

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión número 25/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 3 de julio de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con la tramitación del procedimiento número **RO 2008/435**, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA PLANTEADA POR EL AYUNTAMIENTO DE SANTA CRUZ DE TENERIFE SOBRE LA NECESIDAD DE INSCRIBIRSE COMO OPERADOR PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ACCESO A INTERNET, ASÍ COMO LA POSIBLE GRATUIDAD DEL SERVICIO (RO 2008/435).

I.- ANTECEDENTES Y OBJETO DE LA CONSULTA.

Con fecha 18 de marzo de 2008, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, escrito de Doña Begoña Ortiz León, Concejala de Recursos Humanos, Calidad, Tecnología y Protección de Datos Personales del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, mediante el que plantea una consulta relativa a la posibilidad de ofrecer el servicio de comunicaciones electrónicas de proveedor de acceso a Internet inalámbrico sin garantía de caudal mínimo a los ciudadanos del Municipio de Santa Cruz de Tenerife en régimen de gratuidad.

Para la prestación de este servicio el Ayuntamiento *“ha llegado a un acuerdo con la empresa FON por el cual ésta suministrará en régimen gratuito 2.000 terminales inalámbricos...”*. Estos terminales, denominados “FONERAS”, son equivalentes a pequeñas Estaciones Base de tecnología WiFi con cobertura de unos 50 metros aproximadamente.

En cuanto al ámbito territorial del servicio, las tres ubicaciones básicas en que se colocarán las “FONERAS” son las siguientes:

- “a) Oficinas Municipales, Biblioteca Municipal y similares*
- b) Zonas de Dominio Público: parques colegios y similares.*

c) Zonas Comunitarias: Comunidades de Propietarios, Asociaciones de Vecinos y similares.

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En los casos a) y b), el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife gestionará el acceso a Internet mediante la contratación de Accesos de Banda Ancha (ADSL) a su cargo con las Operadoras de Telecomunicaciones que operan en el Municipio. En el caso c), el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife distribuirá gratuitamente las FONERAS necesarias a estas Organizaciones quienes se encargarán de la contratación de los accesos de Banda Ancha con las Operadoras de Telecomunicaciones directamente”.

A este respecto, el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife plantea las siguientes cuestiones:

- “1.- *¿Existe algún inconveniente en ofrecer servicio gratuitamente?*
- 2.- *¿Es necesario darnos de alta como Operador de Telecomunicaciones?*
- 3.- *¿Hay que tener en cuenta alguna otra consideración al respecto (realizar comunicación oficial, notificar a determinada Entidad, etc?)”*

II.- REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 26 de mayo de 2008, con el fin de contestar la consulta planteada, de acuerdo con el artículo 71.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común (en adelante, “LRJPAC”), se requirió al Ayuntamiento de Tenerife el envío de información respecto de las siguientes cuestiones:

- “
- 1. *Concretar aun más las zonas donde tiene intención de establecer el acceso a Internet gratuito dentro del Municipio. En particular indicar a qué se refiere con el término “similares” en cada una de dichas zonas.*
 - 2. *Informar si el Ayuntamiento va a explotar una red pública y, en su caso, especificar y describir el tipo de red.*
 - 3. *Enumerar las medidas que adoptará el Ayuntamiento para restringir el acceso al servicio a los habitantes del Municipio, frente al resto de posibles usuarios que no lo sean, para cada una de las zonas donde se quieran desplegar puntos de acceso.*
 - 4. *Señalar bajo qué figura contratarán, tanto el Ayuntamiento como las Comunidades de Propietarios o Asociaciones, el servicio de acceso a Internet (como mayoristas o como clientes finales).*
 - 5. *Informar si el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife ha firmado un acuerdo con la Empresa FON y, en su caso, acompañe el contrato suscrito.*

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 6. Indicar la titularidad de las FONERAS en cada zona donde se desplieguen, ya sea municipal o comunitaria.
- 7. Aunque la distribución de las FONERAS sea gratuita e independientemente de la titularidad de éstas, señalar si el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife firmará con FON algún perfil de usuario para las zonas municipales o para las zonas comunitarias.

En el caso de zonas comunitarias indicar si el Ayuntamiento fijaría se perfil de usuario o lo harían las Comunidades de Propietarios o Asociaciones.

- 8. Explicar quién realizará, una vez distribuidas las FONERAS, la instalación y el mantenimiento de las mismas. Asimismo, en caso de avería, quién resolvería dicha incidencia.
- 9. Señalar si FON gestionará el ancho de banda radio de forma remota para cada punto de acceso desde Internet, tanto en instalaciones municipales como comunitarias”.

