

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA DEL AYUNTAMIENTO DE SANTA CRUZ DE TENERIFE SOBRE EL CONVENIO DE COLABORACIÓN QUE PRETENDE FORMALIZAR CON CABLEUROPA, S.A.U. PARA EL DESPLIEGUE DE UNA RED WIFI EN SU TÉRMINO MUNICIPAL CNS/DTSA/1334/14/CONVENIO DE COLABORACIÓN AYTO. TENERIFE

18 de diciembre de 2014

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su reunión de 18 de diciembre de 2014, ha aprobado la presente contestación a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife sobre el Convenio de Colaboración que pretende formalizar con el operador Cableuropa, S.A.U. –en adelante, ONO- para el despliegue de una red WiFi en su término municipal.

1. OBJETO

Con fecha 3 de julio de 2014, el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife puso en conocimiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – en adelante, CNMC- su intención de formalizar un Convenio de Colaboración con ONO para el despliegue de una red WiFi dentro de su término municipal, cuya copia adjuntó a su escrito.

A tal efecto, el citado Ente Local consultó a esta Comisión sobre las siguientes cuestiones:

- Sobre la *“legalidad de la suscripción”* del citado Convenio de Colaboración.
- Sobre la aplicación de la Circular 1/20101, de 15 de junio, por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas –en adelante, Circular 1/2010- al Convenio de Colaboración mencionado.
- Sobre *“la posible (...) distorsión de la competencia con la suscripción del Convenio objeto de análisis”*.

Posteriormente, en fecha 17 de julio de 2014, el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife presentó una propuesta de informe de su Dirección General de Organización, Régimen Interno y Tecnología –Servicio de Tecnología y Protección de Datos- y la copia de una segunda versión del Convenio de Colaboración, con determinados cambios respecto de la versión comunicada junto a su escrito de fecha 3 de julio de 2014. A efectos del presente informe, se tendrá en cuenta únicamente esta segunda versión por ser la más reciente.

2. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

La competencia de la CNMC para contestar a esta consulta resulta de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia –en adelante, LCNMC-, la CNMC actuará como órgano consultivo sobre las cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos. Asimismo, el artículo 6 del citado texto legal establece que la CNMC *“supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas. En particular, ejercerá las siguientes funciones: (...) 5. Realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de las Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo”*.

A tal efecto, el artículo 70.2.1) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones –en adelante, LGTel- señala que la CNMC *“podrá ser consultada en materia de comunicaciones electrónicas por las comunidades autónomas y las corporaciones locales”*.

Por todo ello, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC resulta competente para emitir este informe, en virtud de lo previsto en el artículo 21.2 de la LCNMC y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

El presente informe se emite sin perjuicio de las competencias en materia de control de Ayudas de Estado, que corresponden a la Comisión Europea, de conformidad con el artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

3. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO OBJETO DEL CONVENIO DE COLABORACIÓN

Según consta en el Convenio de Colaboración objeto de análisis, ONO va a desplegar su propia red inalámbrica WiFi compuesta de sistemas inalámbricos basados en el estándar 802.11 a/b/g/n y variantes en el espectro 2,4 GHz/5GHz en el municipio de Santa Cruz de Tenerife, sobre la que prestará servicios de comunicaciones electrónicas a terceros.

De esta manera, ONO, como titular-propietario de dicha red WiFi, se encargará de (i) instalar los puntos de acceso WiFi en diferentes ubicaciones y (ii) realizar las labores de mantenimiento y reparación de la red citada.

Asimismo, sobre la base de dicha red, ONO prestará, en su propio nombre y derecho, el servicio de acceso a Internet a los ciudadanos y visitantes del municipio –denominados “no clientes de ONO”- de forma gratuita durante una semana con una capacidad de 500 Mega Bytes (MB) (DS+US2), previa identificación del usuario y la utilización de una contraseña. Transcurrido el citado periodo semanal y/o consumido los 500 MB, ONO bloqueará al usuario y al dispositivo el acceso a su red WiFi.

Al margen de lo anterior y del Convenio de Colaboración sometido a informe, ONO podrá explotar la red WiFi para prestar servicios de comunicaciones electrónicas a sus clientes en condiciones comerciales.

A la vista de lo anterior, la colaboración municipal y, por tanto, el objeto del convenio analizado es “acordar la difusión del despliegue realizado por ONO de una red propia de Wi-Fi en el término municipal de Santa Cruz de Tenerife”.

De esta manera, ONO se obliga, entre otras cuestiones, a incluir el logo municipal en su portal de conexión www.onowifi.es, así como “incluir el logo y mencionar la colaboración del Ayuntamiento en el plan de comunicación que se haga en el municipio del citado Convenio”.

Por su parte, el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife se obliga a (i) estudiar y permitir la instalación, en el mobiliario urbano desplegado en las áreas de cobertura de la citada red inalámbrica WiFi, de carteles informativos de reducidas dimensiones -30x30cm- que contengan el logo “ONOWiFi” junto con el logo de colaboración municipal y (ii) favorecer la campaña de comunicación realizada por ONO.

El Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife no ha remitido ninguna cuantificación de los importes que suponen los servicios de publicidad que se prestarán las partes mutuamente.

Por último, la vigencia del citado Convenio de Colaboración es anual, sometido a prórrogas anuales tácitas entre las partes, salvo que una de las partes notifique a la otra su intención de no renovarlo con un preaviso de 2 meses de antelación.

4. CONTESTACIÓN A LAS CUESTIONES PLANTEADAS

Una vez descritas las principales características del convenio, procede dar contestación a las cuestiones planteadas por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, las cuales tienen como denominador común su posible afectación a la competencia, por lo que su contestación se realiza de forma conjunta y unitaria.

4.1 Consideraciones previas: legalidad de la suscripción del Convenio de Colaboración.

No existe en la legislación de telecomunicaciones una normativa específica sobre los contratos administrativos o convenios de colaboración que las Administraciones Públicas –en adelante, AAPP- tengan que celebrar con los operadores privados para establecer una publicidad mutua, por lo que se recuerda que deberá respetarse la normativa general relativa a tales contratos o convenios.

No entra dentro del ámbito competencial de la CNMC la determinación de la figura jurídica concreta que el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife debe emplear, pudiendo elegir cualquier modalidad de las previstas en la citada normativa general de contratación pública.

No obstante y según consta en el Convenio de Colaboración analizado, el Ente Local justifica su actuación en difundir el servicio gratuito de acceso a Internet WiFi de ONO para “atender la mejora en la prestación de servicios de interés general”. Esta difusión debe, en todo caso, respetar los principios de igualdad y no discriminación entre operadores y ello especialmente en lo que se refiere a la ocupación de dominio público

local. De ahí que la formalización del mencionado convenio con un único operador –ONO- debe ser evaluada desde la normativa sectorial de telecomunicaciones.

El artículo 3 de la LGT señala los objetivos y principios de interés general que deben inspirar la actuación de todas las AAPP, entre otros: *“Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones para potenciar al máximo los beneficios para las empresas y los consumidores, principalmente en términos de bajada de los precios, calidad de los servicios e innovación, teniendo debidamente en cuenta la variedad de condiciones en cuanto a la competencia y los consumidores que existen en las distintas áreas geográficas, y velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en la explotación de redes o en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluida la transmisión de contenidos”.*

“Promover el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, fomentando la conectividad y la interoperabilidad extremo a extremo y su acceso, en condiciones de igualdad y no discriminación”.

“Promover la inversión eficiente en materia de infraestructuras incluyendo, cuando proceda, la competencia basada en infraestructuras, fomentando la innovación y teniendo debidamente en cuenta los riesgos en que incurren las empresas inversoras”.

“Hacer posible el uso eficaz de los recursos limitados de telecomunicaciones, como la numeración y el espectro radioeléctrico, y la adecuada protección de este último, y el acceso a los derechos de ocupación de la propiedad pública y privada”.

En conclusión, con carácter general, tal y como señaló la CMT en sus Resoluciones de fechas 24 de marzo de 20113 y 2 de mayo de 20134, no se plantea ninguna objeción a la firma de la propuesta de Convenio de Colaboración analizado como instrumento jurídico, siempre y cuando –como se verá más adelante- se garantice el derecho de otros operadores a la prestación de tales servicios y la ocupación del dominio público local en condiciones similares.

4.2 Afectación a la competencia del servicio gratuito de acceso a Internet prestado por ONO y sometimiento del proyecto a la Circular 1/2010.

Como se ha señalado anteriormente, ONO ofrecerá, bajo su responsabilidad, el servicio gratuito de acceso a Internet a los ciudadanos y a los turistas del término municipal de Santa Cruz de Tenerife durante una única semana, con una capacidad de 500 MB (DS+US), previa identificación del usuario y la utilización de una contraseña.

El artículo 2.1 de la LGTel califica las telecomunicaciones como servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia. Se trata, por tanto, de una actividad liberalizada que conlleva, naturalmente, el ejercicio de una actividad económica que no sería tal si los operadores privados no pudieran esperar el lógico retorno de las inversiones que realizan en el sector.

En general, los operadores deben obtener ingresos compatibles con los existentes en una economía de mercado y, de manera prioritaria, derivar de la existencia de un precio a satisfacer por los usuarios finales del servicio.

Sin embargo, la prestación gratuita de servicios de comunicaciones electrónicas a terceros por parte de operadores privados, como ONO, en principio no está prohibida ya que rige en el mercado el principio de libertad de precios. Siendo esto así, la prestación gratuita del servicio de acceso a Internet WiFi descrito por parte de ONO se enmarca dentro de la política de empresa de dicho operador.

De forma adicional, ha de manifestarse que la CNMC ve positiva la prestación por ONO del servicio indicado en tanto en cuanto no entiende que vaya a perjudicar a la competencia, sino más bien lo contrario. Se trata de un servicio transitorio a la ciudadanía de una semana.

Por otra parte, siempre que la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas se realice por los operadores privados sin participación de capital público en cualquiera de sus formas –subvenciones, acciones, préstamos a bajo interés, etc.–, esta actividad no está sujeta a la Circular 1/2010 por no concurrir el ámbito subjetivo de la citada disposición normativa.

Por ello, debe analizarse la actividad de difusión publicitaria que pretenden realizar de forma recíproca el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife y ONO, tal y como se desprende de las cláusulas primera, sexta, séptima y novena del citado Convenio de Colaboración con el objeto de conocer si se produce un traspaso de fondos públicos de la entidad municipal al operador. Así, la cláusula primera del Convenio de Colaboración señala que el objeto del mismo es *“acordar la difusión del despliegue realizado por ONO de*

una red propia de Wi-Fi en el término municipal de Santa Cruz de Tenerife”. La cláusula sexta dispone que ONO se obliga, entre otras cuestiones, a incluir el logo municipal en su portal de conexión www.onowifi.es en los términos acordados entre ambas partes y citar la colaboración municipal en su plan de comunicación.

Asimismo, en la cláusula séptima del convenio de colaboración se señala que el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife se obliga a (i) estudiar y permitir la instalación, en mobiliario urbano en áreas de cobertura de la citada red inalámbrica WiFi, de carteles informativos de reducidas dimensiones (30x30cm) que contengan el logo “ONOWiFi” junto con el logo de colaboración municipal y (ii) favorecer la campaña de comunicación realizada por ONO.

Además, la cláusula novena del convenio señala que *“todos los anuncios, revelaciones y comunicaciones públicas relativas al convenio deberán ser acordados entre ambas partes de forma previa. (...) A este respecto, ambas partes acuerdan realizar una presentación conjunta a los medios de comunicación sobre la firma del presente convenio y su contenido”*.

De la lectura conjunta de las cláusulas mencionadas, se desprende que el Convenio de Colaboración soporta un intercambio de prestaciones en especie - publicidad- entre ambas partes. Si la aportación municipal fuera muy superior a la del operador y por unos importes elevados, esta intervención podría constituir una ayuda a la red Wifi de ONO que debería analizarse a la luz de la Disposición adicional primera de la Circular 1/2010.

Como se ha señalado, no se ha aportado entre la documentación remitida por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, un cálculo de los importes que las contraprestaciones de las partes van a implicar. Sin embargo, el hecho de que el Convenio de Colaboración prevea obligaciones publicitarias de alcance similar para ambas partes permite deducir que de existir ayuda, su importe sería mínimo.

Por ello, el foco de atención debe trasladarse hacia la ventaja que puede suponer el hecho de que ONO reciba publicidad municipal y ciertas facilidades para la ocupación del dominio público local o para la instalación de su propia publicidad en el mobiliario urbano propiedad del Ayuntamiento, lo cual resulta difícil de cuantificar en términos económicos.

A este respecto, deben hacerse las siguientes consideraciones: - La CNMC considera que el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife debería buscar fórmulas que eviten tratar de forma distinta a ONO frente al resto de operadores de forma que su despliegue y prestación de servicios puedan realizarse en condiciones similares a las que el Ayuntamiento está ofreciendo a ONO.

Por ello, se recuerda al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife que no debería limitar su actividad de publicidad o patrocinio a un único operador de comunicaciones electrónicas sino que ésta ha de poder ser ofrecida al resto de operadores presentes en el municipio que deseen prestar, a su vez, servicios de comunicaciones electrónicas similares a los previstos en el Convenio de Colaboración analizado. En este sentido, el propio Ente Local podría ofrecer esta ventaja a los operadores dando publicidad a la fórmula elegida con ONO o, en caso contrario, debería utilizar otras fórmulas jurídicas que respeten y garanticen los principios de publicidad, libre concurrencia y no discriminación.

También, si el Ayuntamiento va a otorgar ventajas para que ONO coloque su publicidad en marquesinas municipales, deberá otorgar las mismas ventajas a otros operadores de comunicaciones electrónicas.

- Asimismo, el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife debe tener en cuenta que los artículos 29 y 30 de la LGT reconocen el derecho individual de los operadores a la ocupación del dominio público y de la propiedad privada en la medida que ello es necesario para la instalación – establecimiento- de la mencionada red inalámbrica WiFi de ONO.

La ocupación del dominio público es considerada por la LGTel como el supuesto general o habitual –artículo 30-, mientras que la posibilidad de ejercicio de ese derecho sobre la propiedad privada –artículo 29- se configura como un supuesto supletorio sólo para *“cuando resulte estrictamente necesario para la instalación de la red en la medida prevista en el proyecto técnico presentado y siempre que no existan otras alternativas técnica o económicamente viables, ya sea a través de su expropiación forzosa o mediante la declaración de servidumbre forzosa de paso para la instalación de infraestructura de redes públicas de comunicaciones electrónicas”*.

- Pues bien, la cláusula tercera del Convenio de Colaboración analizado, relativa al *“Despliegue de la red inalámbrica WiFi”*, hace referencia a dos cuestiones que merecen ser tratadas en el presente informe por su posible impacto en la competencia: (i) la obligación de ONO de comunicar al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife los emplazamientos concretos de los puntos de acceso WiFi y, (ii) la colaboración municipal a través del órgano competente para la obtención, por parte de ONO, del permiso o autorización para la instalación de sus puntos de acceso WiFi en dominio público local.

Desde el punto de vista de la normativa sectorial de telecomunicaciones, la obligación de ONO de comunicar al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife los emplazamientos concretos de los puntos de acceso de su red inalámbrica WiFi únicamente puede ser entendida como está configurada formalmente en el proyecto de Convenio, esto es, como una previsión de comunicación a título meramente informativo.

Esto se señala específicamente porque la capacidad para decidir y determinar en qué lugares públicos y/o privados se van a instalar tales puntos de acceso WiFi corresponde exclusivamente a ONO en su condición de único titular de la citada red WiFi y del servicio de acceso a Internet que se presta sobre la misma.

En este sentido, el artículo 34.3 de la LGTel señala que la normativa elaborada por las AAPP que afecte al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas y los instrumentos de planificación territorial o urbanística no podrá establecer restricciones absolutas o desproporcionadas al derecho de ocupación del dominio público y privado de los operadores ni imponer soluciones tecnológicas concretas, itinerarios o ubicaciones concretas en los que instalar infraestructuras de red de comunicaciones electrónicas. Cuando una condición pudiera implicar la imposibilidad de llevar a cabo la ocupación del dominio público o la propiedad privada, el establecimiento de dicha condición debe estar plenamente justificado e ir acompañado de las alternativas necesarias para garantizar el derecho de ocupación de los operadores y su ejercicio en igualdad de condiciones.

Asimismo, las AAPP deben contribuir a garantizar y hacer real una oferta suficiente de lugares y espacios físicos en los que los operadores decidan ubicar sus infraestructuras identificando dichos lugares y espacios físicos en los que poder cumplir el doble objetivo de que los operadores puedan ubicar sus infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas así como la obtención de un despliegue de las redes ordenado desde el punto de vista territorial.

En todo caso, únicamente pueden existir restricciones al derecho de ocupación del dominio público local cuando éstas estén motivadas y justificadas en el ejercicio de sus propias competencias municipales – urbanismo, ordenación del territorio, entre otras- ya que, en caso contrario, ello colisionaría con el derecho de ocupación del dominio público reconocido en la normativa sectorial de telecomunicaciones.

- Por otra parte, la previsión de la cláusula tercera del Convenio sobre una colaboración municipal, a través del órgano competente, para la obtención por parte de ONO del permiso o autorización para la instalación de sus puntos de acceso WiFi en dominio público local no puede implicar otorgar un trato más favorable a ONO.

De conformidad con el artículo 30, párrafo segundo, de la LGT, el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, en su condición de titular del dominio público local, debe garantizar el acceso de todos los operadores a dicho dominio en condiciones neutrales, objetivas, transparentes, equitativas y no discriminatorias, sin que en ningún caso pueda establecerse un derecho preferente o exclusivo de acceso u ocupación de dicho dominio público en beneficio de un operador determinado o de una red concreta de comunicaciones electrónicas. En particular, el citado artículo prohíbe expresamente que el derecho de ocupación del dominio público para la instalación o explotación de una red se otorgue mediante procedimiento de licitación –artículo 30 LGT-.

Por ello, se advierte de que la mencionada colaboración municipal perfilada en la cláusula tercera del Convenio de Colaboración sometido a análisis tendría que ofrecerse a otros operadores si lo necesitan, para no vulnerar los principios de un acceso no discriminatorio y neutral al dominio público local, que recoge el artículo 30 de la LGTel. Dicha discriminación, si supone una restricción significativa, podría suponer además un posible impacto negativo en la competencia.

En definitiva y como conclusión de todo lo anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC considera que el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife que no debe limitar su actividad de publicidad o patrocinio a un único operador de comunicaciones electrónicas sino que ésta ha de poder ser extensible al resto de operadores presentes en el municipio que deseen prestar servicios de comunicaciones electrónicas similares a los previstos en el Convenio de Colaboración.

Asimismo, el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife deberá facilitar idénticas condiciones de ocupación del dominio público local al resto de operadores, de conformidad con la normativa sectorial de telecomunicaciones.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado.