

# WIFI. RED MUNICIPAL PÚBLICA

## (Comentario a la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 1 de septiembre de 2011) <sup>1</sup>

**JULIO GALÁN CÁCERES**

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa  
y Profesor del CEF*

### **Extracto:**

**DEBE** confirmarse la resolución impugnada por la que se declara responsable directo al Ayuntamiento de la comisión de una infracción muy grave en materia de telecomunicaciones por haber iniciado, antes de presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la notificación fehaciente, 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» y como tal debe proceder al pago de la tasa general de operadores. El deber de comunicación previa y la correlativa inscripción en el Registro General de Operadores de Comunicaciones Electrónicas tienen 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 solo en que efectivamente concurra autoprestación. En este caso no puede admitirse que exista autoprestación, ya que concurren dos circunstancias singulares que son inconciliables, a juicio de la Sala, con una verdadera autoprestación del servicio de acceso a Internet wifi a través de la red Biznaga. La primera de ellas es la posibilidad de acceder a una navegación libre, entendida esta como el acceso a páginas web ajenas a la Administración municipal, y, por ende, que nada tienen que ver con la exigencia o complementariedad del acceso con los servicios municipales. 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 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 wifi articulado no pueden verse beneficiados de la exclusión del deber de comunicación fehaciente de la actividad que dimanaría de su calificación como autoprestación.

**Palabras clave:** telecomunicaciones, Administración local, wifi gratuito.

<sup>1</sup> Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 130, noviembre 2011.

# WIFI. MUNICIPAL PUBLIC NETWORK

## (Commentary on the Audiencia Nacional of 9 september 2011) <sup>1</sup>

**JULIO GALÁN CÁCERES**

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa  
y Profesor del CEF*

### **Abstract:**

**T**HE contested decision must be confirmed by declaring directly responsible to the City of committing a very serious offense in telecommunications for starting, before submitting to the Commission for the Telecommunications Market official notification, the activity of the operation of a public electronic communications network and provision of electronic communications service «Internet access Provider» and as such should proceed to pay the general rate of operators. The duty of prior notification and the corresponding general registration in the electronic communications operator has a goal of knowledge by the regulator, prior and independent nature that negative effects might exist after the competition. The only legal exception to the duty of communication is not outcome-assignment to competition, but lies only in self-provision actually attend. In this case there is not permissible self-provision, and who attend are two irreconcilable unique circumstances, according to the Chamber, with a true self-provision of Internet access service via Wi-Fi network Biznaga. The first of these is the ability to access a free navigation, understood as access to websites outside the municipal administration, and therefore have nothing to do with the requirement or complementarity of access to municipal services. On the other hand, the Court considers the system to remain in the contours of the self-provision should have sufficient safeguards or tools that that Internet access pages or features other than those strictly related to municipal utilities are not to occur. In sum, given the possibility that the service provides for access to websites outside the municipal utilities and given the lack of sufficient guarantees in the practical operation of the service, we conclude that Biznaga network and access to Internet by the system Wi-fi can not be articulated benefit of the exclusion of communication must be confirmed by the activity that would flow from being classified as self-provision.

**Keywords:** telecommunications, local Government, free wifi.

---

<sup>1</sup> Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 130, noviembre 2011.

Abordamos en el presente comentario los aspectos más controvertidos que presenta desde una perspectiva estrictamente jurídica la proliferación de redes públicas de conexión a Internet proporcionadas por las Administraciones públicas para su uso general e indiscriminado en determinadas zonas sin que por parte de los usuarios se deba abonar nada a cambio de la prestación del servicio, con lo que ello supone ya que nos encontraríamos ante una Administración pública que presta un servicio en competencia con operadores privados.

Nos situamos en un ayuntamiento de una capital de provincia, que decide iniciar la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas, a través de la frecuencia denominada comúnmente wifi, en las instalaciones municipales. A raíz de ello, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) decide abrir una serie de expedientes sancionadores al percibir que en la prestación del servicio se aprecian una serie de incumplimientos de la Ley General de Telecomunicaciones.

En lo primero que se fija la citada comisión es que por parte del ayuntamiento se ha incumplido la obligación de notificación contemplada en el artículo 6.º 2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que declara que «los interesados en la explotación de una determinada red o en la prestación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas deberán, con anterioridad al inicio de la actividad, notificarlo fehacientemente a la CMT 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», razón por la que se acuerda sancionar al ayuntamiento con una multa de 300.000 euros, por la comisión de una falta muy grave del artículo 53 t) de la citada Ley General de Telecomunicaciones, siendo el hecho típico reprochado el haber iniciado una actividad de explotación de una red pública de comunicaciones a través de Internet sin haberlo notificado de manera fehaciente y previa a la CMT, intimándole al abono de una tasa por la inscripción en el Registro de la preceptiva autorización de uso.

Disconforme con tales resoluciones el ayuntamiento las impugna ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional a través de una prolija argumentación, diferenciando claramente cuáles van dirigidas a la sanción económica y cuáles al pago de la tasa de inscripción. En primer término y por lo que se refiere a la sanción se invoca la nulidad del acuerdo de incoación del expediente sancionador. Pone de manifiesto la ausencia de una notificación formal en la que se pusiera de manifiesto la constatación por parte de la CMT de la falta de inscripción de la autorización, aspecto este que tiene relevancia de cara al posible transcurso del plazo de dos meses de límite entre dicha toma de conocimiento y la iniciación del expediente sancionador de cara a apreciar una posible caducidad del procedimiento. También manifiesta que se ha vulnerado el principio cons-

titucional de no declarar contra sí mismo, ya que la resolución sancionadora se basa en exclusiva en lo aportado por el propio ayuntamiento en el trámite de averiguaciones previas.

Sin embargo, la Audiencia Nacional no acoge esta primera pretensión al poner de manifiesto que la invocada caducidad no guarda relación alguna con los dos meses establecidos para el inicio del expediente, ya que la caducidad es figura propia de un procedimiento administrativo iniciado de oficio cuando lo argumentado por el ayuntamiento se proyecta sobre una fase temporal en la que no había incoado procedimiento alguno. Tampoco cabe conectar lesión alguna al principio de no declarar contra sí mismo al hecho de recabar documentación al ayuntamiento ya que ello no implica reconocimiento por parte de este de culpabilidad alguna, sino que las pruebas practicadas se incorporaron al expediente para su posterior valoración por la CMT.

En cuanto a una pretendida nulidad de la propuesta de resolución, fundamentada en la ausencia de firma por parte de la instructora, al ser firmada por persona desconocida por ausencia, la Sala, a pesar de considerar que habría sido aconsejable que constara el nombre del suplente, lo cierto es que no se puede anudar a tal circunstancia la nulidad pretendida por cuanto del conjunto de trámites efectuados por el ayuntamiento no se desprende que por ello se le haya colocado en una situación de indefensión, requisito que ha de acompañar a los defectos formales para producir la nulidad solicitada.

Tampoco se aprecia la nulidad de la nueva propuesta de resolución efectuada por la CMT, que a juicio de la parte recurrente carecería de los elementos necesarios para su convalidación, habiéndose confundido la debida separación entre fase instructora y decisoria, al haberse dictado esta segunda por la autoridad sancionadora. Y no cabe apreciar tal nulidad por cuanto, primero, no cabe hablar de convalidación ya que se trata de una nueva propuesta de resolución derivada de la potestad que tiene la autoridad sancionadora de mostrar su desacuerdo con lo propuesto por el instructor, ordenándole que dictara otra. En cuanto a una supuesta contaminación entre instrucción y decisión, la Sala, atendidos los principios de flexibilidad y objetividad, propios del Derecho administrativo, no aprecia la misma, al ser una potestad legal la posibilidad que se brinda al órgano decisor (art. 20.3 Rgto. para el ejercicio de la potestad sancionadora).

Sería extraño que con relación a un expediente sancionador no se adujera la caducidad del mismo. Veamos las fechas relevantes de la cuestión: el acuerdo de incoación se dictó el 12 de febrero de 2009 –notificado el 18 de febrero de 2009–, siendo la resolución sancionadora de fecha 18 de febrero de 2010 –notificada el día 22 de febrero de 2010–, siendo el plazo máximo para resolver el procedimiento, según dispone el artículo 58 de la Ley General de Telecomunicaciones, de un año, habiéndose producido, a juicio del ayuntamiento recurrente, la caducidad del expediente. Es relevante resaltar en torno a esta cuestión que el 21 de enero de 2010 se le notificó un acuerdo que amplía el plazo para dictar resolución, negándole efecto interruptivo alguno al mismo.

Sin embargo, la Sala considera de aplicación el artículo 42.6 de la Ley 30/1992, que prevé que excepcionalmente podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y solo una vez agotados todos los medios a disposición posibles. Pues bien, estas causas excepcionales las sitúa la Sala en la novedad, entidad y dificultad de la cuestión analizada en el expediente, toda vez que el contexto en que se desenvuelven la explotación de redes públicas de telecomunicaciones y la prestación de servicios de comuni-

caciones 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, resulta a todas luces complejo.

La mayor complejidad conceptual se presenta en relación con la falta de tipicidad de la conducta sancionada. Parte el ayuntamiento de un principio general: es lícita la posibilidad de que los municipios puedan prestar servicios de comunicaciones electrónicas. Y a partir de aquí todo se proyecta sobre el concepto «autoprestación», ya que si la Sala apreciara que la prestación del servicio wifi por parte del ayuntamiento se desarrollara en régimen de autoprestación, a la luz del ya expuesto artículo 6.º 2 de la Ley General de Telecomunicaciones, no sería necesaria la notificación fehaciente ni su inscripción en la CMT y por tanto la conducta no sería típica y por ende no sancionable.

¿Pero, qué notas caracterizan la autoprestación? El ayuntamiento recurrente, recogiendo la doctrina emanada de la CMT, establece las siguientes:

- Existencia de una especial vinculación de los usuarios con el servicio que justifiquen su prestación.
- 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.

La Sala, por su parte, efectúa su propio análisis del concepto de «autoprestación» y lo primero que pone de relieve es que el mismo exige la existencia de coincidencia entre el prestador y el usuario, ampliando su concepto cuando la actividad es realizada «por sí mismo», lo que permite que puedan aparecer determinados sujetos en calidad de destinatarios de una actividad que no por ello deja de ser calificable como «autoprestación», dimensión esta última que ha de ser objeto de una interpretación restrictiva. Pues bien, la Audiencia Nacional finalmente comparte el criterio de la CMT, considerando que no nos encontramos ante un supuesto de autoprestación, atendidas las siguientes circunstancias:

- Nos encontramos ante 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, excluyéndose por tanto la autoprestación.
- La navegación es libre.
- Se estima 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 este 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.

A continuación toca analizar la culpabilidad y la proporcionalidad de la sanción. En este punto, el ayuntamiento pone en entredicho el hecho sobre el que se sustenta la calificación de dolosa de la conducta y que no es otro que el sostenido por la CMT al estimar que una vez iniciado el procedimiento sancionador el ayuntamiento ni siquiera «se molestó» en notificar fehacientemente la red ni a inscribirla, lo cual no tiene mucho que ver con la culpabilidad exigida que ha de darse cuando se comete la acción y no con la forma con que uno se enfrenta a un procedimiento sancionador. Inmanente a lo anterior critica la proporcionalidad de la sanción, ya que se impuso en su grado máximo sin justificar de manera debida.

Frente a ello se alza la Sala considerando que la decisión del ayuntamiento de incumplir los mandatos de la CMT fue voluntaria y consciente, tanto en una fase anterior al inicio del procedimiento sancionador como a lo largo de su tramitación, ya que ignoró todos los requerimientos que le fueron efectuados a fin de legalizar su red pública de acceso a wifi.

Es por ello que tampoco cabe apreciar como circunstancia eximente o atenuante la existencia de una interpretación razonable de la ley –art. 179.2 c) Ley General de Telecomunicaciones– ya que de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia de 12 de mayo de 2003) «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 en este supuesto la parte recurrente se ha limitado a verter juicios de valor y opiniones con poco rigor argumental.

Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad, como sabemos el artículo 131 de la Ley 30/1992 establece como criterios de graduación de las sanciones la intencionalidad y la reiteración, apreciándose un plus de intencionalidad y rebeldía que adecua la sanción impuesta a la conducta, siendo pues proporcionado el imponer la sanción en su grado máximo.

Por último, hemos de referirnos, sucintamente, a la segunda resolución de la CMT impugnada en la que se acordaba la inscripción en el Registro de Operadores de Redes y Servicios de Comunicaciones Electrónicas al ayuntamiento recurrente, argumentando este que no existe norma que ampare la inscripción de oficio en el Registro, alegación que no es compartida por la Sala ya que de acuerdo con el artículo 98 de la Ley 30/1992 entre los medios de ejecución forzosa de actos administrativos se encuentra la ejecución subsidiaria para el supuesto de negación y que lo obligado no tenga el carácter de personalísimo.

Antes de finalizar debemos puntualizar que nos encontramos ante una sentencia que no tiene carácter firme al haber sido recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, el cual fijará criterio, sobre todo en torno a lo que deba entenderse por «autoprestación», ya que resulta a todas luces imparable la instalación de redes públicas de wifi de toda naturaleza en los ámbitos más diversos y sería por ello aconsejable que se fijaran los límites de dichas redes para no incurrir en conductas sancionables.