

LJN: BH9324, Tribunal de Rotterdam, AWB 08/519 TELEEC-T1

Fecha juicio: 27-03-2009

Fecha publicación: 01-04-2009

Jurisdicción: Derecho administrativo

Tipo de procedimiento: En primera instancia – Colegiada

Resumen del contenido:

El Tribunal opina que no se puede considerar que la parte actora preste servicios de comunicación electrónica. Se considera limitado el grupo al que la parte actora ofrece sus servicios, formado por las instituciones dedicadas a la educación científica y superior. Se trata de un grupo suficientemente delimitado para estimar que sus servicios se ofrecen al público en general. No importa que la parte actora tenga un sitio web, ya que en el mismo solamente se ofrece esas instituciones servicios destinados a ese grupo de usuarios en particular y no a todos los demás usuarios.

Juicio

TRIBUNAL DE ROTTERDAM

Sector Derecho administrativo

Sala colegiada

Reg. no.: AWB08/519 TELEEC-T1

Sentencia del juicio entre

SURFnet B.V. (en adelante: SURFnet), ubicada en Utrecht, parte actora, apoderado sr. J.R. van Angeren, abogado proveniente de Amsterdam,

Y

El Consejo de la Autoridad de Comunicación de Correos y Teléfono (OPTA, por su sigla en holandés), defensa.

#### 1. Inicio y curso del procedimiento

Por decisión de 30 de agosto de 2007 (en adelante: decisión principal I) la defensa ha registrado a la parte actora como proveedor de servicios públicos de comunicación electrónica y de una red pública de comunicación electrónica.

Por decisión de ésta el 30 de agosto de 2007 (en adelante: decisión principal II) la defensa ha determinado la debida contribución anual que debe satisfacer la parte actora.

La parte actora ha recurrido la decisión.

Por decisión de 21 de diciembre de 2007 la defensa ha declarado infundadas las objeciones de la parte actora contra ambas decisiones de 30 de agosto de 2007.

La parte actora ha interpuesto recurso de apelación contra esta decisión (en adelante: decisión debatida).

La defensa ha presentado su contestación a ese recurso.

La vista tuvo lugar el 8 de diciembre de 2008. Por parte de la parte actora se ha presentado su apoderado, acompañado por el Prof. sr. E.J. Dommering e ir. C.A.M. Neggers. La defensa la representaron la Sra. L.H. la Roi y el sr. J.M. de Kam, ambos empleados de la defensa.

## 2. Consideraciones

### 2.1. Marco jurídico

Art. 1.1., apartado f, de la Ley de Telecomunicaciones (En adelante: Tw, por su sigla en holandés) dice:

“servicio de comunicación electrónica: servicio 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 comunicación electrónica (...).”

Art. 1.1., apartado g, de la Tw dice:

“servicio público de comunicación electrónica: servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público en general”.

Art. 1.1., apartado e, de la Tw dice:

“red de comunicaciones electrónicas: los sistemas de transmisión (inclusive...) y otros recursos que permitan el transporte de señales mediante cable, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios electromagnéticos, con inclusión de las redes de satélites, redes terrestres fijas y móviles, sistemas de tendido eléctrico, en la medida en que se utilicen para la retransmisión de señales y redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada”.

Art. 1.1., apartado h, de la Tw dice:

“red pública de comunicaciones electrónicas: una red de comunicaciones electrónicas que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público”.

Según el artículo 2.1., primer apartado, de la Tw quien preste servicios públicos de comunicación electrónica o explote una red pública de comunicaciones electrónicas está obligado a notificarlo a OPTA. Según el artículo 2.1., cuarto apartado, de la Tw, OPTA lleva

a cabo el registro de quienes realicen esas notificaciones, una vez que hayan remitido la notificación y la información requeridas.

## 2.2. Hechos y antecedentes

El sistema de registro vigente parte de la premisa que no se precisa ningún permiso, ni ninguna licencia previa para desarrollar actividades de comunicaciones electrónicas, en las condiciones previstas en la Tw, pero que los agentes del mercado deben identificarse para poder comprobar que cumplen con lo dispuesto en la Tw. Por esa razón Holanda ha elegido el sistema de notificación y registro.

En 1986, los Ministerios de Educación y Ciencia, Agricultura y Pesca y Asuntos Económicos holandeses adoptaron una resolución sobre los servicios basados en Tecnologías de Información y Comunicación (en adelante: servicios TIC) en las áreas de educación superior e investigación. La resolución destaca la relevancia de los servicios TIC en la educación superior y en la investigación científica. Se consideró que la ejecución de la resolución anteriormente mencionada, requería la creación de una fundación en la que participasen las distintas partes implicadas, lo que resultó en la creación de la Fundación SURF. Se propuso además la creación de una fundación encargada de gestionar la red nacional académica y de investigación, que se acabó materializando en la creación de SURFnet.

Por carta con fecha 21 de febrero de 2007, la defensa informó a la parte actora de su obligación legal de notificar la prestación de un servicio público de comunicación electrónica y de una red pública de comunicaciones electrónica, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.1., primer apartado de la Tw.

Como consecuencia de un apercibimiento de sanción, la parte actora notificó, haciendo constar su disconformidad, sus actividades a OPTA a través del formulario correspondiente. Por medio de la decisión debatida, la defensa ha declarado infundadas las objeciones de la parte actora contra la decisión principal I (registro como proveedor) y la decisión principal II (contribución anual a satisfacer).

## 2.3. Posturas de las partes

### 2.3.1. Postura de la defensa

En respuesta a la pregunta de cuándo se estima que se lleva a cabo la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas y la prestación de un servicio público de comunicaciones electrónicas, la defensa considera que se debe partir de lo que dicen los apartados g y h del artículo 1.1., de la Tw, es decir, el criterio de que esas disposiciones resultan aplicables “en la medida que aquellos [servicios] se presten al público”. En este contexto la defensa hace referencia a lo que se menciona en la Memoria explicativa (MvT, por su sigla en holandés) de la Tw de 1998 (Documentos del Consejo II 1996/97, 25533, no. 3, p. 72), así como en la MvT de la modificación de la Tw en 2004 (Documentos del Consejo II 2002/03, 28851 no. 3, p. 89). Resumiendo, en ellas se indica que ese criterio supone que el servicio de que se trate se presta al público en general y que está a disposición de cualquiera que desee utilizarlo.

En base a ello, la defensa estima que, en virtud de los apartados g y h del artículo 1.1., de la Tw la parte actora está considerada como proveedor de servicios públicos de comunicación electrónica y como responsable de la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas. En ese contexto la defensa señala, en primer lugar, que el simple hecho de que la parte actora esté prestando sus servicios a través de su sitio web, [www.surfnet.nl](http://www.surfnet.nl), resulta ya de por sí una indicación de que está ofreciendo servicios de comunicaciones electrónicas al público.

Además, según la defensa, el grupo de clientes a los que la parte actora presta sus servicios (instituciones e incluso usuarios particulares) no resulta suficientemente limitado para que no se pueda considerar su oferta como pública. La diversidad de su clientela pone de manifiesto que la definición de su colectivo de usuarios es tan amplia y general que en la práctica abarca un grupo enorme de diferentes tipos de usuarios. En este contexto, la defensa señala que se ha demostrado que la agrupación de viviendas *Stadswonen* de Rotterdam está prestando servicios de internet a través de la parte actora a ciudadanos que al mismo tiempo son estudiantes. Esto demuestra que, en este caso, la parte actora actúa como proveedor alternativo de servicios de Internet. Aunque el grupo de usuarios se limita a estudiantes y empleados de las instituciones afiliadas a la parte actora, en este caso ella está firmando contratos con usuarios finales particulares. El hecho de que la parte actora haga una selección de su clientela, no basta para eximirle de su obligación de registrarse ante la autoridad reguladora competente. El sistema legislativo no establece que las partes puedan eximirse de dicha obligación introduciendo ellos mismos una limitación dentro del grupo de usuarios al que se dirigen.

Además, la defensa opina que tampoco se trata de un grupo privado de usuarios. Si bien existe una limitación en cuanto a las instituciones que pueden conectarse a la red y acceder a los servicios de la parte actora, estos constituyen un grupo muy variado de instituciones, así que lógicamente esta limitación no justifica que se considere un grupo privado de usuarios. Aunque en algunos casos los clientes de la parte actora, en sí podrían ser considerados como grupo privado de usuarios, la parte actora y el conjunto de las instituciones no pueden ser considerados como tal, ya que este grupo es tan amplio que prácticamente no se puede hablar de un grupo privado. La defensa considera irrelevante el juicio del Tribunal de apelación de Industria y Comercio (CBb por su sigla en holandés) en cuanto al VSTI del 10 de marzo de 2004 (AB 2005, 270), ya que el CBb no explica el término ‘público’ con más detalle.

Además, la defensa señala que la parte actora alquila conexiones (líneas de conexión fija) de participantes en el mercado con redes propias y por medio de esas está ofreciendo, entre otras cosas, servicios de internet con alta capacidad a las instituciones afiliadas. La obtención y el intercambio de información con terceros a través del servicio de internet no solamente implican intercomunicación entre las instituciones en cuestión, sino la comunicación con todos los usuarios de internet. Por esto, la defensa opina que los servicios que está ofreciendo van más allá del intercambio de comunicación entre instituciones con una relación profesional específica y duradera entre sí. En este caso, la parte actora actúa de la misma manera que otros ISPs (Proveedores de servicios de internet, por su sigla en inglés) que proveen servicios de internet a empresas e instituciones. Esto se deduce de la prestación de servicios de internet a dos bibliotecas en Rotterdam y Maastricht, y del hecho de que otras bibliotecas hayan

cambiado y contratado los servicios de operadores comerciales presentes en el mercado. Esto demuestra que para la prestación de servicios electrónicos de comunicación más o menos idénticos las instituciones del grupo de usuarios de la parte actora pueden escoger entre ésta y proveedores comerciales de servicios públicos de comunicaciones electrónicas.

### 2.3.2. Postura de la parte actora

La parte actora plantea que no explota una red pública de comunicación electrónicas, ni presta servicios públicos de comunicaciones electrónicas, sino que es el gestor de una red nacional para la investigación científica y la educación superior (en adelante: red de investigación).

A continuación, la parte actora señala cuáles son sus objetivos, de acuerdo con lo previsto por los estatutos de la Fundación SURF, de los que se deduce que esta es una organización de cooperación en servicios TIC para la educación y la investigación superior. Los cinco sectores que conforman el grupo de usuarios de la parte actora son: educación científica, formación profesional superior, investigación no comercial y no universitaria, investigación comercial y otros.

La parte actora indica que, para cumplir sus objetivos, aspira a la explotación de una red lo más innovadora posible y que eso le otorga una posición particular y única. Además de esto, la parte actora señala que conecta su red de investigación a las redes de investigación de otros países.

La parte actora dice que su financiación se realiza a través de contribuciones de las instituciones afiliadas a la red y parcialmente de contribuciones gubernamentales. La parte actora opina también que se distingue claramente de los operadores comerciales presentes en el mercado.

Además de esto, la parte actora plantea que la decisión debatida es incompatible con el principio de seguridad jurídica y de diligencia. En este contexto, la parte actora señala que la defensa ya le contactó en 2000 y 2004 informándole de la normativa aplicable al registro ante OPTA. La defensa nunca respondió a las respuestas motivadas de la parte actora, así que ésta pudo creer que la defensa compartía su opinión. Además, la parte actora dice que la defensa deliberadamente ha mantenido fuera del procedimiento los dictámenes de terceros que resultaban favorables a la parte actora.

La parte actora alega además, que la tramitación parlamentaria demuestra que la principal característica de un servicio público es que ese servicio esté realmente accesible al público. En este contexto la parte actora destaca la interpretación del capítulo 13 de la Tw realizada por el Centro de Derecho, Tecnología y Sociedad de la Universidad de Tilburg en noviembre de 2005, donde se plantea que ‘el carácter del uso del servicio prestado’ es decisivo para la interpretación del término ‘público’. Un servicio es público si cualquiera, sin distinción, puede utilizarlo o darse de alta. El libre acceso se caracteriza, pues, por la accesibilidad pública del servicio público de telecomunicaciones. Como anteriormente se ha puesto de manifiesto, la parte actora opina que su red de investigación no está accesible al público en general, lo que quiere decir que no está accesible al “público”, sino solamente a unas

instituciones que entran dentro del grupo de usuarios definido. Todos los que no entren en esas categorías serán rechazados.

En este contexto, la parte actora se remite al apartado “d” del artículo 2 de la Directiva comunitaria en la que se aborda este tema. La propuesta de la Comisión COM(2000)393 plantea que el término ‘público’ significa ‘accesible en general’. (...)

Asimismo, la jurisprudencia plantea que el término ‘público’ significa que el servicio debe ser accesible para el público en general. En este contexto, la parte actora señala, en primer lugar, la decisión del CBB del 10 de marzo de 2004 (AB 2005, 270), que fue contraria a la defensa. La parte actora opina que esta decisión sí es relevante porque confirma que el acceso al público debe ser el único criterio relevante de calificación. Además, la parte actora señala la sentencia del Tribunal del 17 de julio de 2002 (TELEC 01/64), según la cual el término ‘público’ es aplicable si “cualquiera puede acceder a los servicios de la empresa proveedora”. En este caso, los servicios de la parte actora están estrictamente limitados al grupo de usuarios definido, habiendo en la actualidad aproximadamente 160 instituciones afiliadas.

La parte actora tampoco comparte el argumento de la defensa, de que el simple hecho que ofrece sus servicios a través de su sitio web automáticamente signifique que esos servicios son públicos.

Además, la parte actora considera incorrecta la concepción de la defensa que su grupo de usuarios sea amplio y de carácter muy general, dado que los usuarios de su red encajan todos en un solo grupo, el de instituciones dedicadas a la investigación científica y la educación superior. Se trata pues de un grupo bien delimitado de instituciones. Teniendo en cuenta su estructura y estatutos, la parte actora considera que es obvio que no tiene la intención de ampliar su clientela al público en general. Además, la parte actora niega que firme contratos particulares con estudiantes y rebate la tesis de la defensa, de que la parte actora haya decidido por sí misma limitar su actividad a una parte del público. La parte actora no estableció ella misma esta limitación, sino que es el resultado de la decisión del consejo de 1986 que ordenó la fundación [de SURFnet] para la explotación de una red nacional de investigación. Además de eso, la parte actora considera, contrariamente a lo que dice la defensa, que [su servicio] no se parece al de otros ISPs, ya que es una proveedora de una red única e innovadora a un grupo limitado de instituciones. Ningún participante en el mercado puede suministrar esta red. El hecho que algunas bibliotecas hayan dejado de recurrir a sus servicios, se debe a que ya no necesitaban el servicio completo de una red avanzada y que [para las bibliotecas] bastaban los servicios de un ISP. Esto demuestra que la red de la parte actora se distingue de la red de los operadores comerciales presentes en el mercado. La defensa se equivoca al considerar que se trata de servicios más o menos idénticos.

## 2.4. Sentencia

La disputa entre las dos partes no se centra en que la parte actora explote una red de comunicaciones electrónicas y preste servicios de comunicaciones electrónicas, ni que los

usuarios de estos servicios constituyan un grupo específico. Más bien se centra en la pregunta de si se puede considerar que la parte actora explota una red pública de comunicaciones electrónicas o presta servicios públicos de comunicaciones electrónicas.

En cuanto a la pregunta de si el servicio de comunicaciones electrónicas es público, el Tribunal considera determinante el hecho de si el servicio es accesible para el público en general. En este contexto el Tribunal destaca que la MvT del presente artículo 1.1., de la Tw (TK 2002-2003, 28851, no. 3, p. 89), dice, entre otras cosas, “que un servicio público de comunicaciones electrónicas es el que ofrece una determinada empresa de forma pública y accesible para cualquiera que desee utilizar el servicio. El hecho que una empresa ofrezca un servicio bajo condiciones particulares a un grupo determinado de usuarios – por ejemplo una empresa o institución gubernamental – no significa que este servicio sea público. Este es el caso si el servicio no se ofrece a otros usuarios, independientemente de las condiciones aplicables.”

Contrariamente a la defensa, el Tribunal considera que el círculo al que la parte actora ofrece sus servicios sí es suficientemente limitado, ya que este se consolida bajo un grupo, es decir, las instituciones dedicadas a la investigación científica y la educación superior. El Tribunal opina que este grupo es suficientemente delimitado y que los servicios que le presta la parte actora no están accesibles para el público general.

La parte actora se ocupa en particular de la interconexión de servicios de Internet entre las instituciones afiliadas. La red avanzada de la parte actora sólo es accesible para esas instituciones afiliadas, bajo condiciones específicas, y no para terceros. Esto implica que no ‘cualquiera’, sin distinción, puede obtener acceso a la red de investigación de la parte actora, por lo que no se puede considerar como un servicio público. Los usuarios particulares, por ejemplo, estudiantes, solamente pueden utilizar la red de la parte actora estando en la universidad. El Tribunal considera que el hecho de que este caso no se trate solamente de intercomunicación entre las instituciones, sino también entre todos los usuarios del internet [en esas instituciones] no implica que se pueda hablar de un servicio público ni de una red pública.

Si se utiliza la red de la parte actora fuera de la universidad, siempre se trata de la red de otra [empresa]. El Tribunal considera, en base a una investigación de la situación en la agrupación de viviendas Stadswonen de Rotterdam, que la parte actora, remitiéndose al sitio web [www.stadswonen.nl/kennisglas](http://www.stadswonen.nl/kennisglas), ha rebatido suficientemente el argumento de la defensa, de que la parte actora actúa como proveedora alternativa de servicios de internet y firma contratos con usuarios particulares. Del análisis realizado se concluye que los estudiantes pueden firmar contratos con un ISP, que luego verifica si la persona en cuestión, es estudiante en una institución afiliada a la parte actora. El estudiante por consiguiente puede, conectarse sin afiliación previa al ISP para acceder a la red de la parte actora desde su casa.

En este contexto, el Tribunal se remite también a la resolución de la defensa de fecha 18 de mayo de 2005, respecto a la Universidad Erasmus de Rotterdam (EUR). La EUR dispone de una red electrónica de comunicación conectada a las redes de la parte actora y del Rotterdam Internet Exchange. En este contexto la defensa consideró que los empleados y los estudiantes

de la EUR tenían acceso a la red de EUR, y que solamente sus ordenadores tenían acceso a la red de EUR, lo que quiere decir que no había otros puntos de conexión que permitieran el acceso como usuario a terceros. Por ello, la defensa consideró que la EUR no explotaba una red pública de comunicaciones electrónicas.

El hecho que la parte actora tenga un sitio web no contradice lo afirmado con anterioridad. En el sitio web de la parte actora, [www.surfnet.nl](http://www.surfnet.nl), hay información sobre su historia, su misión y sus actividades, y se indica que solamente las instituciones incluidas en su grupo de usuarios – básicamente, las instituciones y proyectos de investigación industrial apoyados por el Ministerio de Educación, Cultura y Ciencias – pueden afiliarse. Además, el sitio web de la parte actora ofrece una visión general de las aproximadamente 160 instituciones afiliadas. En cuanto al hecho que la parte actora suministre través de su sitio web información sobre posibilidades para usuarios particulares, el Tribunal constata que SURFnet hace referencia a otra empresa, en concreto InterNLnet BV, que ofrece varios servicios.

La referencia de la defensa a la sentencia del Tribunal del 31 de julio de 2008 reg. no. TELEC 07/3022 no es válida, ya que en ese caso la empresa en cuestión efectivamente ofrecía sus servicios al público a través de un sitio web. En una página web de esa empresa se podían rellenar los datos del que quería utilizar el servicio. Al contrario, en el sitio web de la parte actora solamente pueden acceder a los servicios que se ofrecen las instituciones que entran dentro del grupo de usuarios definido, y no están disponibles para los demás usuarios. Asimismo, el sitio web de la parte actora no dispone de una página a rellenar por cualquier usuario para poder pasar a utilizar sus servicios.

A la luz de lo expuesto, el Tribunal opina que la red de la parte actora no se ofrece ni es accesible al público en general. Teniendo esto en cuenta, la defensa, por medio de la decisión debatida, ha estimado incorrectamente que se puede considerar a la parte actora como proveedora de un servicio público de comunicaciones electrónicas, ni como responsable de la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas. Partiendo de esa conclusión, no resulta necesario analizar las demás objeciones de la parte actora.

Ello implica que la apelación debe estimarse y que la discusión debatida debe ser anulada. La defensa tendrá que adoptar una nueva decisión conforme con lo establecido en esta sentencia.

El Tribunal condena en costas a la defensa por los gastos en que la parte actora ha tenido que incurrir desde la apelación hasta el laudo. (...)

### 3. Decisión

El Tribunal

Administrando justicia:

Estima la apelación,

Anula la decisión debatida,

Determina que la defensa deberá asumir los derechos de secretaría de 288;-€, pagados por la parte actora,

Condena a la defensa a pagar las costas procesales por un importe de 644;-€, -- e indica a OPTA como persona jurídica que debe resarcir las costas a la parte actora.

Así se acuerda por el sr. lic. J.W.H.G. Loyson, presidente, y Sr. J.H. de Wildt y Sr. Y.E. de Muynck, miembros, en presencia Sr. A. Vermaat, secretario judicial.

El secretario judicial: El presidente:

Pronunciado/Dictado públicamente el 27 de marzo de 2009.

Una parte interesada – incluida la parte actora – y la defensa pueden apelar ante el Tribunal de apelación de Industria y Comercio, postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage. El plazo para la entrega del escrito de apelación es de seis meses y comienza a partir del día siguiente al de remisión de la copia de esta sentencia.

Copia enviada el día: