



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 29/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 10 de septiembre de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Kubi Wireless, S.L. contra la Resolución de fecha 26 de mayo de 2009, relativa al procedimiento para la determinación de la necesidad de establecer condiciones para la prestación gratuita de servicios de acceso a internet via wifi en Barcelona por el Instituto Municipal de Informática (AJ 2009/1081)

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Barcelona comunicó a esta Comisión su intención de llevar a cabo el proyecto denominado "*Wifi ciutadà*" a través del Instituto Municipal de Informática (IMI), consistente en la instalación de puntos de acceso condicionado y limitado a Internet.

El servicio se pretende prestar, además de en centros cívicos y culturales, instalaciones deportivas, mercados municipales y otros edificios públicos, en el interior de patios de manzana y parques municipales cerrados, por lo que el IMI presentó una consulta a esta Comisión en la que solicitaba la confirmación de que la prestación en tales lugares y con limitaciones horarias no distorsiona la libre competencia en el mercado.

SEGUNDO.- Tras la consulta del IMI, esta Comisión inició un procedimiento para determinar la necesidad de establecer condiciones para la prestación del servicio de acceso Wifi gratuito en Barcelona.



El procedimiento concluyó con la resolución recurrida, de fecha 26 de mayo de 2009, por la que se resuelve autorizar la prestación del servicio con ciertas condiciones, como las limitaciones horaria, temporal, de capacidad y contenidos.

TERCERO.- Contra la anterior resolución Kubi Wireless, S.L. (en adelante Kubi Wireless) presentó un recurso de reposición que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 2 de julio de 2009.

El recurso de Kubi Wireless está basado en los siguientes motivos:

- En la resolución recurrida, pese a que se descarta que el servicio de acceso Wifi en parques y patios de manzana que el IMI pretende prestar sea un supuesto de autoprestación, no se hace referencia al cumplimiento de las obligaciones de los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas y, en concreto, los que resulten aplicables a los proveedores de acceso a Internet.

- En la prestación del servicio básico no se realiza ningún tipo de identificación al usuario final, tal y como exige la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones (Ley de conservación de datos). Además, el IMI tampoco podría cumplir las órdenes de interceptación legal de comunicaciones de los usuarios. Es por ello que la recurrente solicita que se aclare si el IMI podrá prestar un servicio básico sin establecer ningún mecanismo de identificación.

- En cuanto al alcance del servicio básico, Kubi Wireless indica que la resolución recurrida no se refiere a la inclusión en el servicio básico al acceso al correo electrónico. Esta mención sería necesaria porque, a su juicio, este servicio ha de entrar dentro de las exclusiones del servicio prestado por el IMI, pues en caso contrario se distorsionaría la competencia.

CUARTO.- En fecha 31 de julio de 2009 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión el escrito de alegaciones del IMI al recurso de reposición de Kubi Wireless, S.L. El IMI alega, en síntesis, lo siguiente:

- La innecesidad de que esta Comisión aclare la resolución recurrida, puesto que las condiciones para la prestación del servicio Wifi Ciutadà son, además de las específicas en ella establecidas, las fijadas en la normativa para cualquier operador. La autorización para la prestación de dicho servicio lo es con las características que el IMI ha comunicado a esta Comisión en la instrucción del expediente en el que recayó la resolución recurrida.
- En la prestación “acceso básico” del servicio Wifi Ciutadà, no sería necesaria la identificación de los usuarios porque la Ley de conservación de datos sólo exige a los operadores la conservación de los datos de los abonados o usuarios registrados, condición que no tienen los usuarios del servicio Wifi Ciutadà. Además, dicha Ley no impone a los operadores un registro de sus clientes, como en el caso de los operadores de telefonía móvil con sus clientes de prepago. Finalmente, el IMI alega que la obligación de conservar los datos no es aplicable cuando, por la propia



naturaleza del servicio, no es técnicamente posible o no resultaría operativo recabarlos. En parecidos términos, el artículo 33.5 de la Ley General de Telecomunicaciones, refiriéndose a la interceptación de las comunicaciones, exige a los operadores de facilitar a los agentes facultados ciertos datos cuando, por las características del servicio, no estén a su disposición.

- El servicio Wifi Ciudadà prestado por el IMI, se limita a la navegación por Internet.

II FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación del acto.

El artículo 107 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP y PAC) establece que contra las resoluciones, entre otros actos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJAP y PAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, calificar el escrito presentado por Kubi Wireless como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha 26 de mayo de 2009, relativa al procedimiento para la determinación de la necesidad de establecer condiciones para la prestación gratuita de servicios de acceso a internet vía Wifi en Barcelona por el Instituto Municipal de Informática.

SEGUNDO.- Admisión a trámite.

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJAP y PAC y dentro del plazo de un mes desde la notificación del acto recurrido previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que procede su admisión a trámite.

TERCERO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJAP y PAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente tiene la condición de interesada por cuanto ya lo era en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida y por eso se le reconoce legitimación activa para la interposición del presente recurso potestativo de reposición.



CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

El artículo 107 de la LRJAP y PAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente tiene la condición de interesada por cuanto ya lo era en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida y por eso se le reconoce legitimación activa para la interposición del presente recurso potestativo de reposición.

III FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la infracción legal denunciada.

El recurso de Kubi Wireless se basa en la supuesta omisión por parte de esta Comisión de ciertas referencias a las obligaciones legales del IMI en su condición de prestador de servicios de comunicaciones electrónicas, aunque no identifica en qué precepto se contiene la previsión de que la resolución de un procedimiento iniciado para establecer obligaciones específicas a una administración pública que presta servicios de comunicaciones electrónicas debe incluir también las condiciones generales que deben respetar todos los operadores. Kubi Wireless tampoco señala ningún motivo de nulidad de pleno derecho o anulabilidad, pese a la previsión legal del artículo 107 de la LRJAP y PAC de que los recursos de alzada y potestativo de reposición deberán estar fundados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en el artículo 62 y 63 de dicha Ley. Por su parte, el artículo 110.1, en su apartado b), señala entre los requisitos de los recursos administrativos la razón de su impugnación.

La única infracción legal denunciada a la que podría referirse la recurrente de forma expresa es la del artículo 3 de la Ley de conservación de datos, pues entiende que la falta de mención a la obligación de conservar ciertos datos por parte de los operadores de comunicaciones electrónicas anularía la resolución recurrida.

Sin embargo, lo cierto es que en ningún momento del precepto citado se especifica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tenga que imponer expresamente dicho deber, sino que se trata de una obligación legal que han de cumplir los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas o exploten redes públicas de comunicaciones.

SEGUNDO.- Sobre el objeto de la Resolución recurrida.

El objeto del procedimiento en el que recayó la resolución recurrida, como se especifica en el acuerdo de inicio, de fecha 25 de marzo de 2009, no era otro que *“la determinación de la necesidad de establecer condiciones para la prestación, por el Ayuntamiento de Barcelona, de servicios de acceso Wifi gratuitos en el municipio de Barcelona”*.

Kubi Wireless solicita la anulación de la resolución recurrida y su sustitución por otra de idéntico contenido, pero que además se refiera expresamente a la obligación del IMI de prestar el servicio *Wifi Ciutadà* cumpliendo las condiciones generales aplicables a todos los operadores, de identificar a los usuarios del servicio de acceso básico, de cumplir con la normativa relativa a la interceptación de las comunicaciones, así como a la limitación de su



servicio a la navegación por Internet. De esta manera, reprocha en su recurso la omisión en la resolución recurrida de ciertas obligaciones que el IMI debería cumplir en su condición de operador de servicios de comunicaciones electrónicas.

Por lo tanto, más que la reposición del acto recurrido, se pretende ampliar su alcance. De hecho, la propia recurrente llama a los motivos de su recurso “necesidad de aclaración”.

Así las cosas, no se encuentran motivos para la reposición del acto recurrido y su sustitución por otro con idéntico contenido pero que, además, recoja de manera exhaustiva el catálogo de las obligaciones propias de los operadores de servicios y explotadores de redes de comunicaciones electrónicas, o al menos en lo que se refiere a las obligaciones recogidas en la Ley de conservación de datos o las relativas a la interceptación de las comunicaciones.

TERCERO.- Sobre las condiciones de prestación del servicio por parte del IMI.

Con carácter general, las condiciones para la prestación de servicios y para la explotación de redes de comunicaciones electrónicas se establecen en el artículo 8 de la LGTel y en el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril (RSU). Sin embargo, las allí recogidas no constituyen un catálogo completo de las obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico a los operadores, pues, como dice la recurrente, también están obligados al cumplimiento del resto de normas que les afecten, como la Ley de conservación de datos o el RSU en lo que se refiere a la interceptación legal de las comunicaciones.

Además de las obligaciones comunes para todos los operadores, esta Comisión puede imponer obligaciones específicas en determinadas circunstancias, como en el caso de los operadores declarados con poder significativo de mercado en un mercado de referencia o de administraciones públicas. Precisamente, la resolución recurrida fue dictada en ejercicio de las competencias que el artículo 8.4 de la Ley General de Telecomunicaciones atribuye a esta Comisión y recoge la condiciones específicas que debe cumplir el IMI en su condición de administración pública para garantizar que no se distorsiona la libre competencia, pero ello no empece el cumplimiento del resto de condiciones y obligaciones que, como operador de servicios de comunicaciones electrónicas, está obligado a respetar. La resolución recurrida no contiene una lista tasada de dichos deberes, cuyo cumplimiento se impone por Ley y no por la resolución de esta Comisión, que tampoco ha de recordar algo tan obvio como es la obligación de los operadores del cumplimiento de la legalidad vigente. En este sentido, el IMI estará obligado a respetar lo previsto de la Ley de conservación de datos en la medida en que le sea de aplicación sin que ello deba imponerse expresamente y sin que, por otra parte, esta Comisión pueda acordar ningún tipo de exención o dispensa a su favor.

Por último en cuanto a la alegación de Kubi en el sentido de que se excluya expresamente del servicio básico el servicio de acceso al correo, debe señalarse que, al haberse autorizado un servicio de acceso a internet, el mismo incluye cualesquiera aplicaciones que dicho acceso permita, salvo las excepciones expresamente señaladas, dentro de las cuales no está el acceso al correo, por lo que el mismo debe entenderse permitido.

En atención a todo lo que precede, esta Comisión

RESUELVE



ÚNICO.- Desestimar el recurso de reposición interpuestos por Kubi Wireless, S.L. contra la resolución de fecha 26 de mayo de 2009, relativa al procedimiento para la determinación de la necesidad de establecer condiciones para la prestación gratuita de servicios de acceso a internet vía Wifi en Barcelona por el Instituto Municipal de Informática.

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de que los interesados podrán ejercitar cualquier otro que estimen procedente.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.