



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. ALFONSO RAMOS DE MOLINS SAINZ DE BARANDA, 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 nº /05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día de de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

CONTESTACIÓN A LA CONSULTA PLANTEADA POR INFOGLOBAL, S.A. RELATIVA A LA ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL “RED.ES”

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DE LA CONSULTA.

Primero.- Con fecha 14 de junio de 2004, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito presentado por el representante legal de la entidad InfoGLOBAL, S.A. (en adelante IG), por el que se formulaba un requerimiento de análisis, definición de roles y posibles acciones a tomar respecto a determinadas actuaciones de la Entidad Publica Empresarial Red.es (en adelante Red.es). En el citado escrito se realizaba solicitud de análisis y aclaraciones sobre una pluralidad de cuestiones cuya concreción no quedaba expresada con la suficiente claridad. Por otro lado, se finalizaba el escrito con una serie de peticiones y recomendaciones a esta Comisión de cuya lectura no se podía determinar, con la suficiente exactitud, cual era el contenido de la solicitud de información formulada ni las funciones de esta Comisión cuyo ejercicio se solicitaba.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- Consultados los Registros Especiales cuya gestión está encomendada a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la entidad InfoGLOBAL, S.A. figura inscrita como persona autorizada para explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas.

Tercero.- Mediante escrito de 24 de junio de 2004, de conformidad con lo establecido en el artículo 71.1 de la LRJPA, se requirió a la entidad interesada para que en el plazo de 10 día hábiles, presentara los hechos, razones y aclaraciones necesarias para concretar con toda claridad la solicitud formulada.

Cuarto.- Con fecha 2 de julio de 2004, la entidad interesada presentó escrito de aclaración a su primer escrito solicitando la intervención de esta Comisión. En este escrito IG expone lo siguiente:

“HECHOS

1.- La Entidad Pública Empresarial Red.es (en adelante, “el Ente”) adjudicó el 26 de mayo de 2003 un contrato a la UTE Telefónica de España, S.A. e Hispasat para el despliegue de una red y la provisión del servicio de acceso a Internet en distintas zonas de nivel nacional (sin especificar) especialmente en áreas rurales, por importe de 28 millones de euros (Contrato-2003). Con posterioridad, ha vuelto a convocar un nuevo concurso (plazo de presentación hasta 9 de junio de 2004) sin publicidad previa conocida, por el mismo importe y similar en cuanto a su objetivo. En total, supone actuaciones por valor de 56 millones de euros (netos, sin IVA) desde 2003 a 2009. Los detalles de dichos contratos se proporcionan en el punto I del escrito anterior de 14 de junio.

2.- El Ente afirma que proporcionará el servicio de acceso a Internet en distintos ámbitos, siendo desconocido:

- El ámbito y usuarios concretos.*
- Precios y condiciones de prestación*
- Quién es realmente el operador o proveedor del servicio.*

3.- El ente afirma que revenderá capacidad, tanto de transporte y de acceso, sin conocer ningún tipo de condición o acuerdo de interconexión previo.

4.- El conjunto de las actuaciones supone la utilización de fondos públicos para la prestación de un servicio en régimen de competencia (acceso a Internet) y cuantitativamente supone la mitad de la exigencia de servicio universal en zonas rurales, según nuestras estimaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

5.- *El modelo planteado no permite al usuarios final objeto de la actuación, tanto privado como institucional, la libre elección del operador u operadores prestadores del servicio, que serán elegidos o elegido por el Ente. Asimismo, parece ser que es el propio Ente el proveedor del servicio final, según se puede deducir de algunas de sus afirmaciones en el pliego de concurso.*

6.- *No se tiene ninguna información sobre las actuaciones realizadas hasta el momento: usuarios, ámbito, naturaleza del servicio, precios, etc, por lo que es imposible planificar posibles despliegues alternativos.*

RAZONES

Por lo expuesto en el punto anterior, con todos los hechos detallados en el escrito de 14 de junio, consideramos:

1.- *Las actuaciones del Ente están distorsionando gravemente el mercado, al introducir servicios de telecomunicaciones disponibles al público en régimen de competencia con las siguientes consideraciones:*

- No se produce una elección directa del operador o proveedor por parte del usuario.*
- No se puede configurar una oferta específica desde los proveedores de servicio al usuario final.*
- Existe, de hecho, un monopolio de oferta desde el punto de vista del usuario y de demanda desde el punto de vista de los posibles proveedores de servicio.*

2.- *No se tiene una idea clara del papel o naturaleza jurídica del Ente, esto es, si es o no es un operador o proveedor de servicios. Uno de los aspectos más claros se refiere a la prerrogativa de reventa de capacidad IP a terceros, actividad CLARAMENTE tipificada en nuestra normativa vigente, y con la circunstancia agravante de no conocer las condiciones de dicha reventa o naturaleza del acuerdo de interconexión.*

3.- *No se tienen datos de las actuaciones realizadas hasta el momento ni el impacto que puede estar teniendo como elemento disuasorio para el despliegue, en régimen de competencia, de infraestructuras en entornos rurales.*

PETICIONES A LA CMT



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1.- Se requiere a la CMT para que analice y se PRONUNCIE sobre el modelo de actuaciones planteado por el Ente, y más concretamente.

1.1.- ¿Es o no es el Ente un operador?

1.2.- Si no se produce una elección directa del operador por parte del usuario ni puede conformar una oferta en régimen de libre competencia cualquier operador a través de este modelo, ¿Es o no es una distorsión del mercado?

1.3.- ¿Se está produciendo un monopolio de oferta desde el punto de vista del usuario y de demanda desde el punto de vista de otros proveedores de servicio?

1.4.- ¿Considera o no una distorsión del mercado la inversión de 56 millones de euros de fondos públicos en servicios de uso disponible al público liberalizados donde no hay elección directa entre la oferta y la demanda FINAL (usuario-proveedor)?

1.5.- ¿Considera o no la CMT que la reventa de capacidad de un servicio disponible al público liberalizado es una actividad propia de un operador? En caso afirmativo, se requiere a la CMT para que el Ente haga pública su oferta de interconexión a nivel nacional y las licencias y/o autorizaciones que la amparan para realizar dicha actividad.

2.- Se requiere a la CMT para que solicite o requiera, a su vez, datos sobre las actuaciones ya iniciadas amparadas por el Contrato-2003 por el Ente, y más concretamente:

- Usuarios a los que se está prestando el servicio: número, localización, naturaleza (pública, privada), precios y calidad de servicio.
- Usuarios futuros a los que se pretende ofertar el servicio: número, localización, naturaleza (pública, privada), precios y calidades de servicio.

Se considera que los datos anteriores son FUNDAMENTALES para evaluar cualquier iniciativa de despliegue de servicios de acceso a Internet en zonas rurales dada la dificultad, sino imposibilidad, de competencia en función del alcance, precios y condiciones de la oferta realizada por el Ente."

Quinto.- Mediante escrito de 18 de octubre de 2004 (recibido por Red.es el día 28 del mismo mes y año), se requirió a la entidad Pública Empresarial, Red.es para que emitiera el informe que estimara procedente sobre las cuestiones formuladas por IG, a cuyo efecto se le remitieron copias de los escritos presentados por la entidad solicitante de información.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sexto.- Con fecha 26 de enero de 2005, se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de Red.es mediante el cual, se daba contestación a la solicitud de informe practicada por esta Comisión con fecha 18 de octubre de 2004. En su informe, tras formular las manifestaciones que estimó oportuna, Red.es considera infundadas las alegaciones manifestadas por IG, toda vez que, a su juicio:

- *“Red.es no es, actualmente un operador de telecomunicaciones.*
- *Red.es es usuario de los servicios contratados en el marco de los procedimientos 118/03-DP y 322/04-DP. Red.es forma parte de la demanda de servicios, no pudiendo entenderse, en ningún caso, su actuación como una distorsión del mercado ni como la imposición de condicionamiento alguno para el resto de los usuarios.*
- *Red.es, actualmente, no está revendiendo capacidad a operador alguno.*
- *La información sobre usuarios, precios, calidades, etc., no puede ser recabada a esta Entidad al no ser Red.es un prestatario de servicios disponibles al público.”*

Séptimo.- Consultados los Registros Especiales cuya gestión está encomendada a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Entidad Pública Empresarial Red.es no figura inscrita como persona autorizada para explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas.

II. SOBRE LA NATURALEZA, OBJETO Y FUNCIONES DE LA ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL RED.ES.

El régimen jurídico básico por el que se rigen la naturaleza y funciones de la Entidad Pública Empresarial Red.es viene determinado por la Disposición adicional sexta de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones¹ y el Real Decreto 164/2002, de 8 de febrero, por el que se aprueba su Estatuto.

En cuanto a su naturaleza jurídica, Red.es se configura como una entidad pública empresarial de las previstas en el artículo 43.1.b) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), tiene personalidad jurídica propia, plena capacidad de obrar y autonomía de gestión para el cumplimiento de sus fines. Se encuentra adscrita al Ministerio de Industrial, Turismo y Comercio, a través de la

¹ Vigente de conformidad con lo establecido en el apartado b) de la Disposición derogatoria única de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (en adelante SETSI), a la que corresponde su dirección estratégica y la evaluación y control de la eficacia de sus actuaciones, en los términos previstos en los artículos 43 y 59 de la LOFAGE.

De conformidad con lo establecido en los citados artículos 43 y 59 de la LOFAGE, la evaluación estratégica, el control de los resultados de la actividad de Red.es, la comprobación del grado del cumplimiento de sus objetivos y la adecuada utilización de los recursos que tienen asignados corresponden a la SETSI, en ningún caso a esta Comisión.

El objeto de Red.es lo constituye la gestión administración y disposición de los bienes y derechos que integran su patrimonio, correspondiéndole la tenencia, administración, adquisición y enajenación de los títulos representativos del capital de las sociedades en las que participe o pueda participar en el futuro. Para el cumplimiento de su objeto, la entidad podrá realizar toda clase de actos de administración y disposición previstos en la legislación civil y mercantil y podrá realizar cuantas actividades estén relacionados con dicho objeto.

Además del cumplimiento del citado objeto, la Disposición adicional sexta de la Ley 11/1998 le atribuye determinadas funciones que posteriormente han sido desarrolladas en el artículo 3 de su Estatuto.

Entre estas funciones se encuentran las que, por su directa relación con el caso que nos ocupa, se transcriben a continuación:

“ (...)

e. El fomento y desarrollo de la sociedad de la información.

f. Ofrecer a la comunidad académica y científica nacional una infraestructura básica de comunicaciones mediante servicios de red y servicios de aplicación a través de la RedIRIS.

En este ámbito, le corresponden a Red.es la realización, entre otras, de las siguientes funciones

1º La gestión de programas de difusión dirigidos a promover el conocimiento de las telecomunicaciones y de la sociedad de la información, incluyendo la ejecución de los programas para la extensión de las telecomunicaciones y de la sociedad de la información que le encomiende la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, incluidos los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

correspondientes a fondos estructurares comunitarios, cuya gestión no esté atribuida a otros órganos.

(...)

2º La puesta en marcha de programas para promover un uso más seguro de internet, de las telecomunicaciones y de las tecnologías de la información por parte de ciudadanos y empresas.

(...)

4º El apoyo a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información en la puesta en marcha y la difusión de proyectos incluidos en el Plan de Acción Info XXI. Igualmente, y sin perjuicio de las competencias de otros órganos ya existentes, podrá prestar apoyo para la puesta en marcha y difusión de aquellas iniciativas que en el futuro pudieran ser impulsadas por el Gobierno en el ámbito de la sociedad de la información.

5º La prestación de otros servicios relacionados con el fomento y desarrollo de la sociedad de la información. (...)

g. Cualesquiera otras que se le encomienden relacionadas con las anteriores.

(...)”

El apartado 2 del artículo 3 del Estatuto establece que para el mejor cumplimiento de sus fines, la Entidad podrá realizar cuantas actividades comerciales e industriales estén relacionadas con su objeto.

El artículo 44.1 de la LOFAGE prevé que los Organismos públicos, entre los que se encuentran la Entidades públicas empresariales, se ajustarán al principio de instrumentalidad respecto de los fines y objetivos que tengan específicamente asignados.

El artículo 53 de la LOFAGE, que determina las funciones de las Entidades públicas empresariales prevé que éstas son Organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.

Teniendo en cuenta la determinación del objeto y las funciones de Red.es, de conformidad con lo establecido en el citado artículo 53 de la LOFAGE, cualquier actividad realizada por Red.es debe reunir las dos condiciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

siguientes: i) que se corresponda con una de las funciones que tiene atribuidas y ii) que vaya dirigida a cumplir con su objeto.

III. HABILITACIÓN COMPETENCIAL PARA RESOLVER SOBRE LAS CUESTIONES PLANTEADAS.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 48.2 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”*.

Para el cumplimiento de este objeto, la Ley atribuye a esta Comisión determinadas funciones, además de cualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

Concretamente, el artículo 29.2, letra a), del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante Reglamento de la Comisión), establece que es función de esta Comisión *“la resolución de las consultas que puedan formularle los operadores de redes y servicios de telecomunicación y las asociaciones de consumidores y usuarios de estos servicios”*.

Con carácter general, y conforme a lo señalado por esta Comisión en distintos acuerdos contestando consultas que le han sido planteadas, ha de entenderse que las consultas a las que se refiere el artículo 29.2 a) del Reglamento de la Comisión pueden referirse a los siguientes ámbitos:

- Las normas que han de ser aplicadas por la Comisión,
- Los actos y disposiciones dictados por la Comisión, y
- Las situaciones y relaciones jurídicas sobre las cuales ha de ejercer sus competencias la Comisión.

Aun cuando no lo manifiesta así la interesada de forma directa, por el contenido de la solicitud de intervención formulada por IG y, más en concreto, del apartado que denomina *“PETICIONES A LA CMT”*, ha de entenderse que se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

trata de una consulta planteada al amparo del artículo 29.2 del Real Decreto 1994/1996, puesto que dicha solicitud plantea, entre otras, la cuestión sobre si una determinada actividad de la entidad Red.es debe ser considerada como la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y, consecuentemente si la citada entidad puede ser considerada como un operador y, en su caso, si la actividad como operador de la Entidad estaría acorde con el cumplimiento de las obligaciones específicas que habría de cumplir en su condición de operador en el mercado de las telecomunicaciones.

En razón de lo anterior, esta Comisión resulta competente para contestar la consulta formulada en lo que respecta a los ámbitos señalados anteriormente.

Por otra parte, la contestación a las consultas formuladas debe ser congruente con el ejercicio de la función de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de ofertas del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios, que atribuye el apartado 3 del artículo 48 de la LGT a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Por ello, se deberá analizar, también, si la intervención de Red.es en el mercado de los servicios a los que se refiere la consulta, aun cuando no lo haga a título de operador, está destinada a favorecer a los ciudadanos y al desarrollo de estos servicios y, además, resulta compatible con el marco regulador sectorial de las telecomunicaciones.

De ahí que habrá que analizar la actuación de Red.es, desde las dos perspectivas, como operador y como Administración garante de la satisfacción de necesidades de interés general, al objeto de asegurar que no se produzcan distorsiones a la libre competencia e impedir que su actuación pueda afectar de forma negativa al desarrollo del sector y la consecución de los objetivos a los que se refiere el artículo 3 de la Ley 32/2003 de 3 de noviembre General de Telecomunicaciones (en adelante Ley General de Telecomunicaciones) entre los que se encuentran

- Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones (apartado a);
- Garantizar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público (apartado b);



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, así como la utilización de nuevos servicios y el despliegue de redes, y el acceso a éstos en condiciones de igualdad, e impulsar la cohesión territorial, económica y social (apartado c) y
- Fomentar la neutralidad tecnológica en la regulación (apartado f).

