regla general.

Tampoco existe contradicción por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en la medida en la que indicó al Ayuntamiento que podía recurrir la resolución que pusiera fin al procedimiento, puesto que dicha “resolución” a la que se refería es, obviamente, la que puso fin al “procedimiento”, no la decisión de finalizar las averiguaciones previas e incoar procedimiento sancionador.

C.- No encuentra el Tribunal por otra parte contravención alguna del derecho a no declarar contra sí mismo garantizado por el art. 24.2 de la Constitución Española por el hecho de que el recabado de información por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al propio Ayuntamiento sirviese ulteriormente para la incoación del procedimiento, puesto que al Consistorio recurrente sólo le fue requerida cierta información (como, por cierto, ocurre en los más varios ámbitos y sectores) sobre “hechos”, no la formulación de declaraciones o reconocimientos de culpabilidad de clase alguna.

El alcance del derecho a no declarar contra sí mismo, constitucionalmente garantizado, en relación con determinadas actividades indagativas o de aportación de información, podría decirse que en casos de muy superior capacidad intrusiva que la que ahora nos ocupa, ha sido abordado, entre otras muchas, por las Sentencias del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 1997; 103/1985; 76/1990; AATC 837/1988, fundamento jurídico 2; 221/1990, fundamento jurídico 2; 107/1985...

La primera de las citadas indica:

...«tal garantía no alcanza sin embargo a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación [...] que puedan disponer las autoridades [...] administrativas. La configuración genérica de

un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva, y cuestionaría genéricamente la legitimidad de diligencias [...]. Los mismos efectos de desequilibrio procesal, en detrimento del valor de la justicia, y de entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en perjuicio del interés público, podría tener la extensión de la facultad de no contribución a cualquier actividad o diligencia con independencia de su contenido o de su carácter, o la dejación de la calificación de los mismos como directamente incriminatorios a la persona a la que se solicita la contribución. En suma, como indican el prefijo y el sustantivo que expresan la garantía de autoincriminación, la misma se refiere únicamente a las contribuciones de contenido directamente incriminatorio»...

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2009 (Sala de lo Contencioso Administrativo) declaró, por su parte, con respecto a la aportación de documentos contables que luego pueden ser utilizados para la incoación de un procedimiento:

...«los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable [...] son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable" (Sentencia del Tribunal Constitucional 142/2009. de 15 de junio, Fundamento 3 y las que se citan en el mismo) [...] sin que pueda considerarse la aportación o exhibición de esos documentos contables como una colaboración equiparable a la «declaración» comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución. Del mismo modo que el deber del ciudadano de tolerar que se le someta a una especial modalidad de pericia técnica (verbi gratia el llamado control de alcoholemia) no puede considerarse contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y al de no declararse culpable -SSTC 103/1985, 145/1987, 22/1988 , entre otras muchas-, cuando el contribuyente aporta o exhibe los documentos contables pertinentes no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad. Se impone aquí de nuevo la prudencia frente a intentos apresurados de trasladar mecánicamente garantías y conceptos propios del orden penal a actuaciones y procedimientos administrativos distintos y alejados del mismo, como es, en este caso, el de gestión tributaria» [...] Y, en fin, si el Tribunal constitucional tiene declarando que en casos de colaboración forzosa por parte del interesado - como la sumisión a un texto de alcoholemia - no existe contravención de aquel principio puesto que comporta solamente el deber de someterse a determinada pericia, menos aún existía lesión del derecho a no declarar contra uno mismo cuando lejos de pedírsele declaración de ninguna clase sólo se le solicitó que proporcionamiento objetivo de determinada información».

Esta última parte del motivo debe ser, con tal fundamento, asimismo desestimada.

2º.- NULIDAD DE LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN.

2º.1.- Parte recurrente.

Alega el Ayuntamiento actor que la propuesta de resolución obrante en el documento 13 del expediente –página 31- carece de firma de la instructora. Y que fue firmada por persona desconocida bajo la expresión "P.A." (por ausencia).

Dice por ello dicho Consistorio que, teniendo en cuenta que en la resolución de incoación no se designó suplente a la instructora, aquella propuesta de resolución quedó incurso en vicios de nulidad absoluta por haber sido dictada por órgano manifiestamente incompetente.

2º.2.- Abogacía del Estado

La representación del Organismo Regulador opone a este nuevo motivo impugnatorio que no se aprecia en qué modo le afectó a la actora o le produjo indefensión esa firma por ausencia. Y añade que después de ello ha tenido pleno conocimiento de sus contenidos y realizado las alegaciones que ha tenido por conveniente por lo que –concluye- en el peor de los casos nos encontraríamos ante una mera irregularidad no causante de indefensión.

2º.3.- Apreciación del Tribunal.-

En efecto, como la representación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones demandada alega con acierto, los defectos de forma o trámite sólo provocan la nulidad de los actos administrativos en la medida en la que hayan producido cualquier clase de indefensión. Así lo dispone el artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Es preciso, pues, para provocar la nulidad del acto que la indefensión provocada por aquel defecto sea real y efectiva, no bastando por tanto con que sea formal o aparente.

Pues bien, en orden a la posible efectividad de la indefensión debe indicarse, como primera consideración, que la propuesta de resolución objeto de críticas ahora no fue acogida por el órgano sancionador sino que éste la sustituyó por otra que formuló por sí mismo en ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 20.3 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

A tenor de éste, «cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción reviste mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes, concediéndosele un plazo de quince días».

Así pues, ha de recapitularse ahora que se afirma por la actora haberle causado indefensión un acto –la propuesta de resolución- que no fue acogido por el órgano sancionador y que fue sustituido por otro, cosa que obviamente impide la efectividad de la lesión.

Pero, más aún, en el presente caso, como también indica la representación demandada, el Ayuntamiento recurrente ha podido formular cuantas alegaciones ha estimado de su interés en vía administrativa contra dicha propuesta de resolución y contra la resolución que puso fin al procedimiento administrativo, como también, por último, reproducir en la presente fase judicial cuantas alegaciones de fondo pueda estimar de su interés contra la resolución sancionadora.

Y en fin, la Administración demandada invoca en la resolución recurrida, en respuesta a estas mismas alegaciones en vía administrativa, la aplicación del artículo 17 de la Ley 30/1992.

Según éste 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. Y, que si no se designa suplente, la competencia del órgano administrativo se ejercerá por quien designe el órgano administrativo inmediato de quien dependa.

Ciertamente debía haberse dejado constancia en el expediente administrativo de las razones de dicha suplencia y consignado allí el nombre del suplente designado, entre otras cosas a efectos de posibilitar su abstención o recusación y con ello de garantizar su imparcialidad objetiva.

Sin embargo, pese a tales reparos, lo cierto es que la parte recurrente nada ha alegado ni intentado probar a este respecto, a fin de identificar al funcionario o reprochar por razones concretas su intervención, de modo que, una vez más, debe negarse el carácter efectivo de la posible indefensión producida.

3º.- NULIDAD DE LA “NUEVA” PROPUESTA DE RESOLUCIÓN EFECTUADA POR EL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES EN FECHA 22 DE OCTUBRE DE 2009.

3º.1.- Parte recurrente.

A juicio del Ayuntamiento actor esta nueva propuesta carecería de los elementos necesarios para la convalidación de la propuesta inicial al no concurrir los requisitos previstos en el artículo 67.3 de la ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por otra parte –sigue indicando la parte recurrente- al formular esta segunda propuesta de resolución el órgano decisor se habría implicado directamente en la fase de instrucción, vulnerando con ello la necesaria separación entre la fase instructora y la resolutoria que garantizarían el artículo 134.2 de la Ley 30/1992 y 10.1 del Real Decreto 1398/1993.

Después expresa que los contenidos de esta nueva propuesta de resolución no se limitan a agravar la sanción sugerida por la instructora sino que albergan una descripción de hechos probados y contestan a las alegaciones de la interesada, de modo que, en efecto, en sus tesis, procedió el Consejo de la Comisión del Mercado

de las Telecomunicaciones a comprometerse con la instrucción y a vulnerar la obligada separación entre la fase instructora y resolutoria.

3º.2.- Abogacía del Estado

La representación procesal de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones indica que la referida nueva propuesta se habría formulado al amparo de la facultad que de forma expresa le atribuye el artículo 20.3 del Reglamento sobre el procedimiento para ejercicio de la potestad sancionadora.

Por ello –dice- el Consejo de la Comisión obró en legítimo ejercicio de las facultades que ordenamiento le confiere al apreciar que los hechos objeto de su conocimiento revestían mayor gravedad que lo que era recogido en la propuesta de resolución.

Se remite también a los argumentos de la propia resolución final y en concreto invoca, como en aquélla también se hacía, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de mayo de 2002 y las del Tribunal Supremo de 25 de febrero 1981, de 7 de abril 1982 y 15 diciembre 1987.

3º.3.- Apreciación por el Tribunal.-

No comparte la Sala que el contenido y finalidad del acuerdo de 22 de octubre de 2009 fuera la convalidación de uno anterior que hubiera sido emitido con defectos de competencia. No existe razón alguna para pensar tal cosa, de modo que tampoco puede serle aplicado, como elemento de contraste de legalidad, el artículo 67.3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En efecto, como indica el Abogado del Estado, el contenido y finalidad de este nuevo acto parece más bien responder al ejercicio de la potestad prevista en el artículo 20.3 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto) citado con anterioridad, a cuyo tenor «cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción reviste mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes, concediéndosele un plazo de quince días».

Mas enjundia jurídica adquieren las dos alegaciones posteriores de la recurrente en las que expresa que al formularse este nuevo acuerdo se habría vulnerado la necesaria separación entre la fase instructora y decisoria, y de modo especial porque los contenidos de este acto desbordarían una mera agravación de la infracción, que es lo que permitiría el artículo 20.3 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

Ciertamente el artículo 134 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, incorporando una garantía de procedimiento señera del derecho punitivo, dispone que «los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad

sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos».

Sin embargo las diferencias entre el orden penal y el administrativo sancionador en lo que a esta garantía se refiere son notables y algunas de ellas han quedado destacadas en la exposición de motivos del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora.

Según ésta la recepción del principio de orden penal de la separación entre órgano instructor y el que resuelve ha de entenderse, como es evidente y ha sido declarado por la jurisprudencia constitucional (sentencia de 8 de junio de 1981), de forma adecuada a la naturaleza administrativa. En el orden penal –aclara dicha exposición de motivos- el principio atiende a la configuración, en muchas ocasiones unipersonal, de los órganos judiciales y pretende, por tanto, que no sea la misma persona o personas las que acusen y resuelvan. En sede administrativa la traslación de tal principio requiere, para que constituya una verdadera garantía, que el concepto de órgano no sea asimilable al de órgano administrativo meramente organizativo y jerárquico que recogen algunas normas, sino que la capacidad de autoorganización que el artículo 11 de la LRJ-PAC reconoce a las Administraciones Públicas debe traducirse en el ámbito sancionador en una flexibilización al servicio de la objetividad.

Aceptando, a partir de estas consideraciones, que la necesaria diversificación entre órgano administrativo instructor y sancionador ostenta perfiles singulares en el Derecho Administrativo, ha de añadirse que tampoco es éste tan rígido en las garantías de no “contaminación” del criterio de quien finalmente ha de decidir como sucede en el Derecho Penal.

Buena prueba de ello es –precisamente- la introducción de opciones de agravación de las sanciones prevista en el 20.3 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, como también ocurre en otras normas diversas cual, a título de ejemplo, el art. 425.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En éste se permite de forma explícita –cosa que el Ayuntamiento reprocha en nuestro caso como contrario a la imparcialidad- la introducción de hechos en el pliego de cargos por parte del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones..

Por otra parte, con elevada frecuencia, la declaración de que “la infracción reviste mayor gravedad” puede requerir un relativo cambio en los hechos que se estiman probados o en su presentación de modo que una rígida sujeción a los hechos inicialmente propuestos por el instructor en buena medida puede impedir el ejercicio de la potestad de agravación prevista en las normas ya citadas.

La actora no cita además preceptos legales explícitos o pronunciamientos jurisdiccionales concretos de cobertura de modo que aquella posible excesiva impregnación en el asunto por parte del órgano administrativo resolutorio no responde sino a una percepción subjetiva que el Tribunal no comparte.

4º.- NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN DICTADA POR EL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO LAS TELECOMUNICACIONES EN FECHA 18 FEBRERO 2010.

4º.1.- Parte recurrente.

Este motivo es formulado con gran brevedad pues reproduce –aunque ahora proyectando los posibles efectos invalidantes del defecto sobre la decisión finalizadora del procedimiento sancionador- las mismas tesis que han sido analizadas bajo el apartado anterior, esto es, que al haberse implicado el órgano de decisión en la fase instructora habría lesionado la necesaria separación orgánica entre fase instructora y resolutoria.

4º.2.- Apreciación del Tribunal.-

La desestimación del motivo anterior conduce necesariamente al mismo resultado del que en este momento se analiza.

5º.- CADUCIDAD DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR.

5º.1.- Parte recurrente.

Indica la parte actora en este nuevo motivo que el acuerdo de incoación se dictó el 12 de febrero de 2009 y que le fue notificado el 18 de febrero de aquel propio año. Y que luego la resolución sancionadora dictada databa del 18 de febrero de 2010 y le fue notificada el día 22 de aquel propio mes y año. Alega, por ello, que teniendo cuenta que el plazo máximo para resolver el procedimiento es, según dispone el artículo 58 de la Ley General de Telecomunicaciones, de un año, se había producido en efecto la caducidad del expediente en su caso.

Acepta sin embargo que en fecha 21 de enero de 2010 se notificó un acuerdo que ampliaba "unilateralmente" el plazo para dictar resolución. Sin embargo opina que dicho acuerdo no puede surtir efectos interruptivos. Niega en este sentido, en primer lugar, que concurra la circunstancia expresada por dicho acuerdo de la existencia de una "especial complicación" del expediente producida por la "especial actitud del Ayuntamiento" derivada del hecho de haber sido requerido en varias ocasiones para la realización de la notificación fehaciente. Se opone también a la afirmación de que "ante la pasividad del imputado, se han dilatado en el tiempo de forma innecesaria" determinados actos de instrucción. Y dice que ninguno de los requerimientos de información ha sido desatendido y que ninguna de las contestaciones a los requerimientos ha sido evacuada fuera del plazo.

En último lugar expresa que aquel acuerdo de ampliación de plazos aludió a la pendencia, por aquel entonces, de una resolución por la que se iba a fijar una serie de conclusiones obtenidas de una consulta pública sobre explotación de redes públicas inalámbricas por las Administraciones Públicas que tendría directa repercusión sobre el asunto. Pero a este respecto arguye que esta consideración "no deja de ser meramente argumentativa", y que buena prueba de ello es que el acuerdo imposición de la sanción se adoptó antes de la resolución de tal consulta,

que finalmente fue aprobada en sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 25 de marzo de 2010.

5º.2.- Abogacía del Estado.-

La representación procesal de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones afirma la concurrencia efectiva de las razones dadas en el acuerdo de ampliación de plazos, cargando las tintas en la última de ellas, esto es, en la pendencia de la aprobación de las conclusiones de una consulta pública sobre la explotación de redes inalámbricas wi-fi y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas, proceso concluyó en la Circular 1/2010, de 15 de junio.

5º.3.- Apreciación del Tribunal.-

La cuestión en debate queda circunscrita a la legalidad de la ampliación de plazos producida pues, en el caso de que dicho acuerdo de ampliación no se hubiera ajustado a derecho, se habría producido en efecto la caducidad del expediente.

El artículo 42.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles.

En resolución de esta nueva controversia indicaremos que la concurrencia de una sola de las razones justificativas de la ampliación de plazos contenida en el acuerdo, siempre que ostentase una entidad suficiente como para integrar la “excepcionalidad” a la que la norma aplicada se refiere, tendrá la virtualidad de legitimar aquella misma ampliación y por ende de excluir la caducidad.

Pues bien, como la Abogacía del Estado expresa y el acuerdo de ampliación de plazos también reflejaba, es razón justificativa –razón bastante añadimos nosotros ahora- de aquella misma ampliación de plazos la novedad, entidad y dificultad de la cuestión analizada en el expediente. Parte de aquellas entidad y dificultad atañen a cuál sea el contexto legítimo de la explotación de redes públicas de telecomunicaciones y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas y, por ende, las exigencias, desde la perspectiva de la competencia en los mercados de comunicaciones electrónicas, que tal presencia pudiera comportar y los límites de la autoprestación.

Asimismo, tanto desde el punto de vista numérico como por su entidad subjetiva, el conjunto de afectados (operadoras privadas de telecomunicaciones, agentes del mercado o Administraciones Públicas), hacen que concurra también la circunstancia prevista en el apartado primero de dicho precepto («cuando el número de las [...] personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución).

El hecho cronológico de la final aprobación de tales conclusiones o de la conocida y relevante Circular 1/2010, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas (BOE nº 192, de 09/08/2010), con posterioridad a la decisión sancionadora, nada resta a la presencia de aquella excepcionalidad justificativa de la demora en resolver porque, a la postre, de lo que se trata es de que el órgano administrativo haya podido formar criterio solvente sobre tan compleja y cambiante cuestión, y no necesariamente que lo haya expresado formalmente en una resolución materialmente notificada.

6º.- FALTA DE TIPICIDAD DE LA CONDUCTA.-

6º.1.- Parte recurrente.-

En este nuevo motivo de recurso -ya atinente al fondo del asunto- el Ayuntamiento actor parte de una afirmación de la posibilidad que los municipios tienen para prestar servicios de comunicaciones electrónicas.

En este sentido se remite tanto a la decisión de 30 de mayo de 2007 de la Comisión Europea (en su resolución "Prague Municipal Wireless Network") como la Ley General de Telecomunicaciones, e incluso a ciertas resoluciones de la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

A partir de tal premisa indica que el nudo gordiano de la cuestión que ahora nos ocupa se encuentra el concepto de autoprestación. Y ello porque si la explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas y la prestación de servicios de esta clase fueran desarrollados en régimen de autoprestación no sería precisa la realización de notificación fehaciente ni la inscripción en el Registro de operadores (conforme al artículo 6.2 de la Ley General de Telecomunicaciones), mientras que si la actividad desarrollada no admitiera su calificación de tal manera sí hubieran sido precisas ambas actividades y la conducta desarrollada por el Consistorio podría ser en efecto estimada como típica.

Será por ello oportuno despejar si la denominada red "Biznaga" es de carácter necesario para la satisfacción de servicios municipales o cuanto o menos complementario para sus fines, cosa que sostiene como en efecto concurrente y que permitiría su calificación como autoprestación.

Afirma a renglón seguido la actora que, según las diversas resoluciones de la Comisión del Mercado las Telecomunicaciones, el concepto de "autoprestación" en casos de explotación de redes o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, concurriría cuando lo hicieran los siguientes requisitos:

- Existencia de una especial vinculación de los usuarios con el servicio que justifiquen su prestación (como por ejemplo bibliotecas o centros culturales).
- Que no se trate de parques, plazas o espacios abiertos.
- Que se trate de edificios públicos donde exista una especial vinculación entre el acceso a Internet y los fines propios de los servicios existentes en dichos inmuebles.

- Que la explotación de redes o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sea necesaria para satisfacer las necesidades de los correspondientes servicios municipales o tenga carácter complementario para alcanzar tal satisfacción.

Y afirma que todos esos requisitos concurren en la red Wi-Fi denominada "Biznaga".

En este sentido indica:

- Todos los puntos de acceso a la red están en el interior de inmuebles que albergan servicios de titularidad municipal, de carácter público y que no constituyen zona abierta
- En todos los casos el acceso a Internet tiene carácter limitado, no dirigido al público o ciudadanía en general sino los ciudadanos que lo soliciten motivadamente al administrador de la zona Wi-Fi, el cual podrá denegar el acceso o autorizarlo mediante la asignación de una clave de usuario y una contraseña. Asimismo el horario es limitado; la navegación es restringida con exclusión de páginas que no se encuentren directamente relacionadas con la prestación del correspondiente servicio, y de servicios tales como correo electrónico, mensajería instantánea, chats, etc.; la velocidad es limitada (aproximadamente el 25% de ancho de banda disponible en el enlace existente); no existe garantía del servicio ni soporte técnico a los usuarios; y se presta con carácter gratuito.
- Por último, tampoco el conjunto de puntos de acceso integrantes de la red supongan, dadas las características de ésta, distorsión alguna de la libre competencia.

A partir de ello indica el Ayuntamiento actor que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones utiliza su propia doctrina para llegar a conclusiones absolutamente contrarias a ella.

Se opone en concreto a que algunos puntos de acceso sean calificados como necesarios o complementarios para la prestación de servicios municipales y que, por el contrario, otros, como los situados en la Casa Consistorial (en la que se encuentran numerosos servicios municipales), en las dependencias de la recaudación municipal o en las Juntas Municipales de Distrito -que son centros administrativos y de atención al ciudadano- no se califiquen como necesarios ni complementarios.

Invoca a renglón seguido el principio de autonomía municipal y su recepción en el artículo 3 de la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985 y el artículo 140 de la Constitución para indicar a renglón seguido que –en su opinión- hubiera sido más lógico que la Comisión permitiera a las entidades locales decidir en qué casos la explotación de redes o servicios de comunicaciones electrónicas es necesaria para prestar servicios de titularidad municipal y cuya financiación asumen con cargo sus presupuestos.

En cualquier caso –alega en otro orden de cosas que es vinculable más bien a la culpabilidad que a la tipicidad- sería evidente que una sanción no puede asentarse sobre el concepto jurídico discutido ni en una actuación fundada en una interpretación razonable de la normativa.

Recuerda también que la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con fecha 25 de junio 2009, acordó la apertura de un trámite de información pública al objeto de recoger opiniones sobre las alternativas regulatorias relacionadas con la explotación de redes públicas inalámbricas basadas en la utilización de dominio público radioeléctrico a través de frecuencia de uso común Wi-Fi y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas.

En este sentido indica que incluso en la Circular 1/2010, que puso fin a la información pública aludida, habría vuelto a modificar su concepto de la “autoprestación” en la materia.

6º.2.- Abogacía del Estado.-

La representación del Organismo Regulador que el concepto autoprestación no se encuentra definido en el ordenamiento jurídico aunque sí se contiene en la Circular 1/2010, de 15 junio, de la Comisión del Mercado de las telecomunicaciones. Pero indica, a renglón seguido, que aquella ausencia de definición legal no impide su interpretación y aplicación, para lo cual ha de tener relevante intervención el organismo regulador de la materia.

Afirma también que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha mantenido en todo momento -en contra de lo afirmado por el Ayuntamiento de Málaga- una línea uniforme en relación al concepto de autoprestación si bien es cierto que éste ha ido perfilándose de forma progresiva.

En fin, después de mencionar los inmuebles o sedes en los que la llamada red “Biznaga” se encuentra instalada alega, resaltando en negrita y en dos lugares de su escrito este argumento -cosa que evidencia la importancia que le atribuye-, que por otra parte puede ser realizada una navegación web libre (excepto el acceso a páginas web de contenido imposible: sexo, violencia, etc.).

Después suscribe la tesis sostenida en la resolución sancionadora impugnada en el sentido de que el régimen de autoprestación se extiende tan sólo a bibliotecas, centros culturales, salas de encuentro polivalentes, situadas en centros cívicos, en la medida la que se desarrollen actividades culturales y educativas de competencia de las Administraciones locales, para los cuales el acceso a Internet sea un servicio necesario o complementario, pero que deben ser estimados como innecesarios y/o no complementarios de la satisfacción de las necesidades de los servicios municipales el resto de las ubicaciones y accesos.

6º.3.- Apreciación del Tribunal.-

El artículo 6.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, dispone:

«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».

En el mismo sentido puede citarse el artículo 5.4.a) del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

Por otra parte el artículo 7 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, establece, como una de las consecuencias de aquella notificación fehaciente, la inscripción en el Registro de Operadores de los datos relativos a las personas físicas o jurídicas, las condiciones para desarrollar la actividad y sus modificaciones.

Las cuestiones sustantivas nucleares formuladas en el presente litigio residen, como más arriba ha sido indicado con cierta reiteración, en la interpretación del alcance que deba darse al concepto “autoprestación” e, inmediatamente después de efectuado tal juicio, en concluir si la red pública de comunicaciones electrónicas denominada “Biznaga” y la prestación de servicios de acceso Wi-fi realizada por el Ayuntamiento de Málaga -aquí recurrente- puede ser reconducida a aquella misma “autoprestación”.

Antes de avanzar más, debe dejarse clara la presencia de tres planos diferentes que han sido aludidos tanto en vía administrativa como en la presente fase jurisdiccional. Ya decimos que se trata de tres realidades discernibles entre sí aunque, en efecto, se encuentren luego fuertemente interrelacionadas y lo hayan sido en el litigio.

El primero de tales planos atañe a la declaración fehaciente de inicio de actividad y a la inscripción en el Registro de Operadores. El segundo es el referente a la posible afectación negativa a la competencia en los mercados de comunicaciones electrónicas cuando la actividad es desarrollada por una Administración Pública (la recurrente afirma en diversas ocasiones por ejemplo que no se produce distorsión alguna de la competencia en su caso). El tercero es la posible existencia de ayudas del Estado contrarias (o conformes) al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea cuando una Administración desarrolla un servicio de comunicaciones electrónicas (en este sentido la parte actora se refiere con cierta reiteración a la resolución de la Comisión Europea de 30 de mayo de 2007 “Prague Municipal Wireless Network”) con directa prestación a los particulares.

En sentido propio, sin embargo, en el presente litigio sólo nos incumbe resolver la primera de tales realidades, discernible de las otras dos, pues la realización de la comunicación fehaciente responde a fines propios –y previos- de conocimiento de las circunstancias de los operadores y los mercados por el Regulador; aunque, después de realizado tal conocimiento pueda concluirse que no existan afectaciones significativas a la competencia y acaso tampoco ayudas de Estado, o todo lo contrario. Pero, en todo caso, las herramientas de declaración responsable e inscripción en el Registro son previas e independientes de aquellas otras

dimensiones y son imprescindibles para el ejercicio de las funciones propias de control y regulación *ex ante* que incumben a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Acepta este Tribunal las consideraciones de la resolución impugnada cuando expresa que la comunicación fehaciente y la inscripción en el Registro de Operadores no es un mero formalismo o una irrazonable traba administrativa sino que constituye un instrumento para controlar el acceso al mercado, fiscalizar el desarrollo de actividades en dicho mercado y para que dicha Comisión pueda ejercer sus funciones. Recuerda además el órgano administrativo que el Registro le permite recabar y disponer de información acerca del número de empresas que operan en los distintos sectores y con qué extensión lo hacen. 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 Ley General de Telecomunicaciones. Por otra parte se refiere la Comisión en aquellos razonamientos a sus labores de control de determinadas obligaciones de los operadores. Y por último indica que, en el caso de las Administraciones Públicas, aquella comunicación previa posibilita el control de determinadas obligaciones adicionales a las que pueden quedar sujetas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, como es la separación de cuentas y su deber de actuar con neutralidad, transparencia y no discriminación, así como el deber de sujetar su actividad al principio de “inversor privado”, acuñado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sin embargo la declaración fehaciente nada presupone, por sí sola, con respecto al establecimiento de estas posibles obligaciones adicionales.

En suma, que el deber de comunicación previa y la correlativa inscripción en el Registro general de operadores de comunicaciones electrónicas tiene una finalidad de conocimiento por el Regulador, de naturaleza previa e independiente de que después existan efectivas afectaciones negativas a la competencia. Y la única excepción legal a dicho deber de comunicación no es de resultado –afectación a la competencia- sino que reside tan sólo en que efectivamente concurra “autoprestación”.

Como todas las partes en liza indican -y también las diversas resoluciones administrativas dictadas a lo largo del tiempo expresan- es cierto que el concepto “autoprestación” no se encuentra definido en el ordenamiento jurídico; o, por ser más precisos, es cierto que no lo había sido con cierta generalidad en el ámbito de las comunicaciones electrónicas hasta la Circular 1/2010, por la que se establecen las condiciones para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas (posterior a las resoluciones objeto del presente procedimiento pero que se traerá aquí a colación por su valor ilustrativo).

Sí ha sido, sin embargo, definido dicho concepto en otros sectores o ámbitos del Ordenamiento, con unas regulaciones que pueden arrojar cierta luz sobre el conjunto de realidades que, en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, nos interesan ahora.

Ya que se trata de integrar un concepto normativo en buena medida indeterminado, lo primero que habrá de hacerse es acudir a la interpretación gramatical y a la etimología de los términos (“autoprestación”); puesto que el prefijo “auto” es elemento compositivo de origen griego que se une a sustantivos o a verbos y significa “de o por sí mismo” o también “para sí mismo” (véase en este sentido el Diccionario de dudas de la Real Academia Española).

Comenzando por está última acepción (“para sí mismo”), de evidente alcance reflexivo, en esa primera modalidad de “autoprestación” ha de existir coincidencia entre prestador y usuario. Éste parece ser también el supuesto más general de la “autoprestación” de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas: el que es realizado para su servicio interno y propia atención (para sí mismo) por una persona física o jurídica; con exclusión en este caso del proporcionamiento de utilidades o prestaciones a terceros. Y éste (“para sí mismo”) es además el alcance normativo del concepto que es empleado en el art. 81 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General (modificada por la Ley 33/2010, de 5 de agosto); o también en el art. 4 del Real Decreto 136/1997, de 31 de enero, por el que se aprueba el reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicaciones por satélite («a efectos de lo previsto en este Reglamento, se entenderá que un servicio se presta en régimen de autoprestación cuando el titular y el usuario del servicio sean la misma persona física o jurídica»). Por último –pero no de menor interés ahora- a ello mismo se refiere la resolución de 18 de febrero de 2010, aquí recurrida, al decir que «como se señala en el informe de audiencia del Consejo, con carácter general el concepto de autoprestación supone la prestación de servicios a sí misma o a sus empleados y que, por tanto, no se ofrece a terceros».

Pero, como hemos visto, la autoprestación no sólo parece existir cuando una actividad es desarrollada “para sí mismo” (lo que excluiría de suyo la actuación de las Administraciones Públicas con efectos sobre los administrados, esto es, en la mayor parte de los casos) sino que en ocasiones también aparece cuando la actividad es realizada “por sí mismo”. En este caso pueden aparecer determinados sujetos en calidad de destinatarios de una actividad que no por ello deja de ser calificable como “autoprestación”. Éste es el caso, por ejemplo, regulado en el art. 4 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal.

Sin embargo, a juicio de la Sala, esta última dimensión de la autoprestación debe ser interpretada con carácter restrictivo ya que, de no hacerlo, las dos realidades se confundirían (autoprestación y, permítasenos la palabra, “heteroprestación”). Esta misma excepcionalidad y obligatorio tratamiento restrictivo deriva, no sólo de las razones gramaticales y lógicas indicadas, sino también del régimen prestacional contenido en la indicada Ley 43/2010, para el cual la entrega de despachos postales por el propio interesado a terceros y fuera de los cauces de los servicios de Correos resulta, en efecto, un supuesto excepcional.

En el ámbito de las “redes” de comunicaciones electrónicas la autoprestación (de la red) coincidirá en buena medida con su carácter privado; de modo que existirá autoprestación si la red es privada, pero dificultosamente lo será si la red tiene la

condición de pública. Así lo indica el propio Consistorio recurrente en algún momento en sus escritos alegatorios (véase en este sentido la página 10 del escrito de alegaciones de 17 de marzo de 2009). En ese caso el acceso a la red por terceros –como aquí ocurre- excluirá habitualmente una efectiva situación de “autoprestación”.

Pero, es también cierto que, junto a aquellos contenidos propios, normativos y etimológicos, de la autoprestación (y en cierta medida vinculado al segundo) existen otros, en buena medida agregados o asimilados en el ámbito que nos ocupa, probablemente por influjo del antiguo artículo 7.3 de la Ley 11/1998, de 24 de abril.

Según tal precepto (ya derogado): «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».

Ya decimos que, probablemente como consecuencia del influjo de este precepto, que califica de autoprestación una actividad de las Administraciones públicas destinada a proyectar sobre terceros los fines y las potestades propias de la Administración de que se trate (mas bien se refiere el precepto a la “satisfacción de sus necesidades”, lo que no es exactamente igual), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha aceptado la concurrencia de autoprestación cuando la explotación de redes o la prestación de servicios por Administraciones Públicas se realiza a terceros, en determinadas circunstancias y sin contraprestación económica; siempre y cuando, eso sí (resolución de 18 de febrero de 2010):

- 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 y;
- 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.

La Circular de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 1/2010, por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas (aprobada con posterioridad a las resoluciones aquí recurridas pero que puede resultar de utilidad interpretativa en este momento), abunda en esa extensión de la “autoprestación” al disponer:

...«Se considera autoprestación y, por lo tanto, no será necesario llevar a cabo la notificación prevista en el artículo 6.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por una Administración Pública para la satisfacción de sus necesidades, esto es, las vinculadas al desempeño de las funciones propias del personal al servicio de la Administración Pública de que se trate y que contribuyan al cumplimiento de los fines que le son propios».

A partir de esta perspectiva conjunta, expuesta por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que permite calificar como autoprestación el desarrollo servicio acceso a Internet “necesario” o incluso “complementario” de la actividad pública que se ofrece a los ciudadanos por una Administración, no se alcanzan al Tribunal las razones por las que ha sido aceptada para determinadas actividades o servicios del Ayuntamiento y se excluye por el contrario para otras que – consideramos- están vinculadas de modo evidente y directo con el giro o tráfico de la Administración local de que se trata.

Así, como decimos, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acepta que el servicio de comunicaciones electrónicas de “Proveedor de acceso a Internet” se presta en régimen de autoprestación (dice que 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.

Pero excluye, por no caracterizarse como actividades “culturales y educativas”, 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).

Con independencia de que ciertas actividades realizadas por algunos de estos últimos centros puedan calificarse también de “culturales y educativas”, lo cierto es que también, como hemos dicho, si se acepta con carácter general la existencia de autoprestación en casos en los que el acceso a Internet resulta “necesario” o “complementario” de la actividad o servicio público que se presta por el Consistorio, no hay razón para excluir del concepto los accesos por los ciudadanos a trámites, a procedimientos administrativos o a servicios públicos municipales cuando concurren aquellas mismas “necesidad” o racional “complementariedad” de la actividad administrativa de que se trate.

Pero, no obstante lo anterior y -ya decimos- la falta de justificación de la exclusión de la calificación de autoprestación a determinados accesos a Internet que están íntimamente vinculados al giro o tráfico administrativo, lo cierto es que en el caso presente concurren dos circunstancias singulares que son inconciliables, a juicio de la Sala, con una verdadera autoprestación del servicio de acceso a Internet Wi-fi a través la red Biznaga.

La primera de ellas es la posibilidad de acceder a una navegación libre, entendida ésta como el acceso a páginas web ajenas a la Administración municipal demandante, y, por ende, que nada tienen que ver con la exigencia o complementariedad del acceso con los servicios municipales.

Así, como la Abogacía del Estado destacó en su contestación a la demanda, resaltando oportunamente el argumento -y por dos veces-, y como la resolución sancionadora también reflejó, el servicio establecido permite 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.

Puede verse en este sentido la “limitación de la finalidad de uso” y, en especial, la “limitación de contenidos”, contenida en el informe del Ayuntamiento de número de referencia 429.515/2008 y fecha de salida 29 de septiembre de 2008.

Según éste:

«LIMITACIÓN DE CONTENIDOS: se ha aprobado que se implantará en breve un servicio de restricción de contenidos en las navegación web, para evitar el acceso a páginas de contenido impropio (de carácter violento, contra del ejercicio de los derechos humanos universales, discriminatorio por razones de sexo, religión o creencias, etc.)».

Todo ello ha sido reconocido nuevamente por el Ayuntamiento recurrente en fase de prueba en el actual recurso.

Así, en el apartado “limitación de contenidos” del Anexo “Restricciones de acceso a la red wifi municipal”, se indica textualmente que:

...«se ha implantado una plataforma de control de acceso a contenidos Web [...] para evitar el acceso a páginas de contenido impropio, en concreto se han establecido las siguientes categorías restringidas: Anonimizadores, Anorexia y Bulimia, Azar, Bombas y armamento; Código malicioso, Drogas y medicamentos, Hackers, Pagar por navegar, Pornografía, Racismo, Sectas, Servicios DNS, Servidores P2P, Software espía, Violencia, Juegos adultos, Suplantación».

Pues bien, no puede calificarse de “autoprestación” un servicio que permite el acceso y la navegación del usuario por páginas distintas de las estrictamente vinculadas a la prestación del giro o tráfico de la Administración municipal de que se trate.

La incuestionable exclusión de algunas páginas específicas no obsta a aquella navegación libre, de modo que el servicio prestado desborda con ello el concepto de la “autoprestación”.

Por otra parte, a juicio del Tribunal, el sistema, para permanecer en los contornos de la “autoprestación” debe contar con suficientes garantías o herramientas de que aquel acceso a Internet a páginas o para funcionalidades distintas de las estrictamente vinculadas a los servicios públicos municipales no se produzca.

En este sentido estimamos insuficiente el sistema articulado según el cual un administrador web, tras la identificación del interesado, otorga el acceso a Internet al usuario, puesto que, obviamente, la mera presentación del DNI de una persona no

excluye un posterior acceso por éste a páginas web distintas de las vinculadas a la actividad del Ayuntamiento o las referentes a los procedimientos en los que ese usuario puede tener la condición de interesado en los términos previstos en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En suma, dada la posibilidad que el servicio otorga para el acceso a páginas web ajenas a los servicios públicos municipales y dada la inexistencia de suficientes garantías en el funcionamiento práctico del servicio, concluimos que la red Biznaga y el acceso a Internet por el sistema Wi-fi articulado no puede verse beneficiada de la exclusión del deber de comunicación fehaciente de la actividad que dimanaría de su calificación como “autoprestación”.

Tampoco puede aceptar la Sala la tesis, sustentada por el Ayuntamiento, de que hubiera sido “más lógico” que la Comisión permitiera a las entidades locales decidir en qué casos la explotación de redes o los servicios de comunicaciones electrónicas es necesaria para prestar servicios de titularidad municipal y cuya financiación asumen con cargo sus presupuestos, pues hacer tal cosa comportaría una cesión o abdicación de sus competencias de regulación y control por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que obviamente no puede ser realizada.

7º.- CULPABILIDAD Y CUANTÍA DE LA SANCIÓN.-

7º.1.- Parte recurrente

Se alza seguidamente el Ayuntamiento actor contra la calificación de dolosa de la infracción y contra el hecho de que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la califique como tal por causa de no haber procedido, incluso tras la incoación del procedimiento sancionador, a realizar la notificación fehaciente.

Indica en este lugar el Ayuntamiento que "la mayor o menor imputabilidad" no parece depender, a juicio de la Comisión, de la conducta que originó la apertura del expediente, sino de la actitud adoptada a lo largo de su tramitación.

En defensa de la ausencia de dolo por su parte afirma también que la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha ido cambiando su concepto de la “autoprestación”.

También alega la existencia de una interpretación razonable de la norma por su parte que excluiría la mediación del dolo.

Califica por otra parte de “inadmisible” y de “esperpéntico” que pueda imponerse una mayor sanción por defender su postura motivadamente frente a la Comisión.

Y afirma que, considerar que una conducta es dolosa por no plegarse los criterios del órgano sancionador y utilizar el mismo argumento para elevar importe la sanción sería técnicamente imperfecto además de contradictorio con el contenido de las actuaciones.

7º.2.- Abogacía del Estado.-

Expresa la representación procesal de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que el Ayuntamiento conocía de forma cierta la obligación que le incumbía al amparo del artículo 6.2 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, y que, pese a ello, de forma plenamente consciente dejó de realizar tal comunicación.

Indica también que idéntico conocimiento han tenido otras entidades locales pero que el Ayuntamiento de Málaga ha resultado el único que ha advertido o padecido la supuesta incertidumbre de los conceptos aplicados.

Estima por ello en efecto concurrente la modalidad dolosa de la culpabilidad.

Además, aunque de modo subsidiario, afirma la presencia, cuanto menos, de negligencia como modalidad subjetiva más leve de la culpabilidad, puesto que, a partir de las comunicaciones producidas y, en concreto, tras la notificación del acuerdo de terminación de la información previa e incoación del procedimiento sancionador, ninguna duda podía albergar el Consistorio sobre todo ello.

7º.3.- Apreciación por el Tribunal.-

La modalidad dolosa de la culpabilidad comporta –simplificando, acaso en exceso la cuestión- la consciente y voluntaria realización de la conducta típica.

En el presente caso, salvo la concurrencia (que de inmediato se analizará) de una interpretación razonable de la ley como factor excluyente de la culpabilidad, es evidente que la decisión de incumplir los mandatos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones fue en efecto voluntaria y consciente. Y ello con independencia –lo que ahora pasa a ser irrelevante- de que la Administración haya podido conjugar como indicio de aquella misma conducta dolosa (dimensión subjetiva que, por interna, ha de ser aprehendida a partir de hechos externos no necesariamente previos) la conducta posterior al requerimiento del sujeto.

Procede por ello pasar a abordar la siguiente cuestión.

Aunque sin citas normativas ni apoyaturas jurisprudenciales expresas, el Ayuntamiento alega que habría actuado en ejercicio de una interpretación razonable de la ley y que la actuación realizada con ese fundamento excluiría la culpabilidad por su parte.

Ciertamente el ordenamiento jurídico ha incorporado la mediación de una interpretación razonable de la ley como elemento excluyente de la culpabilidad, como acontece en el artículo 179.2.c) Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en el que se ha recogido disposiciones normativas anteriores en las que, a su vez, el legislador acogía la doctrina jurisprudencial en la materia.

Se trataría por otra parte de una interpretación razonable de la ley (aunque la interpretación realizada se demuestre como finalmente errada) que en buena medida es reconducible (ya que hablamos de derecho punitivo) al error vencible

sobre la ilicitud del hecho prevista en el artículo 14.3 del Código Penal y, antes de ello, referible al error de derecho previsto en el artículo 66 del Código Civil, a cuyo tenor aquél producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen.

Es oportuno sin embargo indicar que dicha interpretación razonable de ley como factor excluyente de la culpabilidad ha adquirido su mayor operatividad en el contexto del Derecho Tributario en el que, frecuentemente sin previa mediación clarificadora de la Administración Tributaria con respecto al cuál sea el régimen jurídico aplicable, el sujeto pasivo se ve en la obligación jurídica de realizar las determinadas declaraciones o autoliquidaciones y a ingresar la deuda por él calculada. Y así, en estos casos, cuando el ciudadano (ante un entorno normativo frecuentemente complejo) presentaba una declaración veraz y completa, practicando la correspondiente autoliquidación, sin ocultación de dato contable alguno, y además actuaba amparándose en una interpretación razonable de la ley, podía excluirse la responsabilidad. Como muestra de una frondosa doctrina jurisprudencial puede citarse como mero ejemplo la Sentencia de 17 de julio de 2009.

Es verdad, ello no obstante, que el Tribunal Supremo ha admitirlo en otras ocasiones, mucho menos frecuentes, en situaciones jurídicas diferentes a las de naturaleza tributaria, la operatividad de dicha interpretación razonable de la ley como obstativa de la culpabilidad. Entre otras podemos citar la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008.

Ahora bien, el mismo Tribunal Supremo, en Sentencia 12 de mayo de 2003 (referente también a un supuesto ajeno a los procedimientos naturaleza tributaria), ha indicado que:

...no bastan alegaciones de parte para aceptar la existencia de dudas que deban ser consideradas como razonadas y razonables a los efectos del reproche que aquí se está analizando y habría sido preciso que hubieran ido acompañadas en su momento de prueba que demostrara que en el sector especializado de conocimientos esas pretendidas divergencias son aceptadas como duda por importantes o amplias corrientes de opinión. Y aquí la parte actora sólo ha ofrecido sus alegaciones o valoraciones subjetivas.

No basta pues, a juicio de la presente Sala y conforme a las enseñanzas de esta última Sentencia, para aceptar la concurrencia de una interpretación razonable de la ley, con la posibilidad de formulación de suficientes alegaciones de parte. Tampoco -añadimos nosotros- depende el resorte de la capacidad o acierto de la defensa jurídica en cada caso, ya que de aceptar tal se comprometería la capacidad de obligar de las normas y la ejecutividad de los actos administrativos y también, acaso de modo importante, el principio de igualdad ante la ley.

Por otra parte (también a criterio de esta Sala), cuando exista una intervención administrativa del órgano competente para ello, que haya definido los contornos legítimos de las obligaciones existentes, el debate sobre la licitud de dicho criterio administrativo no debe solventarse por la vía del incumplimiento los mandatos - como aquí aconteció- sino canalizarse a través de los pertinentes requerimientos o por los recursos judiciales legalmente articulados.

En el presente caso, además, no puede perderse de vista que de lo que se trataba sencillamente era de formular una declaración fehaciente, previa al inicio de la actividad. Se trataba de una exigencia de muy limitado alcance intervencionista o intrusivo que ningún perjuicio relevante, en orden a la defensa de sus intereses, ocasionaba a la Administración municipal ni comprometía el posterior ejercicio de sus acciones.

Y finalmente, con todo, como el Tribunal ha expresado más arriba, la Sala estima que la prestación de un servicio de acceso a Internet para navegación en abierto no puede ser reconducido, en términos racionales o razonables, a una modalidad de autoprestación del servicio, por lo que tampoco concurre aquella interpretación razonable de ley como elemento excluyente de la culpabilidad.

El artículo 131 de la ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, contempla, como elemento de modulación proporcional de la sanción a imponer, la existencia de intencionalidad o reiteración.

Pues bien, a partir de ello es claro que la norma prevé la posibilidad de ponderar la concurrencia en el caso de un plus de intencionalidad, suplementario al dolo básico, así como la persistencia o reiteración de la conducta, sin que por realizar tal conjugación se haya incurrido en incorrección técnica de clase alguna de parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la resolución sancionadora que ahora nos ocupa.

II.- REPROCHES DE LEGALIDAD DIRIGIDOS CONTRA LA RESOLUCIÓN DE FECHA 13 MAYO DE 2010, POR LA QUE SE ACORDÓ INSCRIBIR EN EL REGISTRO DE OPERADORES DE REDES Y SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS AL AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA.

Acepta la parte recurrente que esta segunda resolución es ejecución de la de fecha 18 de febrero de 2010, por cuya causa da por reproducidos los fundamentos de derecho y reproches de legalidad dirigidos contra ésta.

Ello no obstante, como motivos de nulidad suplementarios o autónomos, refleja los que siguen:

1º.- CONTRAVENCIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS CUANDO SE ENCUENTRAN PENDIENTES DE SOLICITUDES DE SUSPENSIÓN, PRODUCIENDO DE INDEFENSIÓN.

1º.1.- Parte recurrente.-

Afirma el Ayuntamiento que la infracción a la doctrina constitucional apuntada en el encabezamiento del motivo se produjo en efecto en este caso porque el control judicial se proyecta también sobre el carácter inmediatamente ejecutivo de los actos

de la Administración, de modo que, arguye, ésta debe abstenerse de imposibilitar dicho control judicial cautelando ejecutando el acto de que se trate antes de que se adopte, en vía judicial, la correspondiente decisión sobre la suspensión.

Y tal cosa habría ocurrido en el presente caso, en su opinión, pues transcurrieron más de 30 días entre el momento en el que se comunicó a la Comisión la existencia de una solicitud de suspensión del acuerdo (el 8 de marzo de 2010) y la decisión del organismo regulador de ejecutar dicho acuerdo (13 de mayo de 2010). Por otra parte y unido al referido transcurso de plazos expresa que, conforme a lo establecido en el artículo 111.3 de la Ley 30/1292, se habría producido un acto presunto positivo de suspensión de la ejecutividad de la resolución impugnada; de modo que el acto posterior expreso sólo podía ser confirmatorio del emitido antes por silencio positivo.

1º.-2.- Abogacía del Estado.-

Alude el Abogado del Estado al Auto de 17 de septiembre de 2010 de este Tribunal, y dice que, al tiempo de dictarse la resolución de 13 de mayo de 2010, no se había dictado ninguna resolución judicial en relación con la suspensión instada, de modo que no se encontraba dicha resolución bajo efectos suspensivos sino plenamente ejecutiva.

Agrega después que existía un evidente interés general en la ejecución de la resolución de 18 febrero 2010 puesto que el Ayuntamiento se situó al margen de los demás proveedores de servicios y del sistema legalmente diseñado, lo que impedía que la Comisión pudiera ejercer sus funciones de control y supervisión y acaso distorsionarse la competencia.

1º.3.- Apreciación del Tribunal.-

Es oportuno expresar en primer término que la inscripción en el Registro de Operadores de Telecomunicaciones no era consecuencia directa y exclusiva de la resolución sancionadora, aquí impugnada, de 18 febrero 2010, sino que dimanaba de deberes legales previos y era vinculable al cumplimiento de las exigencias formuladas al Ayuntamiento por parte de la Comisión del mercado de las Telecomunicaciones para la formulación de la declaración fehaciente.

Consecuentemente un eventual efecto suspensivo de aquella resolución sancionadora no comportaba, de suyo, ni la suspensión de las obligaciones legales de formular la declaración responsable ni el deber de inscripción en el registro de operadores que derivan, ya decimos, de mandatos legales y obligaciones de carácter previo.

Por otra parte, con respecto a la posible contravención de la doctrina del Tribunal Constitucional citada por la actora y referente a la tutela cautelar en el ámbito de las sanciones administrativas, lo cierto es que la recurrente tampoco concreta las consecuencias anulatorias que produciría tal contravención y que, naturalmente, no pueden traducirse ahora en que quede sin efecto la inscripción en el Registro de operadores pues ello comportaría la elusión de deberes legales que eran previos y también incluso de los pronunciamientos desestimatorios del Tribunal en sus Autos de 10 de junio de 2010 y 10 de noviembre de 2010.

No resulta aplicable por otra parte las reglas del silencio positivo prevista en el artículo 111.3 de la ley 30/1992 ya que dicho precepto se refiere a suspensiones producidas en vía administrativa y no a pretendidos efectos de silencio positivo en el seno de procedimientos judiciales ya abiertos.

2º.- EXTRALIMITACIÓN COMPETENCIAL.-

2º.1.- Parte recurrente.-

Expresa el Ayuntamiento no existir precepto alguno que ampare la decisión de inscripción de oficio en el Registro.

En concreto indica que el artículo 56 de la Ley General de Telecomunicaciones no prevé tal posibilidad.

Más aún –indica- resulta especialmente significativo que el órgano administrativo haya precisado, para fundamentar la inscripción, el empleo por analogía de preceptos del derecho hipotecario o de Registro Civil.

2º.2.- Abogacía del Estado.-

Expresa la representación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que la atribución competencial para la inscripción de oficio en el Registro deriva de los medios legales de ejecución forzosa de los actos administrativos previstos en el artículo 96 de la Ley 30/1992, siendo en este caso, nos dice, la inscripción de oficio realizada una ejecución subsidiaria que se encuentra amparada por el artículo 98 de aquella misma ley.

2º.3.- Apreciación del Tribunal.-

En efecto el precepto invocado por la Abogacía del Estado -artículo 98 de la Ley 30/1992- prevé la ejecución subsidiaria como forma de ejecución de actos administrativos que, por no ser personalismos, pueden ser realizados por sujeto distinto del obligado.

No aprecia la Sala, por tanto, la alegada concurrencia de extralimitación en las competencias ejercidas y sí por el contrario taxativa atribución de potestades por el citado artículo 98.

CUARTO.- No se aprecia temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes a los efectos del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional.

Vistos los preceptos legales citados y demás normas de procedente aplicación.

FALLAMOS

PRIMERO. DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. VICENTE RUIGÓMEZ MURIEDAS, actuando en representación procesal del AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, contra la COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES, representada y asistida por el ABOGADO DEL ESTADO, en impugnación de las resoluciones de 8 de febrero de 2010 y de 13 de mayo de 2010, y declaramos conformes a derecho los actos impugnados, todo ello con el fundamento y alcance que se contienen en la presente Sentencia.

SEGUNDO. No ha lugar a hacer un especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas.

Así, por esta nuestra Sentencia, que se notificará a las partes haciendo la indicación de que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 86.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y de la cual será remitido testimonio a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