Con fecha 23 de junio de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, en virtud del cual contesta al requerimiento de información.

III. COMPETENCIA DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre , General de Telecomunicaciones (en adelante, “LGTel”), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene por objeto *“el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de Telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”*.

Concretamente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.3 h) de la LGTel, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, podrá asesorar a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones locales, a petición de los órganos competentes de cada una de ellas, en relación con el ejercicio de competencias propias de dichas Administraciones que entren en relación con la competencia estatal en materia de telecomunicaciones.

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IV.- DESCRIPCIÓN DEL SERVICIO A IMPLEMENTAR POR EL AYUNTAMIENTO DE SANTA CRUZ DE TENERIFE

De acuerdo con los escritos presentados por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, son dos las actividades posibles a realizar, de un lado, el establecimiento de pequeñas estaciones Base de tecnología WIFI, denominadas "FONERAS", y de otro, la prestación del servicio de acceso a Internet.

En cuanto a la posible explotación de redes, el Ayuntamiento indica que para la prestación del servicio de acceso a Internet a los vecinos del Municipio en zonas como Oficinas Municipales, bibliotecas públicas, asociaciones de vecinos y espacios públicos como parques y colegios se distribuirán *"en régimen gratuito 2.000 terminales inalámbricos"* por parte del Ayuntamiento con cobertura de unos 50 metros aproximadamente. La empresa FON, mediante un acuerdo, que aún no se ha suscrito, será quien suministre al Ayuntamiento dichos terminales.

La titularidad de cada FONERA corresponderá, a su vez, al titular del Acceso a Internet (ADSL). En las Oficinas Municipales y en espacios públicos lo será el Ayuntamiento, mientras que en las ubicaciones comunitarias los serán las Comunidades de propietarios y asociaciones.

Cada titular será el responsable de la instalación y mantenimiento de las FONERAS. No obstante, en caso de avería, la incidencia la resolvería FON, en todos los casos.

El Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife restringirá el acceso a Internet mediante la propia FONERA, dado que será necesaria la autenticación del ciudadano mediante usuario y password que le será facilitado, previa presentación de su DNI.

En su escrito de contestación al requerimiento efectuado por esta Comisión, el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife señala que no tiene intención de explotar ninguna red pública. *"Nuestro interés radica en impulsar la creación de un canal de acceso a Internet, mediante tecnología WiFi, adicional a los que pudieran existir actualmente y que, a su vez, pueda ayudar en su conectividad a los sectores de población menos favorecidos económicamente (especialmente jóvenes)"*.

Por su parte, y en relación con la prestación del servicio de acceso a Internet el Ayuntamiento plantea tres ubicaciones básicas en las que se colocarán las FONERAS:

a) Ubicaciones Municipales Internas (dependencias de carácter cerrado): Todas las oficinas Municipales, Aulas Municipales, Biblioteca Municipal, Organismos Autónomos (como Fiestas y Turismo, Deportes y Cultura), Recaudación Ejecutiva y Policía Local.

b) Ubicaciones de Dominio Público (zonas de carácter abierto): parque, colegios, plazas, Glorietas y Mercado municipal.

c) Ubicaciones Comunitarias: Comunidades de propietarios, Asociaciones de Vecinos y Asociaciones empresariales.

Según consta en la descripción del servicio, en los casos a) y b), *"el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife gestionará el acceso a Internet mediante la contratación de"*

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Accesos de Banda Ancha (ADSL) a su cargo con las Operadoras de Telecomunicaciones que operan en el Municipio. En el caso c), el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife distribuirá gratuitamente las FONERAS necesarias a estas Organizaciones quienes se encargarán de la contratación de los accesos de Banda Ancha con las Operadoras de Telecomunicaciones directamente”.

Asimismo indica el Ayuntamiento que la contratación del servicio de acceso a Internet se realizará, en todos los casos, como clientes finales.

Al respecto señala que el perfil de usuario que el Ayuntamiento que tiene previsto firmar con FON, para las zonas municipales, cuando éste registre la FONERA, es el denominado LINUS, definido como el usuario registrado de FON que comparte ancho de banda con la Comunidad FON, a cambio de una conexión gratuita en cualquier punto de acceso FON. Por su parte, en el caso de las zonas comunitarias, serán las Comunidades o Asociaciones las que fijarán, en todo caso, el perfil de usuario.

La cuestión planteada en la consulta se concreta en la necesidad o no de que el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife se inscriba como operador para la posible explotación de una red y la prestación del servicio de acceso a Internet.

Por este motivo, habrán de analizarse, en primer lugar, los requisitos exigidos por la legislación vigente para la inscripción en el Registro de Operadores de una persona habilitada para la prestación de servicios o explotación de redes de comunicaciones electrónicas. En segundo lugar, será necesario analizar las actividades descritas en la consulta, al objeto de determinar si el tipo de red y de servicio que se pretenden desarrollar pueden ser calificados como una red y servicio de comunicaciones electrónicas disponibles al público o, por el contrario, se trata de actividades realizadas en régimen de autoprestación. En tercer lugar, habrá de exponerse los principios normativos sobre la posibilidad de que el Ayuntamiento preste el servicio de acceso a Internet de manera gratuita.

V.- REQUISITOS EXIGIDOS POR LA LEGISLACIÓN VIGENTE PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS.

El capítulo I del Título II de la LGTel contiene el régimen jurídico básico que regula la forma en la que debe realizarse el acceso por los interesados al ejercicio de su derecho preexistente a la explotación de redes y a la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de libre competencia.¹

De esta forma, el artículo 6.2 de la LGTel impone como única obligación, la notificación a esta Comisión, con anterioridad al inicio de la actividad, de la intención de explotar una red o prestar un servicio de comunicaciones electrónicas, en los términos que se determinan en el 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 (en adelante, “Reglamento del Servicio Universal”).

¹ Este régimen rompe con el sistema de otorgamientos de títulos habilitantes que se establecía en la derogada Ley General de Telecomunicaciones de 1998, pasando a un sistema en el que se simplifican los títulos habilitantes hasta dejarlos en una habilitación concedida con carácter general e inmediato por la nueva Ley.

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pero la obligación de notificación sólo nace cuando el servicio a prestar es un servicio de comunicaciones electrónicas o cuando la red a explotar sea una red pública de comunicaciones electrónicas, es decir cuando sobre la misma se presten servicios de comunicaciones disponibles al público.

Al respecto, el Anexo II, en su apartado 28, de la citada LGTel, define el servicio de comunicaciones electrónicas como el *“prestado por lo general a cambio de una remuneración que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión, pero no de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o de las actividades que consistan en el ejercicio del control editorial sobre dichos contenidos; quedan excluidos, asimismo, los servicios de la sociedad de la información definidos en el artículo 1 de la Directiva 98/34/CE que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas.”*

Igualmente, el Anexo II, en su apartado 26, de la LGTel, define el concepto de “red pública de comunicaciones” como *“la red de comunicaciones electrónicas que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público”*. Es decir, para poder calificar una red de comunicaciones como una red pública es necesario que el servicio que se soporta sobre la misma sea un servicio de comunicaciones electrónicas y que, además, esté disponible al público en general.

Como anteriormente se ha señalado, cuando un operador tiene la intención de explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas deberá notificar su intención a esta Comisión, al objeto de que se inscriba en el Registro de Operadores.

En este sentido, el artículo 6 de LGTel establece que *“podrán explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas a terceros las personas físicas o jurídicas nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o con otra nacionalidad cuando, en el segundo caso, así este previsto en los acuerdos internacionales que vinculen al Reino de España”*. Asimismo, en su párrafo 2 se dispone 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 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”*.

Basta realizar una notificación fehaciente, con anterioridad al inicio de la actividad, manifestando la intención de iniciar la misma incluyendo la información que se señala en el artículo 5.5 del Reglamento del Servicio Universal. Una vez realizada la notificación, el interesado adquirirá la condición de operador y podrá comenzar la prestación del servicio o la explotación de la red. En el caso de que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones constate que la notificación no reúne los requisitos exigidos, dictará resolución motivada en un plazo máximo de 15 días, no

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

teniendo por realizada aquélla; si no se dictase dicha resolución en el plazo citado, se entenderá otorgada la autorización.

A la notificación citada seguirá una inscripción en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas que se crea en virtud de lo establecido en el artículo 7 de la LGTel. Por tanto, una vez que el interesado notifique a esta Comisión que va a iniciar la actividad y le acredite su capacidad de obrar, se le inscribirá en el Registro de operadores, sin perjuicio de que posteriormente se realice la correspondiente actividad de comprobación en relación con el cumplimiento por parte del operador de las condiciones que se establecen en el Reglamento del Servicio Universal para la prestación de los servicios o la explotación de las redes de comunicaciones electrónicas.

Por lo que se refiere al régimen de exenciones, la LGTel sólo exime de esta obligación de notificación a quienes exploten redes y presten servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación (artículo 6.2 LGTel). Igualmente, el artículo 5.4 del Reglamento del Servicio Universal que desarrolla a estos efectos la LGTel, establece dos supuestos más en los que no resulta necesaria la notificación para realizar tales actividades:

- Los servicios de comunicaciones electrónicas y las instalaciones de seguridad o intercomunicación que, sin conexión a redes exteriores y sin utilizar el dominio público radioeléctrico, presten servicio a un inmueble, a una comunidad de propietarios o dentro de una misma propiedad privada.
- Los servicios de comunicaciones electrónicas establecidos entre predios de un mismo titular.