No resulta competente, en cambio, para informar sobre si la actividad objeto de la consulta incumple los objetivos de Red.es o supone una utilización inadecuada de los recursos que tienen asignados.

IV. SOBRE LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO OPERADOR DE REDES Y SERVICIOS PÚBLICOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS.

Según la definición contenida en el Anexo II de la LGTel, un operador es la persona física o jurídica que explota redes públicas de comunicaciones electrónicas o presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y ha notificado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el inicio de su actividad.

En el mismo Anexo se definen los conceptos de explotación de red de comunicaciones electrónicas y de servicio de comunicaciones electrónicas de la siguiente forma:

- *“Explotación de una red de comunicaciones electrónica: la creación, el aprovechamiento, el control o la puesta a disposición de dicha red.”*
- *“Servicio de comunicaciones electrónicas: 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 ...”*

El apartado 1 del artículo 6 de la LGTel regula los requisitos que deben reunir las personas físicas o jurídicas para, al amparo de la autorización general establecida en el artículo 5, poder explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas a terceros.

Por otra parte, apartado 2 del citado artículo 6 establece 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 esta Comisión sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que pretendan realizar.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, prevé una excepción a esta obligación de notificar a favor de quienes exploten redes y se presten servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación.

En efecto, para llegar a esa conclusión es necesario delimitar el alcance de los conceptos “prestación a terceros” y “autoprestación”.

El artículo 7 de la LGTel crea, dependiente de esta Comisión, el Registro de operadores y establece la obligación de inscripción en él los datos relativos a las personas que hayan notificado su intención de explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas.

Lo anterior significa que toda persona que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 6.1 de la LGTel, haya presentado la notificación fehaciente a la que se refiere el apartado 2 del mismo artículo, se convierte en un operador. A sensu contrario, sólo tienen la obligación de presentar la notificación a la que se refiere el artículo 6.2, aquellas personas físicas o jurídicas que reúnan las condiciones para ser considerados operadores de redes o servicios de comunicaciones electrónicas.

Como ya señalábamos, en el Anexo II de la LGTel se define el concepto de operador como la persona física o jurídica que explota redes públicas de comunicaciones electrónicas o presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y ha notificado a esta Comisión el inicio de su actividad. En el mismo Anexo, se 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.

Por lo tanto, estaremos ante un supuesto de explotación de red o prestación a terceros de servicios de comunicaciones electrónicas en el caso de que el suministrador ofrezca su actividad al público, esto es, que haga una oferta pública de la actividad. En este supuesto nace la obligación de realizar la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 con carácter previo al inicio de la actividad.

La respuesta a las consultas formulada dependerá del análisis sobre si la actividad que relata IG como realizada por Red.es a través de los procedimientos de contratación indicados, puede ser considerada como una actividad propia de un operador de redes o servicios de comunicaciones electrónicas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

4.1 Servicio de ámbito nacional para el acceso de banda ancha a internet e intranets. Exp: 322/04-DP.

Según el punto 2 del pliego de cláusulas jurídicas del procedimiento de contratación, el objeto de los contratos ofertados por Red.es es:

“la puesta a disposición de la Entidad Pública Empresarial Red.es de un servicio de conectividad de banda ancha bidireccional en todo el territorio nacional, con la capacidad de encaminar el tráfico IP de diversos grupos de usuarios para la prestación, inicialmente, de dos tipos de servicios:

- a) Acceso a Internet. En este caso los adjudicatarios actuarán como proveedores de servicios de Internet.*
- b) Acceso a Intranets. Los adjudicatarios concentrarán el tráfico IP en punto de entrada a Intranets o de acceso a Internet gestionado por terceros. En este caso el tráfico Internet se podrá cursar a través de la Intranet del usuario o directamente por el operador sin que tenga impacto en el coste final del servicio.”*

El citado objeto coincide con el propósito al que se refiere el apartado 1 del punto 2 del pliego de cláusulas técnicas del mismo procedimiento de contratación. Además, el apartado 4 del mismo punto 2, delimita la justificación y los objetivos de los contratos de la siguiente forma:

“El presente procedimiento tiene como objetivo disponer de un servicio de acceso de banda ancha a Internet e Intranets con el fin de utilizarlo con carácter general en el marco de los diferentes programas para el desarrollo de la Sociedad de la Información gestionados por la Entidad Pública Empresarial Red.es, entre los que cabe mencionar, sin carácter limitativo, los siguientes:

- **Internet en la Escuela.** Las escuelas utilizarán esta infraestructura para bien acceder directamente a Internet o bien para enlazar con intranets educativas, según la política al respecto de cada Comunidad Autónoma.*
- **Internet en las Bibliotecas.** Facilitará los medios de conexión de banda ancha necesarios para la ejecución de este Programa, el cual permitirá que los usuarios de cualquier biblioteca pública dispongan de acceso a Internet y, en algunos casos, a Intranets específicas.*
- **Internet Rural.** La infraestructura permitirá la creación de puntos de acceso a Internet en municipio de baja población, destinados al ciudadano del entorno rural.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El servicio podrá se utilizado por Red.es en ejecución de otros programas, actuaciones e iniciativas de fomento y desarrollo de la Sociedad de la Información que san impulsados desde la Entidad o en aquellos en los que la Entidad tenga alguna participación.

Con carácter general, Red.es podrá hacer uso del Servicio para cualquier finalidad que la propia Entidad determine, sin mayores limitaciones que las impuestas por la legislación aplicable. En particular, Red.es podrá ofrecer, en los términos que la Entidad determine, el caudal disponible a terceros operadores para que desplieguen y operen una red de comunicaciones a partir del punto de conexión en cada una de las ubicaciones con el fin de que estos presten servicio a Administraciones, ciudadanos y empresas.”

Atendiendo a la descripción del objeto del procedimiento de contratación y a la delimitación de los objetivos y justificación del mismo contemplado en los citados pliegos y teniendo en cuenta la definición de operador contenida en la LGTel, hemos de llegar a la conclusión que Red.es, no ha actuado en calidad de operador de redes o servicios de comunicaciones electrónicas, sino en cumplimiento de una de las funciones para las que se ha instrumentado su creación, como es el fomento y desarrollo de la sociedad de la información.

Los operadores, en este caso, son la entidad o entidades adjudicatarias de los contratos que ofrecerán a Red.es, un servicio de conectividad de banda ancha bidireccional (servicio que reúne las características de un servicio de comunicaciones electrónicas) para que, a su vez, Red.es pueda cumplir con las funciones que tiene encomendadas por la normativa que regula su actuación y a las que nos hemos referido anteriormente, como son el fomento y desarrollo de la sociedad de la información y la puesta en marcha de programas para promover un uso más seguro de internet, de las telecomunicaciones y de las tecnologías de la información por parte de ciudadanos y empresas, entre otros.

Por lo que se refiere a la cesión de caudal disponible a terceros operadores, ha de tenerse en cuenta que la realización de esta actividad podría (dependiendo de la forma en que se articule la cesión) encuadrarse dentro del concepto de explotación de una red pública o la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible al público, Red.es se convertiría en un operador, por lo que debería notificar el inicio de la actividad a esta Comisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la LGTel y debería acomodar su actividad a las condiciones previstas en el artículo 8 de la LGTel y sus normas de desarrollo y, en atención a su condición de Administración pública, a realizarlo de conformidad con las condiciones específicas previstas en el apartado 4



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del mismo artículo. En este sentido, el propio pliego sujeta esta posibilidad a las limitaciones impuestas por la legislación aplicable.

No obstante, la forma en la que en el pliego se prevé la cesión del caudal disponible a terceros: *“en particular, Red.es podrá ofrecer, en los términos que la Entidad determine, el caudal disponible a terceros operadores para que desplieguen y operen una red de comunicaciones a partir del punto de conexión en cada una de las ubicaciones con el fin de que estos presten servicio a Administraciones, ciudadanos y empresas”* no presupone, en modo alguno, que la actividad se vaya a realizar cumpliendo todos los requisitos para que sea considerada como una actividad propia de un operador. No sería una actividad propia de un operador si le faltan alguno o varios de los requisitos a los que nos venimos refiriendo.

A este respecto, en su informe de 21 de enero del presente año, Red.es manifiesta que no ha desarrollado ninguna actuación en relación con la posibilidad que se reserva en el Pliego de ofrecer a terceros operadores el caudal disponible y que, en todo caso, y como no puede ser de otra manera, en el supuesto de que estuviese interesada en realizar dicha actuación, con carácter previo a su desarrollo, daría cumplimiento a los trámites y obligaciones que la legislación vigente establece al efecto para su adecuada y debida realización, siguiendo las directrices del Catálogo de buenas prácticas que deben observar las Administraciones Públicas y las Entidades participadas mayoritariamente por ellas cuando intervengan en los mercados de telecomunicaciones, bien realizando actos de autoridad o bien como operador.

Sin perjuicio de todo lo anterior, no debe olvidarse que Red.es se encuentra adscrita al Ministerio de Industrial, Turismo y Comercio, a través de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (en adelante SETSI), **a la que corresponde su dirección estratégica**. Por otro lado, la citada Secretaría de Estado tiene, de conformidad con lo previsto en el artículo 46 de la LGTel, la consideración de Autoridad Nacional de Reglamentación de Telecomunicaciones.

En el caso en el que Red.es realizara una actividad propia de un operador de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, se podría incurrir en un incumplimiento de la previsión contenida en el apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), que establece que los Estados miembros que mantengan la propiedad o el control de empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas velarán



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por que exista una separación estructural efectiva entre la función de regulación y las actividades relacionadas con la propiedad o el control.

A este respecto ha de tenerse muy presente que las redes cuya cesión se pretende han sido financiadas en el marco del programa "Internet rural" desarrollado por la SETSI a través de Red.es.

4.2 Servicio de acceso a internet e intranets mediante tecnología de satélite bidireccional. Exp: 118/03-DP.

Según el punto 2 del pliego de cláusulas jurídicas del procedimiento de contratación, el objeto del contrato ofertado por Red.es en el mismo es:

"poner a disposición de la entidad pública empresarial una infraestructura de conectividad de banda ancha por medio de satélite, que sea capaz de encaminar el tráfico IP de diversos grupos de usuarios según unas reglas definidas para permitir la prestación de dos tipos de servicios:

- c) Acceso a Internet. El adjudicatario actuará como proveedor de Servicios de Internet.*
- d) Acceso a Intranets. El adjudicatario concentrará el tráfico IP en punto de entrada a Intranets o de acceso a Internet gestionado por terceros.*

El citado objeto coincide con el propósito al que se refiere el apartado 1 del punto 2 del pliego de cláusulas técnicas del mismo procedimiento de contratación. Además, el mismo punto delimita los objetivos de los contratos de la siguiente forma:

"La infraestructura a desplegar podrá ser utilizada para llegar a zonas fuera del área de cobertura de otras tecnologías de banda ancha en el marco de los programas gestionados por RED.ES, como por ejemplo:

- **Internet en la Escuela.** Las escuelas utilizarán esta infraestructura para bien acceder directamente a Internet o bien para enlazar con intranets educativas, según la política al respecto de cada Comunidad Autónoma.*
- **Internet en las Bibliotecas.** Facilitará los medios de conexión de banda ancha necesarios para la ejecución de este Programa, el cual permitirá que los usuarios de cualquier biblioteca pública dispongan de acceso a Internet y, en algunos casos, a Intranets específicas.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- **Internet Rural.** *La infraestructura permitirá la creación de puntos de acceso a Internet en municipio de baja población, destinados al ciudadano del entorno*

Como en el caso anterior, atendiendo a la descripción del objeto del procedimiento de contratación y a la delimitación de los objetivos y justificación del mismo contemplado en los citados pliegos y teniendo en cuenta las definiciones de operador y usuario contenidos en la LGTel, debemos llegar a la conclusión de que, en este caso, Red.es tampoco tiene la consideración de operador de redes o servicios de comunicaciones electrónicas.

El operador en este caso también será la entidad adjudicataria del contrato que ofrecerá a Red.es, un servicio de infraestructura de conectividad de banda ancha por medio de satélite (servicio que reúne las características de un servicio de comunicaciones electrónicas) para que, a su vez, Red.es pueda cumplir con las funciones que tiene encomendadas por la normativa que regula su actuación y a las que nos hemos referido anteriormente, como son el fomento y desarrollo de la sociedad de la información y la puesta en marcha de programas para promover un uso más seguro de internet, de las telecomunicaciones y de las tecnologías de la información por parte de ciudadanos y empresas, entre otros.

V. SOBRE LA ACTIVIDAD DE RED.ES COMO GARANTE DE LA SATISFACCIÓN DE NECESIDADES DE INTERÉS GENERAL

Aunque la Constitución Española no dispone expresamente que la iniciativa pública deba ocupar un lugar subsidiario detrás de la iniciativa privada, en materia de telecomunicaciones, la legislación de liberalización que ha tenido lugar en los últimos años sí que se ha encargado de delimitar esta intervención, en los términos requeridos por el ordenamiento jurídico europeo.

Así, tratándose las telecomunicaciones de servicios de interés general que se prestan en un régimen de libre competencia, la intervención de la Administración debe dirigirse tanto a garantizar el adecuado funcionamiento del mercado (debe establecer y hacer cumplir las normas de entrada y actuación en el mercado y la que garantizan la interconexión y el acceso a las redes) como a asegurar los remedios a los eventuales fallos de mercado cuando el mismo no sea capaz de proveer a los usuarios de los servicios que se han considerado fundamentales en una sociedad.

Concretamente, hasta tanto la conectividad de banda ancha no se considere integrada en el servicio universal de telecomunicaciones, la intervención de los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

poderes públicos puede encauzarse por la imposición de obligaciones de servicio público a determinados operadores, por la actividad promotora y/o subvencionadora allá donde está pueda ser legalmente ejercida o por la prestación de estos servicios por la propia Administración.

En el presente caso, nos encontramos ante un caso de actividad promotora y subvencionadora de la Administración, al objeto de ofrecer a los ciudadanos accesos de banda ancha en aquellos lugares donde tal necesidad no está cubierta por las propias fuerzas del mercado.

Por ello, cuando los intereses públicos que pretenden proteger abordan tal materia, la actividad subvencional puede tener como cauce para su realización una colaboración dentro de los planes y programas que, con el fin de fomentar el desarrollo tecnológico, elabora la Administración General del Estado.

Estos planes y programas se refieren a aspectos concernientes, en términos generales, a la Sociedad de la Información, que es un concepto al que se encuentran vinculados una pluralidad de intereses públicos, y que constituye una materia más compleja, desde el punto de vista de la distribución constitucional de competencias, ya que se asienta en diferentes títulos competenciales; uno de los cuales son las telecomunicaciones.

Estos planes y programas prevén el otorgamiento de subvenciones, a través de procedimientos públicos, contemplando, asimismo, la cofinanciación por parte de las diferentes Administraciones Públicas, e, incluyendo, en algunos casos, asimismo, financiación procedente del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) como es el caso que nos ocupa.

La actuación de Red.es en el presente caso viene justificada desde la perspectiva del interés público, concretado, como se desprende del contenido de los pliegos de bases de los concursos en cuestión, *en la puesta a disposición de los ciudadanos de los nuevos servicios y el despliegue de redes, y el acceso a éstos en condiciones de igualdad, con objeto de impulsar la cohesión territorial, económica y social.*

Por otro lado, se fomenta la competencia en el mercado por medio de la utilización del concurso público como forma de selección y adjudicación de los programas de fomento del acceso a los nuevos servicios.

La actuación de Red.es, analizada en su conjunto, no resulta contraria al principio de neutralidad tecnológica ya que, a través de los dos procedimientos de contratación, lo que pretende es conseguir el objetivo final de disponer de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

un servicio de acceso de banda ancha a Internet e Intranets que cubra todo el territorio nacional para utilizarlo, con carácter general, en el marco de los diferentes programas para el desarrollo de la Sociedad de la Información gestionados por ella (Internet en la Escuelas, Internet en las Bibliotecas e Internet Rural). Para ello ha diseñado un escenario en el que se utilizan diferentes tecnologías, aplicando la más idónea (técnica y económicamente) en cada caso.

En el caso de la cesión de caudal disponible a terceros operadores, cuando esta cesión no se constituya como una actividad comercial, no se ofrezca al público y, por lo tanto, no actúe en condición de operador, se deberá realizar en el ámbito subvencionador al que se refiere este apartado. Por lo tanto, Red.es debería realizar la cesión de acuerdo con la normativa reguladora de las subvenciones públicas, con las normas que regulan su actuación como Entidad pública empresarial. Asimismo, su actuación deberá ir orientada al cumplimiento de alguna de las funciones que tiene legalmente atribuidas.

Hasta el presente, el único caso de cesión de caudal disponible a terceros operadores por parte de Red.es del que se tiene conocimiento, es el previsto en el apartado sexto de la Orden ITC/701/2005, de 17 de marzo, por la que se regulan las bases, el régimen de ayudas y la gestión y se realiza la convocatoria del programa de extensión de la banda ancha en zonas rurales y aisladas. Este programa, realizado en el marco de los mecanismos de coordinación establecidos en el Plan de Acción “e-Europe 2005”, se desarrolla de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 28/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. La intervención de Red.es en este plan de ayudas se encuadra claramente en su función de garante de la satisfacción de los intereses generales y dentro de su función de fomento del desarrollo de la sociedad de la información. En este caso, la cesión se ofrece sólo a los operadores que resulten beneficiarios del programa de ayudas y en las condiciones especialmente diseñadas para la ocasión. Estas condiciones están diseñadas con criterios que no obedecen, como no podría ser de otra forma, a criterios comerciales o empresariales. De hecho, el precio al que deberán acceder los operadores beneficiarios se ha determinado atendiendo a costes de referencia y sin tener en cuenta la rentabilidad que lleva asociada cualquier actividad empresarial.

VI. CONTESTACIÓN A LAS CUESTIONES PLANTEADAS

De todo lo informado, a modo de contestación a las consultas formuladas por InfoGLOBAL, S.A., se puede concluir lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. ¿Es o no es el Ente un operador?

En contestación a esta pregunta cabe responder que, en relación con los casos de contratación pública a los que se refiere la solicitud de información formulada por IG, Red.es ha actuado en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas por su estatuto jurídico como entidad pública empresarial y como garante de la satisfacción de necesidades de interés general y no, en condición de operador de redes públicas o de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.

2.- Si no se produce una elección directa del operador por parte del usuario ni puede conformar una oferta en régimen de libre competencia cualquier operador a través de este modelo, ¿Es o no es una distorsión del mercado?

Como se ha señalado en el texto de la contestación a la consulta, la intervención de la Administración Pública en su condición de autoridad es admisible, utilizando la vía de la subvención pública, en los casos de “fallos de mercado”, esto es, desatención de los operadores en competencia de determinados colectivos, zonas geográficas... En estos casos, se puede incentivar la participación de operadores privados mediante técnicas como la subvención, para de esta forma conseguir que una demanda insatisfecha sea cubierta por estos operadores que sin la subvención en ningún caso prestarían servicio a los usuarios.

De darse esta situación de fallo de mercado, que es la que parece que RED.es pretende resolver, no se puede hablar de distorsión del mercado, siempre que en la realización de subvenciones se respeten los límites marcados por la legislación general de competencia y la específica en materia de subvenciones (por ejemplo, necesidad de utilizar un procedimiento de concurso abierto, neutral tecnológicamente, para determinar el operador que resultaría subvencionado).

3.- ¿Se está produciendo un monopolio de oferta desde el punto de vista del usuario y de demanda desde el punto de vista de otros proveedores de servicio?

Se parte de una teórica situación de fallo de mercado que da lugar a que no exista una situación de libre oferta y demanda. Con la figura de la subvención se incentiva a que el operador atienda servicios demandados por los usuarios respecto de los que no existía previamente oferta.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Estaríamos en una situación distinta y que merecería un análisis diferente si la utilización de la subvención afectara a mercados geográficos o de servicios en los que estuvieran ya compitiendo operadores que podrían resultar favorecidos o perjudicados como consecuencia de la subvención de uno de ellos.

4.- ¿Considera o no una distorsión del mercado la inversión de 56 millones de euros de fondos públicos en servicios de uso disponible al público liberalizados donde no hay elección directa entre la oferta y la demanda final (usuario-proveedor)?

No puede estimarse que exista una distorsión en el mercado provocada una la citada inversión de fondos públicos ya que en principio y a la vista de la información suministrada a esta Comisión, aquélla se ha realizado de conformidad con lo establecido en la normativa reguladora de la actividad de Red.es y de las subvenciones públicas. Como ya se ha indicado, la inversión tiene como objetivo resolver un fallo de mercado, y no, como parece entender el consultante, a distorsionar un mercado que actúa en régimen de competencia con varios operadores prestando servicios a los usuarios.

5.- ¿Considera o no la CMT que la reventa de capacidad de un servicio disponible al público liberalizado es una actividad propia de un operador? En caso afirmativo, se requiere a la CMT para que el Ente haga pública su oferta de interconexión a nivel nacional y las licencias y/o autorizaciones que la amparan para realizar dicha actividad.

La reventa de capacidad de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible al público es una actividad propia de un operador. No obstante, en el contexto en el que está planteada la pregunta, cabe contestarla en el sentido de que, sólo en el caso de que Red.es iniciara la actividad consistente en la cesión de caudal disponible a terceros operadores y dependiendo de la forma en la que realizara esta actividad, podría convertirse en un revendedor de servicios de comunicaciones electrónicas y, por lo tanto, en operador.

Para ello, la cesión se debería realizar en forma tal que la actividad pudiera ser considerada como la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas o la prestación de un servicio público de comunicaciones electrónicas porque reuniera las condiciones que la LGTel establece para la calificación de la actividad como tal. De otro modo, como en el caso de que la actividad no se ofreciera al público, no se encuadraría dentro de aquellas que otorgan a su titular la condición de operador, por lo que Red.es debería encuadrar la actividad, si es posible, en el ejercicio de una de las funciones que tiene legalmente atribuidas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el caso de que la actividad se pudiera encuadrar dentro del concepto de explotación de una red pública o la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible al público, Red.es se convertiría en un operador, por lo que debería notificar el inicio de la actividad a esta Comisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la LGTel y debería acomodar su actividad a las condiciones previstas en el artículo 8 de la LGTel y sus normas de desarrollo y, en atención a su condición de Administración pública, a realizarlo de conformidad con las condiciones específicas previstas en el apartado 4 del mismo artículo. En este sentido, el propio pliego sujeta esta posibilidad a las limitaciones impuestas por la legislación aplicable.

No obstante, la forma en la que en el pliego se prevé la cesión del caudal disponible a terceros: *“en particular, Red.es podrá ofrecer, en los términos que la Entidad determine, el caudal disponible a terceros operadores para que desplieguen y operen una red de comunicaciones a partir del punto de conexión en cada una de las ubicaciones con el fin de que estos presten servicio a Administraciones, ciudadanos y empresas”* no presupone, en modo alguno, que la actividad se vaya a realizar cumpliendo todos los requisitos para que sea considerada como una actividad propia de un operador. No sería una actividad propia de un operador si le faltan alguno o varios de los requisitos a los que nos venimos refiriendo.

A este respecto, en su informe de 21 de enero del presente año, Red.es manifiesta que no ha desarrollado ninguna actuación en relación con la posibilidad que se reserva en el Pliego de ofrecer a terceros operadores el caudal disponible y que, en todo caso, y como no puede ser de otra manera, en el supuesto de que estuviese interesada en realizar dicha actuación, con carácter previo a su desarrollo, daría cumplimiento a los trámites y obligaciones que la legislación vigente establece al efecto para su adecuada y debida realización, siguiendo las directrices del Catálogo de buenas prácticas que deben observar las Administraciones Públicas y las Entidades participadas mayoritariamente por ellas cuando intervengan en los mercados de telecomunicaciones, bien realizando actos de autoridad o bien como operador.

Sin perjuicio de todo lo anterior, no debe olvidarse que Red.es se encuentra adscrita al Ministerio de Industrial, Turismo y Comercio, a través de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (en adelante SETSI), **a la que corresponde su dirección estratégica**. Por otro lado, la citada Secretaría de Estado tiene, de conformidad con lo previsto en el artículo 46 de la LGTel, la consideración de Autoridad Nacional de Reglamentación de Telecomunicaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el caso en el que Red.es realizara una actividad propia de un operador de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, se podría incurrir en un incumplimiento de la previsión contenida en el apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), que establece que los Estados miembros que mantengan la propiedad o el control de empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas velarán por que exista una separación estructural efectiva entre la función de regulación y las actividades relacionadas con la propiedad o el control.

A este respecto ha de tenerse muy presente que las redes cuya cesión se pretende han sido financiadas en el marco del programa "Internet rural" desarrollado por la SETSI a través de Red.es.

En cualquier caso, Red.es no estaría, por el mero hecho de convertirse en un operador, obligada a realizar una oferta pública de interconexión a nivel nacional, a no ser que, una vez realizado el análisis de los mercados a los que se refiere el artículo 10 de la LGTel., hubiera sido declarada como operador con poder significativo en un mercado determinado y se le hubiera impuesto expresamente esta obligación.

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 el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda

Reinaldo Rodríguez Illera