El término “autoprestación” ha venido siendo utilizado por la reciente normativa reguladora de las telecomunicaciones (partiendo de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones y continuando con la vigente LGTel) en relación con el régimen de exención en las obligaciones de obtención de títulos habilitantes para el acceso a los mercados de explotación de redes y de prestación de este tipo de servicios².

Ninguna de las normas reguladoras de esta materia ha definido el citado concepto (autoprestación) ni el alcance del mismo. No obstante, el artículo 6.1 y 7.3, específicamente para las Administraciones Públicas, de la derogada Ley General de Telecomunicaciones de 1998 (Ley 11/1998) al establecer los principios aplicables a esta actividad vino a definir el término “autoprestación” en contraposición al concepto de “oferta a terceros” al prever: *“La prestación de servicios y el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones podrá realizarse bien mediante autoprestación o bien a través de su oferta a terceros, en régimen de libre concurrencia ...”* Según esta previsión estaríamos frente a un caso de autoprestación cuando el explotador de la red o prestador del servicio no ofreciera la actividad a terceros.

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

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Queda, por tanto, por definir qué se debe entender, a estos efectos, por “oferta a terceros”.

A este respecto resulta de interés lo manifestado en el fundamento de derecho sexto de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de 16 de julio de 2004³ cuando dice: «De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 11/1998, de 24 de abril: “3. La prestación de servicios o la explotación de redes de telecomunicaciones en régimen de autoprestación y sin contraprestación económica de terceros, por las Administraciones Públicas o por los Entes públicos de ellas dependientes, para la satisfacción de sus necesidades, no precisará de título habilitante”. Por tanto, las Administraciones Públicas no precisan de título habilitante para la prestación de servicios o explotación de redes de telecomunicaciones siempre que sea para la satisfacción de sus necesidades, es decir, en régimen de autoprestación» (El subrayado es nuestro).

Por tanto sólo puede hablarse de autoprestación cuando sea para satisfacción de las necesidades propias del servicio, entendiendo por tales, tanto las de sus trabajadores como las de los usuarios en relación con el contenido del propio servicio prestado.

Así, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ya se manifestó en este sentido en su Resolución de 16 de junio de 2005, por la que se dio contestación a la consulta formulada por la Diputación de Barcelona sobre la necesidad de inscribirse como operador para el establecimiento de redes WIFI en bibliotecas públicas.

Según lo anterior, estaremos en un caso de autoprestación cuando el titular de la red o el prestador del servicio se limite a satisfacer sus propias necesidades de comunicación y no la de terceros.

Como ya señaló esta Comisión en su Resolución de 27 de octubre de 2005⁴, esta interpretación del término autoprestación derivada del análisis de la derogada Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones, es de plena aplicación a la regulación establecida en la vigente LGTel.

En efecto, el artículo 5 de la vigente LGTel establece la autorización general “ex lege” para la realización de estas actividades sin la necesidad de obtención previa de título habilitante alguno y ello con independencia de que el destino de la misma sea para la autoprestación o para ser ofrecido a terceros. Sin embargo, el artículo 6.1 establece determinados requisitos que han de cumplir aquellos que estén interesados en ofrecer estas actividades a terceros.

Congruentemente con esta filosofía la LGTel, establece un régimen de notificación y de registros que sólo es de aplicación a aquellos que presten los servicios a terceros (no para satisfacer las necesidades propias de comunicación del titular de la red o del prestador del servicio).

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

⁴ Resolución por la que se da contestación a la consulta formulada por la entidad Swisscom Eurospot España, S.A. sobre la necesidad de inscribirse como operador para el establecimiento de redes WI-FI en hoteles, cafeterías y centros de convención (RO 2005/1597)

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Bajo el régimen legal establecido en la vigente LGTel, el control del Regulador se limita sólo a las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas ofrecidos a terceros (notificación e inscripción en el Registro de Operadores) quedando fuera de la intervención del regulador las actividades en autoprestación.

En consecuencia, el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife deberá realizar la notificación ante esta Comisión cuando explote una red pública o preste a terceros servicios de comunicaciones electrónicas, esto es, en el caso de que haga una oferta a terceros del mismo y no se limite a la autoprestación.

Al respecto basta recordar que la LGTel no excluye a las Administraciones Públicas del régimen jurídico general que regula la forma en la que debe realizarse el acceso por los interesados a la condición de operador tanto para la explotación de redes como para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de libre competencia.

El apartado 4 del artículo 8 de la LGTel establece que la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas, directamente o a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente, se ajustará a lo dispuesto en dicha Ley 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.

VI.- APLICACIÓN DE LA NORMATIVA A LA CONSULTA PLANTEADA.

El Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife plantea diferentes escenarios para la explotación de redes y la prestación del servicio de acceso a Internet.

Antes de analizar cada uno de los escenarios descritos en el punto III, se considera necesario describir el modelo de funcionamiento de FON TECHNOLOGY, S.L.

Mediante Resolución de 6 de marzo de 2006, se inscribió a FON TECHNOLOGY, S.L. como proveedor de acceso a Internet. En el marco del expediente RO 2006/222, dicho operador describió que el servicio que pretendía suministrar consistía en la puesta a disposición del público de un programa gratuito que, una vez instalado en el router (con tecnología Wi-Fi) de un abonado a un servicio de acceso a Internet, permite a éste compartir parte de su ancho de banda con otros usuarios que se conectaran por el enlace Wi-Fi.

Para formar parte del grupo de abonados a un servicio de acceso a Internet que instalan el software gratuito en sus routers para compartir su ancho de banda, o del grupo de usuarios que acceden a través de ellos, es necesario estar registrado en FON.

Los abonados a un ISP (Internet Service Provider) que instalan el software gratuito suministrado por FON en sus routers para compartir su ancho de banda, creando así un punto de acceso FON (en lo sucesivo, AP), pueden optar por dos tipos de contraprestaciones:

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. Poder conectarse de forma gratuita en cualquier ubicación donde se detecte un AP creado por otro abonado a un acceso a Internet que haya instalado el software. Este tipo de usuario del servicio ofrecido por FON recibe el nombre de Linus.
2. Recibir una compensación dineraria por permitir que otros usuarios debidamente registrados hagan uso de su servicio de acceso a Internet. Este tipo de miembro recibe el nombre de Bills.

Los abonados que opten por este segundo tipo de contraprestación, así como cualquier otro usuario registrado en FON que no aporte un AP deberán abonar la correspondiente cantidad económica por utilizar los AP para acceder a Internet. Este último tipo de usuario que no pone a disposición de terceros ningún acceso a Internet pero paga por utilizar los AP disponibles recibe el nombre de Alien.

Asimismo, FON no dispone de ninguna infraestructura de red y se limita a operar las bases de datos y sistemas informáticos para gestionar el registro de usuarios, para controlar que sólo usuarios debidamente registrados hagan uso de los AP y para monitorizar los usuarios que acceden a través de cada AP. Estas infraestructuras y las tecnologías utilizadas son un servidor de autenticación, contabilización y autorización tipo Radius, una base de datos SQL para almacenar datos de usuarios y un software como servidor de portal cautivo instalado en el AP.

Una vez descrita la funcionalidad de FON, esta Comisión procede a determinar la necesidad de la inscripción del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife como operador para los supuestos previstos en relación con la posible explotación de una red inalámbrica y la prestación del servicio de acceso a Internet en diferentes ámbitos del municipio.

1. Sobre la explotación de red y la prestación del servicio de acceso a Internet en Oficinas Municipales y biblioteca municipal, Organismos Autónomos

De acuerdo con la descripción de servicio, cada ubicación municipal (dependencias de carácter cerrado) tendrá al menos una FONERA para permitir el acceso a Internet de sus empleados y trabajadores.

Según la descripción del Ayuntamiento, el mismo tendría la intención de permitir el acceso a Internet en sus dependencias municipales a los vecinos del municipio mediante el único requisito de presentar el D.N.I.

A este respecto habría que distinguir, entre los edificios que albergan servicios que por su naturaleza y por la vinculación de sus usuarios con los mismos, puede entenderse que la prestación del servicio de acceso a Internet es autoprestación, de aquellos otros en que no se da esta circunstancia.

Respecto de los primeros, teniendo en consideración que las FONERAS, tendrán una cobertura de 50 metros, nos encontraríamos ante un supuesto de autoprestación y por tanto no sería necesario que el Ayuntamiento realizara la notificación a esta Comisión, de conformidad con lo dispuesto en la normativa vigente

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, el Ayuntamiento será titular de las FONERAS y firmará con FON un acuerdo bajo perfil LINUS lo que implica que al mismo tiempo toda la comunidad FON, es decir el conjunto de usuarios de FON, tendrá acceso a Internet en las instalaciones municipales o en sus inmediaciones, ya que la cobertura de un acceso inalámbrico no puede restringirse únicamente al interior del edificio.

En este escenario, la empresa FON en relación con su Comunidad (la Comunidad FON) se convierte en un prestador del servicio de acceso a Internet tal y como se indicó por esta Comisión en el expediente RO 2006/222. Por otro lado, el propio Ayuntamiento permite a la empresa FON explotar esa red. Dado que dicha empresa realizaría un aprovechamiento de la red inalámbrica que es de titularidad del Ayuntamiento de Tenerife, FON se convertiría en un explotador de red tal y como se establece en la definición de explotador de red de comunicaciones electrónicas contenida en el ANEXO II de la LGTel.

Por otra parte, el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife indica que él mismo *“gestionará el acceso a Internet mediante la Contratación de Accesos de Banda (ADSL) a su cargo con las Operadoras de Telecomunicaciones que operan en el Municipio”*.

El servicio de acceso a Internet, es un servicio de comunicaciones electrónicas consistente en la transmisión de datos disponibles al público, cuya prestación por un operador exige la respectiva notificación a esta Comisión a los efectos de su inscripción en el Registro de operadores.

En la documentación remitida por el Ayuntamiento, se señala que el servicio no se prestará directamente por la Administración sino por un operador debidamente habilitado contratado por dicho Ayuntamiento. De lo que se deduce que será este operador al que se le exija el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 6.2 de la LGTel.

No obstante, si el Ayuntamiento decidiera prestar el servicio de acceso a Internet, al público en general fuera de los supuestos anteriormente señalados, no nos encontramos ante un supuesto de autoprestación, por lo que será necesario que el Ayuntamiento realice la notificación a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel.

2. Sobre la explotación de red y la prestación del servicio de acceso a Internet en ubicaciones de dominio público como parques y colegios.

Para las ubicaciones de dominio público, también denominadas zonas de carácter abierto, las FONERAS son instaladas fuera de las oficinas municipales, bajo titularidad del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife. Asimismo, es el Ayuntamiento el que otorga los permisos de acceso a Internet, mediante un password por usuario, convirtiendo a dicho Ayuntamiento en prestador del servicio de acceso a Internet a sus ciudadanos, al mismo tiempo que explotador de una red.

Sobre la misma red inalámbrica, FON también explotaría dicha red, tal como se indicó en el apartado anterior, prestando, asimismo, un servicio de acceso a Internet a sus miembros de la Comunidad FON.

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sobre la misma red podría haber dos prestadores de servicios de Acceso a Internet, es decir FON y el Ayuntamiento, cada uno a su propia comunidad. En consecuencia ambos deberían proceder a notificar a esta Comisión su intención de explotar una red y prestar un servicio de comunicaciones electrónicas, al objeto de que se produzca su inscripción en el Registro de Operadores como operador, remitiendo la documentación señalada en el artículo 5 del Reglamento del Servicio Universal.

En concreto, cuando se trate de persona jurídica se deberá remitir la siguiente documentación:

- Razón social.
- Número de identificación fiscal y datos registrales.
- Domicilio en España a efectos de notificaciones.
- Nombre y apellidos de la persona responsable a los efectos de notificaciones.
- Documentación que acredite la capacidad y representación del representante.

En cuanto a la descripción de la red o servicio que el interesado tiene intención de explotar o prestar deberá incluir:

- Breve descripción de la ingeniería y diseño de la red, en su caso.
- Tipo de tecnología o tecnologías empleadas.
- Descripción de las medidas de seguridad y confidencialidad que se prevén implantar en la red, en su caso.
- Descripción funcional de los servicios.
- Oferta de servicios y su descripción comercial.

Asimismo, el interesado deberá comunicar:

- La fecha prevista para el inicio de la actividad.
- La sumisión a tribunales españoles y, si así lo desea el interesado, al arbitraje de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en los términos establecidos en su reglamento y en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, para resolver las controversias que surjan en el ejercicio de su actividad.
- Y aportar una declaración responsable de cumplimiento de los requisitos exigibles.

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Si la notificación no reúne los requisitos mencionados, en un plazo no superior de 15 días, se dictará la correspondiente resolución motivada, teniendo la notificación por no realizada.

3. Sobre la explotación de red y la prestación del servicio de acceso a Internet en zonas comunitarias: Comunidades de propietarios, Asociaciones de vecinos y similares.

Para la prestación del servicio de acceso a Internet en zonas como las Asociaciones de vecinos y las Comunidades de propietarios, el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife *“distribuirá gratuitamente las FONERAS necesarias a estas organizaciones quienes se encargarán de la contratación de los accesos de Banda Ancha con las Operadoras de Telecomunicaciones directamente”*.

En este caso, las Comunidades de propietarios y Asociaciones son las titulares de sus FONERAS y, del escrito del Ayuntamiento se desprende que son ellas quienes fijarán el perfil de usuario frente a FON. Probablemente lo hagan bajo el perfil LINUS que el Ayuntamiento ha indicado que firmará en sus ubicaciones municipales y en los espacios de dominio público, entendiéndose que es el único que firma para las 2000 FONERAS a desplegar. En este caso el servicio estaría en autoprestación para la comunidad y asociación.

Al mismo tiempo, sobre la misma red inalámbrica, FON también la explota y presta un servicio de acceso a Internet para los usuarios de la Comunidad FON.

Sin embargo cabe señalar que si las Comunidades de propietarios y asociaciones de Vecinos, establecieran algún sistema para permitir revender, distribuir, o compartir su ancho de banda a terceros se convertirían en prestadores de servicio de acceso a Internet quedando obligados a inscribirse en esta Comisión.

Al respecto cabe señalar que, tal y como se indico en el expediente RO 2006/222, *“gran parte de los ISPs diferencian de entre sus abonados a aquéllos que tienen condición de cliente final, mayoritariamente particulares, e introducen cláusulas en los contratos que indican el uso exclusivo por parte de abonado, incluso restringiendo el ámbito de prestación al domicilio de instalación y prohíben explícitamente poder compartir/revender/distribuir el acceso a terceros. De hecho, en el escrito remitido, FON ya indica que se propone llegar a acuerdos con ISPs para que no impidan que sus abonados puedan compartir su capacidad excedente de ancho de banda, o sea su conexión. De ello podría deducirse que FON reconoce que para ofrecer su servicio no basta sólo con llegar a un acuerdo con los abonados a los ISPs para que compartan su red Wi-Fi, router y conexión, sino que, siendo éstos a su vez usuarios finales de un ISP, debe llegar también a un acuerdo con los propios ISP que son en último término quienes realmente suministran el acceso a Internet.”*

VII.- Sobre la gratuidad del servicio.

El Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife plantea si puede ofrecer el servicio de acceso a Internet a sus vecinos de forma gratuita.

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Al respecto, la legislación de telecomunicaciones establece, de forma general, el principio de libertad en la fijación de precios por los operadores, es decir, los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas podrán exigir una remuneración o no en función de su plan de negocio. No obstante, la aplicación de tal principio ha de ejercerse con respeto al mantenimiento de las reglas de la libre competencia, debiendo esta Comisión intervenir en aquellos casos en los que el ejercicio del derecho a establecer libremente los precios por los operadores pueda distorsionar la libre competencia.

En todo caso, la prestación de servicios en régimen de libre competencia debe financiarse por medio de los rendimientos de la explotación de la misma, no pudiendo neutralizarse pérdidas con transferencias de fondos públicos. La única financiación externa permitida es que cumpla con el principio del inversor privado en una economía de mercado.

La prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas constituye, tal y como ya se ha manifestado por esta Comisión en otras ocasiones⁵, una actividad liberalizada y no un servicio de titularidad pública. Un Ayuntamiento, directamente o a través de un tercero, puede intervenir en el mercado de las telecomunicaciones como un agente económico más, compitiendo con el resto de operadores en la actividad de establecer y explotar redes o prestar servicios de telecomunicaciones.

En este caso, su actividad estará sometida tanto a la normativa sectorial de las telecomunicaciones como al resto de la normativa reguladora de la libre competencia que pueda ser de aplicación a estas actividades desarrolladas por el Ayuntamiento.

Las Administraciones Públicas deberán formar sus ofertas de precios a los usuarios de servicios o redes públicas de comunicaciones electrónicas de conformidad con las reglas que rigen los mercados en competencia, exigiendo a cambio la correspondiente remuneración.

Por ello, las Corporaciones Locales, dada su condición de Administraciones Públicas, están sometidas a lo dispuesto en el artículo 8.4 de la LGTel, a cuyo tenor, la prestación o explotación en el mercado de servicios o redes de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas se deberá ajustar a lo dispuesto en la citada ley 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, imponerles condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia.

⁵ Acuerdos del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fechas 5 de junio de 2003 por el que se contesta la consulta formulada por el Consorcio Local "Localret" sobre el título necesario para el establecimiento de una red de telecomunicaciones inalámbrica basadas en el estándar 802.11b del IEE para posibilitar la cobertura de acceso a Internet de alta velocidad; de fecha 18 de octubre de 2007, por el que se contesta la consulta formulada por el Ayuntamiento de Carlet sobre la necesidad de constituirse en operador para la prestación del servicio de acceso a Internet, así sobre la posible gratuidad del servicio, y de 6 de marzo de 2008, por el que se da contestación a la consulta formulada por el ayuntamiento de Espulgues de Llobregat sobre la necesidad de constituirse en operador para la explotación de una red inalámbrica y la prestación del servicio de acceso a Internet, así como la posible gratuidad del servicio.

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Precisamente, debido a la especial posición que ostenta toda Administración Pública, esta separación contable constituye un medio adecuado para detectar la posible realización de prácticas que puedan distorsionar la libre competencia y que no estuvieran justificadas objetivamente. Esta mayor transparencia que implica la separación contable no sólo permite una intervención *ex post* más fácil por el acceso a la información, sino que evita, la mayoría de las veces, que se produzca la distorsión de la competencia, dificultando su ocultación.

No obstante, el Reglamento del Servicio Universal contempla en su artículo 4, de forma expresa, una excepción al régimen general descrito. Así, se dispone que:

“Conforme al artículo 8.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en la explotación de redes o servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones públicas con contraprestación económica serán de aplicación las condiciones impuestas, en su caso, por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para garantizar la libre competencia.

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

En consecuencia, las Administraciones Públicas deberán prestar servicios de comunicaciones electrónicas a cambio de la correspondiente contraprestación económica. La regulación vigente contempla únicamente la excepción señalada en el Reglamento de Servicio universal relativa a la posibilidad de que las entidades locales de forma transitoria presten servicios de comunicaciones electrónicas a sus ciudadanos sin contraprestación económica, en función de la importancia de los servicios prestados, de la existencia en ese ámbito territorial de condiciones de mercado que permitan el acceso a dichos servicios o de la distorsión de la libre competencia, exigiendo que dicha circunstancia sea previamente notificada a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, para que, si lo estima conveniente, imponga las condiciones específicas que considere oportunas.

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

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por cuanto se refiere a la utilización de una red inalámbrica (WIFI) por parte de un Ayuntamiento para prestar a sus ciudadanos, de forma gratuita, un servicio de acceso a Internet, es conveniente recordar la doctrina constante de la Comisión Europea en este terreno (por todos véase la Decisión de la Comisión Europea, de 30 de mayo de 2005, en el caso de Ayuda de Estado nº NN 24/2007 –República Checa, sobre la ¡Red Radio del Municipio de Praga”) en el sentido de que no constituye una ayuda de estado contraria al artículo 87 del Tratado de la Unión Europea el establecimiento y operación , por parte de la autoridad local, de una red radio que permita a todos los ciudadanos de las áreas de cobertura el tener **acceso gratuito** en banda ancha (usando su ordenadores portátiles, sus terminales móviles, ...) **limitado a las “websites” del sector público y a su contenido**. Por tanto, si el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife notifica a esta Comisión su intención de establecer una red WIFI con el fin de que sus ciudadanos puedan tener, de forma transitoria, acceso gratuito a servicios de información ciudadana que el mismo ayuntamiento u otro organismo oficial quiera establecer, esta Comisión tendrá presente esta doctrina.

VII.-Conclusión.

De conformidad con lo expuesto anteriormente podemos concluir lo siguiente:

- Cuando el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife explote la red y preste el servicio de acceso a Internet a sus empleados en Oficinas Municipales, Bibliotecas Municipales y demás edificios públicos, al encontrarnos en un régimen de autoprestación, no será necesario que dicho Ayuntamiento realice la notificación ante esta Comisión. Este mismo régimen será de aplicación para la prestación a los usuarios en Bibliotecas o edificios en que se presten los servicios municipales cuando para la satisfacción de los fines que le son propios, sea necesaria dicha prestación.
- Para cualquier otro caso de explotación de red y prestación del servicio de acceso a internet al público en general, ya sea en espacios abiertos de dominio público, o en ,edificios públicos el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife deberá notificar a esta Comisión su intención de explotar una red y prestar un servicio de comunicaciones electrónicas, de conformidad con lo previsto en el artículo 6.2. de la LGTel. En estos casos sólo podrá prestar el servicio de acceso a Internet de forma gratuita si lo hiciera de forma transitoria siempre comunicando esta circunstancia a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la cual podrá establecer condiciones adicionales para la prestación. Si se tratara de acceso limitado a websites públicas, esta Comisión no establecería condiciones de ningún tipo.
- Finalmente, para el caso de las comunidades de propietarios, asociaciones de vecinos y similares, el Ayuntamiento no deberá realizar notificación alguna ante esta Comisión, en razón de no explotar una red ni prestar un servicio de comunicaciones electrónicas.

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera