



**ASPECTOS JURÍDICOS
DEL DESPLIEGUE DE
REDES INALÁMBRICAS
DE INICIATIVA MUNICIPAL**

Adaptación y traducción del documento elaborado por Localret con el título "Aspectos jurídicos del despliegue de redes inalámbricas de iniciativa municipal"

ÍNDICE

1.	DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES	5
2.	NORMATIVA SECTORIAL DE TELECOMUNICACIONES.....	9
3.	RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS REDES INALÁMBRICAS DE INICIATIVA MUNICIPAL	13
3.1.	Redes en régimen de autoprestación	15
3.1.1.	Concepto y alcance	15
3.1.2.	Supuestos que han comportado resoluciones de la CMT.....	16
3.2.	Redes públicas de comunicaciones electrónicas.....	20
3.2.1.	Explotación de redes de comunicaciones electrónicas	21
3.2.2.	Prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.....	21
4.	La intervención municipal en el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.....	23
4.1.	Habilitación para la intervención municipal.....	25
4.1.1.	Zonas sin competencia.....	26
4.2.	Naturaleza de la intervención municipal en la explotación de redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas.....	29
4.2.1.	Explotación de redes de comunicaciones electrónicas	29
4.2.2.	Prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.....	38
5.	OBLIGACIONES Y CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE OPERADOR DE TELECOMUNICACIONES ·	39
5.1.	Notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones	41
5.2.	Condiciones para el ejercicio de la actividad de operador de telecomunicaciones.....	43
5.2.1.	Principios de neutralidad, transparencia y no discriminación	43
5.2.2.	Separación de cuentas y separación estructural.....	43
5.2.3.	La cuestión de la gratuidad de los servicios	44
5.2.4.	Financiación pública de la red	48
5.2.5.	Esponsorización	50
5.2.6.	Despliegue de red	51
5.2.7.	Protección de datos, confidencialidad y registro de tráfico	53
6.	CONCLUSIONES.....	55



Distribución de competencias en telecomunicaciones

La intervención de las administraciones públicas en las telecomunicaciones se tiene que situar en el marco del modelo de organización territorial del Estado español recogido en la propia Constitución española (en adelante CE).

En este sentido, si bien la competencia en materia de "telecomunicaciones" corresponde al Estado con carácter exclusivo (art. 149.1.21º CE), hay que reconocer la potestad de intervención de las administraciones autonómicas y de las locales, en la medida en que concurren títulos habilitantes basados en materias diferentes de la principal "telecomunicaciones", la competencia de las cuales ostentan, legítimamente, administraciones diferentes que la estatal.

De esta forma, nos encontramos que tanto el Estado como las comunidades autónomas y los municipios, en el ámbito de sus competencias, pueden establecer normativas que, de forma directa o indirecta, establezcan condiciones específicas a las telecomunicaciones en general y, al derecho de ocupación de los operadores en particular.

Hoy en día, la actual normativa de telecomunicaciones¹ reconoce explícitamente la potestad de intervención municipal en relación con la instalación de redes de comunicaciones electrónicas, al amparo de sus competencias en materia de urbanismo, medio ambiente, ordenación del territorio, salud pública, acceso al dominio público y a la propiedad privada.

Con respecto a los entes locales, el reconocimiento competencial ha venido por vía jurisprudencial en sentencias como la de 24 de enero de 2000 (en el mismo sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 18 junio 2001 y de 15 de diciembre de 2003, entre otros):

"La existencia de un reconocimiento de la competencia (telecomunicaciones) en una materia como exclusiva de la Administración del Estado no comporta, por sí misma, la imposibilidad de que en la materia puedan existir competencias cuya titularidad corresponda a los entes locales...ni anule la exigencia constitucional de reconocer en cada ente local aquellas competencias que deban considerarse necesarias para la protección de sus intereses".

Desde el punto de vista de la normativa de régimen local, el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), que señala las competencias de los municipios, no se precisa ningún tipo de competencia en materia de telecomunicaciones. No obstante, la LBRL en su artículo 25.1, en contraposición en el artículo 25.2, dispone un principio de competencia universal a favor de los municipios, que consagra el principio de capacidad general de los ayuntamientos.

Por lo tanto, el principio de autonomía local justificará la potestad de intervención de los municipios sobre la base de las competencias que tengan reconocidas, y no al amparo del título competencial de telecomunicaciones.

Finalmente, hay que señalar el papel que juega el regulador, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT)² que de acuerdo con el artículo 48 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones (LGTel), tiene como funciones:

¹ Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones (art. 28, 29, 30.2, 53.54...) y el Real decreto 424/2005, de 15 de abril, por el cual se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (art. 15, 18 ...).

² Comisión del Mercado de Telecomunicaciones

"Adopta las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por las operadoras, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por las prestadoras de los servicios. A estos efectos, la CMT ejercerá las siguientes funciones: Puede dictar Instrucciones vinculantes para las operadoras que actúen en el sector de las comunicaciones electrónicas. Estas Instrucciones deben publicarse en el Boletín Oficial del Estado.

Pone en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia y que sean contrarios en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Puede ejercer la competencia de la Administración General del Estado para interpretar la información que en aplicación del artículo 9 de esta Ley le suministren las operadoras en el ejercicio de la protección de la libre competencia en el mercado de las comunicaciones electrónicas".



Formativa sectorial de telecomunicaciones

NORMATIVA SECTORIAL DE TELECOMUNICACIONES

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones (LGTel) es la norma que regula el sector de las telecomunicaciones, como título competencial exclusivo del Estado al amparo del mencionado artículo 149.1.21 CE.

Al respecto, el LGTel estableció el marco jurídico actualmente vigente fruto de la implementación de las disposiciones comunitarias aplicables a las telecomunicaciones³ y, la derogación del marco preexistente de la Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones (Ley 11/1998).

La LGTEL ha sido desarrollada posteriormente por medio de reglamentos específicos. De un lado, el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el cual se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a redes y numeración (Real decreto 2296/2004) y, de la otra, el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el cual se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (Real decreto 424/2005).

En este sentido, tanto la LGTel como los reglamentos que la desarrollan, fijan el marco normativo en el cual nos tendremos que remitir para la constitución de redes inalámbricas municipales y que quedan sometidas a los criterios del regulador, la CMT.

Con respecto a los aspectos técnicos y regulatorios del espectro radioeléctrico de la red inalámbrica, hay que referirse al Real decreto 863/2008, de 23 de mayo, por el cual se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones, en aquello relativo al uso del dominio público radioeléctrico⁴ (Real decreto 863/2008).

Esta norma establece los procedimientos y requisitos para solicitar el uso del dominio público radioeléctrico y para la autorización de las instalaciones de las infraestructuras correspondientes a la utilización del dominio público radioeléctrico, como serían las estaciones y antenas de radiocomunicación.

En relación con este tema, los usos de las bandas, subbandas, canales y frecuencias del espectro radioeléctrico los fija el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias (CNAF)⁵ y se tienen que interpretar de acuerdo en las Notas de Utilización Nacional (Notes UN) para el uso en territorio español⁶.

³ Directiva 2002/21/CE, relativa a un marco regulador común de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, Directiva 2002/20/CE, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, Directiva 2002/22/CE, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación en las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, Directiva 2002/19/ CE, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y Directiva 2002/58/CE relativa a los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas junto con la Decisión 676/2002/CE para un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico a la Comunidad Europea. Estas directivas están en proceso de revisión y está previsto que durante el año 2008 sean aprobadas por la Comisión.

⁴ Que recientemente ha derogado la Orden de 9 de marzo de 2000 que aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones, en aquello relativo al uso del dominio público radioeléctrico.

⁵ El CNAF es un instrumento legal, que depende del Ministerio de Industria, Turismo y Consumo utilizado para asignar a los diferentes servicios de radiocomunicaciones, las diversas bandas de frecuencias entre los 9 KHz hasta el 105 GHz que describe la atribución de frecuencias y caracteriza el uso según los acuerdos de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT)

A efectos del desarrollo de la red inalámbrica, uno de los puntos del éxito de las tecnologías inalámbricas utilizadas por el sector público reside en que las tecnologías utilizan las bandas del espectro radioeléctrico que permiten un "uso común" del mismo. Como son de uso común, no se requiere la preceptiva autorización o concesión demanial específica de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI). Eso permite que cualquier entidad jurídica o persona física pueda utilizar las frecuencias designadas reglamentariamente como de uso común libremente. No obstante, éste uso común no está exento de obligaciones dado que se tendrán que respetar unos criterios técnicos y de servicios establecidos para cada frecuencia mediante las Notes UN.

Así y todo, a lo largo del presente documento se desarrollarán los diferentes aspectos legales que se tienen que tener en consideración en un futuro proyecto de red inalámbrica desde una perspectiva del mercado de las telecomunicaciones.

regulado por el Orden ITC/1998/2005, de 22 de junio, por la cual se aprueba el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias.

⁶ Resolución de la CMT de 20 de noviembre de 2003 sobre la solicitud formulada por la Asociación española de proveedores de servicio de Internet (AEPSI) en lo referente a cuestiones relacionadas con la prestación del servicio disponible al público mediante redes locales inalámbricas.



Régimen jurídico de las redes inalámbricas de iniciativa municipal

De un tiempo a esta parte, numerosas administraciones locales han iniciado proyectos para desarrollar redes inalámbricas y servicios de telecomunicaciones en sus respectivos territorios.

En este sentido, hay que diferenciar cuando estos servicios se prestan en régimen de autoprestación por los propios servicios corporativos municipales o cuando se trata de una "red pública", es decir, disponible al público en general.

3.1. Redes en régimen de autoprestación

3.1.1. Concepto y alcance

El régimen de "autoprestación" se caracteriza como un régimen de exención de las obligaciones de obtención de títulos habilitantes por el acceso a los mercados de explotación de redes y de prestación de servicios.⁷ Es decir, que quien explota una red y/o presta un servicio de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación, no está obligado a practicar la notificación fehaciente a la CMT, en qué se refiere el artículo 6.2 LGTel.

Con relación a este término, hay que decir que la LGTel define sólo las redes públicas de comunicaciones electrónicas:

*"Una red de comunicaciones electrónicas que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de comunicaciones para el público" (Apartado 26 del Anexo II de la LGTel)."*⁸

El artículo 6.1 de la derogada Ley 11/1998, cuando estableció los principios aplicables a esta actividad, sí que definió el término "autoprestación" en contraposición al concepto "de oferta de terceros". Según esta previsión, estaríamos ante un caso de autoprestación cuando el explotador de la red o prestamista del servicio no ofreciera la actividad a terceros.

La problemática radica, pues, en qué entendemos también por "oferta en terceros". En este sentido, para aclarar la terminología, se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas en la sentencia de 16 de julio de 2004, que dispuso que: "[...] las Administraciones Públicas no precisan de título habilitante para la prestación de servicios o explotación de redes de telecomunicaciones siempre que sea para la satisfacción de sus necesidades, es decir, en régimen de autoprestación".

La CMT, sobre la base de la definición del Anexo II del LGTel, señala que la consideración de "red pública de comunicaciones" y la consiguiente obligación de notificación del artículo 6.2 LGTel, sólo nace cuando el servicio a prestar es un servicio de comunicaciones electrónicas y que, además, esté **disponible al público en general**.

Así pues, el problema que se plantea es determinar si estamos ante una actividad que sólo pretende satisfacer las necesidades propias del municipio o si, por contra, se pretende satisfacer las necesidades de terceros.

⁷ Artículo 6.1 y 7.3 de la derogada Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones y artículo 6.2 de la vigente LGTel.

⁸ En el mismo sentido, el art. 2.d 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).

Esta doctrina de la CMT hacia el concepto de autoprestación, ha sido recientemente matizada en resoluciones como la de 3 de julio de 2008, que resuelve la consulta planteada por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife,⁹ la de 23 de julio de 2008, por la cual da respuesta a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Málaga¹⁰ y el Informe de 18 de septiembre 2008¹¹.

Así, en la Resolución de 3 de julio de 2008, la CMT afirma que "...sólo puede hablarse de autoprestación cuando sea para satisfacción de las necesidades propias del servicio, entendiendo por tales, tanto las de sus trabajadores como las de los usuarios en relación con el contenido del propio servicio prestado" y concluye que:

"...Cuando el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife explote la red y preste el servicio de acceso en Internet a sus empleados en Oficinas Municipales, Bibliotecas Municipales y demás edificios públicos, en él encontrarnos un régimen de autoprestación, no será necesario que dicho Ayuntamiento realice la notificación ante esta Comisión. Este mismo régimen será de aplicación para la prestación a los usuarios en Bibliotecas o edificios en que se prestan los servicios municipales cuando para la satisfacción de los fines que le son propios, sea necesaria dicha prestación".

En el caso de la administración local, dentro del primer supuesto podríamos enumerar como casos de autoprestación:

- La interconexión de las sedes municipales (el personal adscrito a los diferentes servicios municipales es quien disfruta de la prestación del servicio).
- La dotación de conectividad a usuarios con movilidad (brigadas, policías ...).
- El control de dispositivos a distancia (paneles informativos, riego automático...).

En la evolución de las experiencias municipales en la prestación de servicios - básicamente de acceso a Internet- mediante redes inalámbricas, se han planteado diferentes supuestos dudosos, que, en algunos casos, han dado lugar a una resolución de la CMT, y que hay que mencionar con más detenimiento.

3.1.2. Supuestos que han comportado resoluciones de la CMT

Servicios de acceso a Internet en edificios municipales

El servicio de acceso a Internet prestado a los usuarios de servicios municipales (por ejemplo, bibliotecas) debidamente registrados (p.e. titulares de un carnet)¹², se considera como un servicio de telecomunicaciones no disponible al público en general y, por lo tanto, en el ámbito de la autoprestación.

⁹ Resolución de 3 de julio 2008, por la cual se da respuesta a la consulta planteada por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife sobre la necesidad de inscribirse como operador para la prestación del servicio de acceso a Internet, así como la posible gratuidad del servicio.

¹⁰ Resolución de 23 de julio 2008, por la cual se da respuesta a la consulta planteada por el Ayuntamiento de Málaga sobre la necesidad de constituirse en operador para la prestación del servicio de acceso a Internet, así como la posible gratuidad del servicio.

¹¹ Informe en relación con el régimen jurídico aplicable a la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas para las administraciones públicas, adoptado por Acuerdo del Consejo de la CMT de 18 de septiembre de 2008 (RO 2008/1350).

¹² En el informe de 18 de septiembre, la CMT menciona como edificios municipales las bibliotecas o los centros culturales. Añade que "... en estos supuestos podría entenderse necesaria la exigencia de un requisito adicional que acreditara esta especial vinculación de los usuarios con el servicio, como por ejemplo el carné de la biblioteca, la presentación del Documento Nacional de identidad...".

Recientemente, la CMT ha matizado el concepto de autoprestación, con especial referencia a la prestación del servicio en edificios municipales.

En la Resolución de 3 de julio de 2008, la CMT da cuenta de la resolución de la consulta formulada por la Diputación de Barcelona sobre bibliotecas¹³ y, después de afirmar que sólo se puede hablar de autoprestación cuando se satisfagan las necesidades de los trabajadores del servicio, o de los usuarios en relación con el contenido del servicio prestado, en relación en los edificios municipales distingue entre *"... los edificios que albergan servicios que por su naturaleza y por la vinculación de sus usuarios con los mismos, puede entenderse que la prestación del servicio de acceso a Internet se autoprestan, de aquellos otros en que no se da esta circunstancia"*.

Este enfoque se expone también en la Resolución de 23 de julio de 2008, en qué la CMT, ante la consulta formulada por el Ayuntamiento de Málaga, que pretendía prestar a través del Centro Municipal de Informática dos tipos de servicios con carácter gratuito: un servicio de acceso a las páginas web municipales mediante tecnología Wi-Fi, y un servicio de acceso a Internet a los ciudadanos limitado a los servicios básicos, con la introducción de usuario y contraseña. En todo caso, los puntos de acceso estarían situados en el interior de edificios municipales para ofrecer cobertura a los usuarios que accedieran en estos edificios con exclusión de los exteriores.

La CMT, en respuesta a esta consulta, expone que *"...Únicamente se consideraría autoprestación la explotación de red y la prestación del servicio de acceso en Internet en aquellos edificios (como bibliotecas) que albergan servicios que por su naturaleza y por la vinculación de sus usuarios con los mismos (siguiendo con el ejemplo, titulares del carné de la biblioteca) sea necesaria dicha prestación para la satisfacción de los fines que le son propios. En este último caso, teniendo en consideración que los puntos de acceso tendrán una cobertura entre 30 y 100 metros, nos encontraríamos ante un supuesto de autoprestación (...)"*, y concluye que el Ayuntamiento de Málaga prestará un servicio de acceso a Internet al público en general, y que por lo tanto, tiene que realizar la notificación que establece el artículo 6.2 LGTel.

Es importante destacar que si bien la CMT en la Resolución de 16 de junio de 2005, de la consulta formulada por la Diputación de Barcelona, parecía exigir, para considerar que se trata de un supuesto de autoprestación, que el ámbito de cobertura estuviera reducido en el interior del recinto del edificio público (en este caso, la biblioteca), a partir de las Resoluciones de 3 y 23 de julio y más explícitamente, en el Informe de 18 de septiembre, admite que el servicio se preste en sus inmediaciones.

En efecto, en éste último afirma:

"...Todo ello implica que las Administraciones Públicas pueden prestar el servicio de acceso a Internet a los ciudadanos dentro de sus edificios o dependencias e incluso en sus inmediaciones (ya que la cobertura de un acceso inalámbrico no puede restringirse únicamente en el interior del edificio) siempre que exista una especial vinculación de los usuarios con el servicio que justifique la prestación del mismo (como por ejemplo en bibliotecas o centros culturales).

En este caso, la prestación del servicio de acceso en Internet se entiende que se realiza en régimen de autoprestación".

¹³ Resolución de 16 de junio de 2005, de la consulta formulada por la Diputación de Barcelona, sobre la necesidad de inscribirse como operador para el establecimiento de redes inalámbricas en bibliotecas públicas.

Servicios de información ciudadana¹⁴

Los puntos de información de los que disponga una administración, tanto en los edificios municipales como en la vía pública, con el fin de acceder a información pública (web municipal y web de otras administraciones) de interés municipal vía Internet, dan cumplimiento a una de las funciones que están recogidas en la LBRL.:

- Facilitar la más amplia información sobre la actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local (art. 69 LBRL y art.154 LMRLC).
- Utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos, para la presentación de documentos y para la realización de trámites administrativos, de encuestas y en su caso, de consultas ciudadanas (art. 70 bis, apartado 3, LBRL).

La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (LAECSP), no hace sino insistir con esta línea, consolidando el mandato para las administraciones de poner a disposición de los ciudadanos medios que faciliten este acceso electrónico.

Hay que entender, por lo tanto, que la actividad de información que pueden prestar los ayuntamientos no se determina como una actividad económica en régimen de concurrencia con otros operadores, sino que entra dentro de las competencias propias de los municipios, eludiendo en este sentido de la lógica del mercado.

No obstante, la CMT considera que cuando el servicio pueda ser accedido por cualquier usuario, aunque el acceso esté restringido a la web municipal, se tratará de un servicio de comunicaciones electrónicas públicas, y no de una actividad en régimen de autoprestación y, por lo tanto, será necesaria la notificación del artículo 6.2 del LGTel.

Así se desprende de resoluciones como la de 29 de abril de 2008¹⁵, en la que, y en relación con un servicio de acceso a la intranet local del Ayuntamiento de Vilassar de Mar para todos aquellos usuarios que se encontraran en las zonas de cobertura habilitadas al efecto, la CMT afirma que:

¹⁴ Cuando el servicio sólo se limita al acceso en las páginas de administraciones públicas, la CMT habla de "acceso a base de datos".

¹⁵ En el mismo sentido, la Resolución de 27 de mayo de 2004, relativa a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Barcelona sobre la necesidad de inscribirse como operador de determinados servicios de una red Wi-Fi: El Ayuntamiento de Barcelona pretendía, a través de un organismo autónomo, instalar un punto de acceso con una antena exterior en edificios municipales, que proporcionaran cobertura en espacios públicos adyacentes a estos centros hasta una distancia máxima de 100 metros. A través de estos accesos se podía acceder a los servidores de contenidos bajo el dominio "bcn.es", y a otras instituciones públicas o empresas participadas.

Sólo se preveía el acceso a un número restringido de servidores que proporcionarían información de la ciudad de Barcelona. El acceso sería público, libre y gratuito.

En relación a la descripción del proyecto del Ayuntamiento de BCN, la CMT concluyó que la red que se pretendía instalar tenía que ser considerada como red pública de comunicaciones electrónicas, en tanto que sería utilizada, al menos parcialmente, para prestar el servicio de transmisión de datos disponible al público en general. Por lo tanto, existía la obligación de notificación del artículo 6.2 del LGTel.

"... De esta manera, la prestación de servicios que a priori van a estar destinados en el acceso en la intranet municipal, pero que puede ser accedido por cualquier usuario con los elementos técnicos necesarios para ello, aún cuando el acceso esté restringido, y por el que discurre el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, hace calificar este servicio, como un servicio de comunicaciones electrónicas públicas, para cuya prestación se debe estar inscrito en el Registro de esta Comisión, como así lo hizo el Ayuntamiento de Vilassar.

*Cuestión diferente es la prestación gratuita de este servicio, aspecto que se analiza en el siguiente apartado (...)"*¹⁶

Espacios públicos de titularidad municipal

Muy vinculado al supuesto anterior, se plantea la prestación de servicios en espacios públicos municipales (no en el interior de los edificios) donde los servicios que se prestan mediante la red inalámbrica están directamente relacionados con actividades y servicios de competencia municipal (por ejemplo, atención al ciudadano, servicios culturales, de ocio o formativos) pero que dieran un acceso a Internet sin restricciones.

En este sentido, y de acuerdo con los criterios de las resoluciones mencionadas, parecería que la prestación de un servicio en un espacio público municipal para llevar a cabo una actividad vinculada directamente a una competencia municipal (por ejemplo, en una plaza) se habría de calificar de red pública en la medida en que los vecinos pueden acceder. Por lo tanto, volveríamos a aplicar, según el criterio de la CMT, la necesaria notificación del artículo 6.2 del LGTel.

Refleja este planteamiento, la Resolución de 6 de marzo de 2008, relativa a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Esplugues de Llobregat, que pretendía, con carácter temporal¹⁷, dar servicios de información municipal y servicios a las brigadas, pero también acceso en Internet gratuito en una pequeña plaza del municipio. La CMT afirma, en relación con el servicio de información municipal (tratado en el apartado anterior), que es un servicio de comunicaciones electrónicas en terceros y que, por lo tanto

"...el Ayuntamiento de Esplugues de Llobregat deberá notificar a esta Comisión su intención de prestar un servicio de transmisión de datos para proporcionar servicios de información municipal ya sea prestado transitoriamente o no, con los requisitos y documentación enunciados en el artículo 5.5 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril. (...)

(...) El Ayuntamiento de Esplugues de Llobregat manifiesta que el servicio se prestará a los vecinos del Municipio, por tanto, a terceros, lo que excluye la autoprestación.

En conclusión, el Ayuntamiento de Esplugues, si desea explotar la red de comunicaciones electrónicas inalámbrica y prestar el servicio de acceso en Internet a los vecinos del Municipio, deberá proceder en realizar la preceptiva notificación en esta Comisión de su intención de explotar la red y prestar el servicio de comunicaciones electrónicas de acceso en Internet, en el objeto de que se produzca su inscripción en el Registro de Operadoras como operador, remitiendo la documentación señalada en el artículo 5 del Reglamento de Prestación de Servicio".

No obstante este criterio, en relación en los espacios públicos municipales, hace falta recordar tal como se ha indicado en un apartado anterior, que la CMT admite la

¹⁶ En efecto, otra cosa es que se pueda prestar o no gratuitamente. Esta cuestión presenta gran importancia y será tratada más adelante.

¹⁷ El tema de la temporalidad se tratará en un apartado posterior

posibilidad de prestar servicio de acceso en Internet en los edificios o dependencias municipales e incluso en sus inmediaciones cuando exista una especial vinculación de los usuarios con el servicio que justifique la prestación de lo mismo (p.e. bibliotecas o centros culturales)¹⁸.

Por otra parte, hay que afirmar que en los supuestos anteriores, si bien hay que calificar éstas redes como a "públicas" y, por lo tanto, llevan aparejada la obligación de notificación del artículo 6.2 LGTel, habría que considerar una serie de cuestiones que pueden matizar el carácter de actividad económica que equipararía el ayuntamiento con cualquier otro operador de telecomunicaciones:

- El servicio de acceso se configura dentro de un ámbito competencial propio de la administración local tal como se ha mencionado en la referencia a los servicios de información ciudadana. Por tanto, el ayuntamiento está obligado por ley a cumplir con este servicio de información y no por un supuesto ánimo de lucro.
- Las características y configuración de la red hacen difícil equiparar el servicio al nivel de competencia exigido a cualquier operador (en muchos casos son actividades limitadas en el horario de conexión, sometido a la realización de la actividad, de una calidad que no permite "descargar" según qué archivos, con una acreditación previa, etc.).

Este hecho afecta directamente al régimen de competencia y a la posible gratuidad del servicio, cuestiones que trataremos en apartados posteriores.

3.2. Redes públicas de comunicaciones electrónicas

Cómo hemos indicado, en caso de que la red esté disponible al público en general, hablamos de redes públicas, lo cual implica que la administración local interviene en el mercado como operador con el objetivo de explotar una red pública de comunicaciones electrónicas y/o prestar un servicio de comunicaciones electrónicas disponible al público.¹⁹

En este supuesto, el ayuntamiento se tendrá que constituir como operador mediante la notificación a la CMT del artículo 6.2 LGTel, y tendrá que respetar las condiciones del artículo 8.4 LGTel (principios de neutralidad, transparencia y no discriminación y separación de cuentas), así como las previsiones generales establecidas en el LGTel y el RD 424/2005.

Estas cuestiones, sin embargo, se examinarán en profundidad más adelante. Ahora hay que analizar los supuestos que legalmente se recogen y que comportan que la administración local haya de asumir la condición de operador de telecomunicaciones. En concreto:

- La explotación de redes de comunicaciones electrónicas.
- La prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

¹⁸ Resoluciones de 3 de julio 2008, de 23 de julio 2008 y el Informe de 18 de septiembre 2008.

¹⁹ Resolución de la CMT de 20 de diciembre de 2004 por la cual se desestima el recurso de reposición interpuesto por la entidad Proyecto Atarfe, S.A. contra la resolución de la CMT, de fecha 30 de septiembre de 2004, recaída en el procedimiento sancionador incoado a la mencionada entidad por acuerdo de 15 de abril de 2004.

3.2.1. Explotación de redes de comunicaciones electrónicas

De acuerdo con la definición recogida en el Anexo II del LGTel hace falta entender por explotación de una red de comunicaciones electrónicas "la creación, el aprovechamiento, el control o la puesta en disposición de dicha red". Precisamente, la inclusión del concepto "creación" alude a todas aquellas actividades dirigidas en la instalación de la red, lo que presupone que la red que se pretende explotar no está todavía creada.

3.2.1.1 Establecimiento o creación de redes

Según esta definición, habría que incluir como establecimiento de red inalámbrica aquellos supuestos donde la administración local únicamente realizara la creación de la red y la dirección de la obra civil para ponerla a disposición de un tercero operador, y, por lo tanto, también estaríamos ante un caso de explotación de redes para terceros. En este sentido, aunque un tercer operador explote la red y el ayuntamiento únicamente sea el propietario, éste último también lo ha de notificar a la CMT²⁰. Éste es el posicionamiento de la CMT.²¹

3.2.1.2 Explotación comercial de la red ²² (operador de operadores)

Hace falta entender que hay explotación comercial de la red cuando el ayuntamiento la pone a disposición de terceros que actúan como ISP (Internet Services Provider), los cuales pueden comercializar sus servicios para prestar el servicio de telecomunicaciones al usuario final, pero en este caso el ayuntamiento continúa teniendo el control y la gestión de la red como mayorista del servicio. Un tema relacionado a considerar es el caso del municipio que está haciendo uso de capacidad excedente de servicios o redes de autoprestación o corporativas para dar servicio al público, los costes originales de la infraestructura de red se han de repartir con criterios proporcionales entre el uso interno y el uso para suministrar servicio público.

3.2.2. Prestación de servicios de comunicaciones electrónicas

La definición de servicios de comunicaciones electrónicas establecida en el Anexo del LGTel es "el prestado generalmente a cambio de una remuneración que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales mediante redes de comunicaciones electrónicas".

En este sentido, los servicios de acceso a Internet entran claramente dentro de ésta

²⁰ Resolución de la CMT de 27 de octubre de 2005 de contestación a la consulta formulada por la sociedad "C.T. BELL, S.L." sobre la necesidad de inscribirse como operador para el establecimiento y explotación de redes Wi-Fi en un complejo residencial.

²¹ Esta afirmación hace falta matizarla de acuerdo con el qué se ha comentado respecto del ámbito de la autoprestación: Hay que tener en consideración que cuando esta red se cree para prestar servicios corporativos -en régimen de autoprestación- no habrá que realizar la notificación en la CMT porque ya no está ante una red pública.

En este sentido, la red a construir asume la condición de instrumento necesario, pero accesorio, respecto de la prestación del servicio. Efectivamente, es el servicio -la autoprestación- lo que configura la no condición de operador de telecomunicaciones por parte del ayuntamiento.

²² Hay que relacionar este punto con los modelos de explotación de los "modelos de implantación de las redes inalámbricas"

definición y se tienen que calificar, por lo tanto, como servicios de comunicaciones electrónicas, con las consecuencias que veremos en los apartados siguientes de este documento.



La intervención municipal en el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

4.1. Habilitación para la intervención municipal

Como cuestión previa a la determinación de las actividades vinculadas a la explotación de red y la prestación de servicios de telecomunicaciones -con los expedientes administrativos correspondientes -, hace falta que el ayuntamiento tenga en cuenta algunas cuestiones relacionadas con el entorno a mercado de la red o servicio.

Efectivamente, la habilitación para la intervención municipal, desde el punto de vista de la normativa de las telecomunicaciones, pone especial énfasis en los aspectos relacionados con el derecho de la competencia. El análisis de la intervención municipal bajo esta perspectiva, fundamenta el criterio de la CMT. Así se hace patente en la Resolución de 29 de septiembre de 2005, relativa a una consulta de la Diputación de Valencia en relación a un Plan provincial de acceso a Internet de los municipios de la provincia mediante redes inalámbricas:

"Por tanto, los ayuntamientos pueden actuar en los mercados de comunicaciones electrónicas como operadoras en régimen de libre competencia con el resto de los operadoras públicos o privados.

No obstante, las condiciones para el acceso al mercado y para la financiación de la actividad, variará en función de que, en el ámbito de cobertura en el que se ofrece el servicio, exista o no la oferta de otros operadoras para el acceso en dicho servicio.

Esta Comisión se ha definido en otras ocasiones en el sentido de que, en el ámbito de los mercados de las telecomunicaciones -como el resto de los mercados en régimen de libre competencia- la intervención de las Administraciones públicas debe venir presidida por la necesidad de perseguir el objetivo de preservar el interés público. Se observa así que la intervención de los poderes públicos en la economía está plenamente reconocida si está dirigida a preservar el interés público. Pero esta intervención ha de someterse a las mismas reglas de actuación que los inversores privados, para concurrir con ellos en igualdad de condiciones.

El sector de las comunicaciones electrónicas ha contado tradicionalmente con la presencia en el mercado de las Administraciones públicas constituidas como operadoras. Hay que recordar que las telecomunicaciones son un servicio de interés general, tal y como se establece en el artículo 2 de la LGTEL. Pero, como también se previene en este artículo, son servicios que se prestan en régimen de libre competencia y, por lo tanto, las Administraciones han intervenido en el sector concurriendo con inversores privados.

La intervención de las Administraciones en el sector de los accesos en banda ancha (preferentemente para dar acceso en Internet a través de redes de tipo Wi-Fi) se produce cada vez con mayor frecuencia y se da, normalmente, en los dos tipos de escenarios que se describen en continuación:

- *La Administración puede prestar un servicio de comunicaciones electrónicas en zonas donde ningún inversor privado está prestando dicho servicio (sería el caso de municipios sin cobertura ADSL).(...)*
- *Además, pueden presentarse supuestos en los que una entidad pública decida prestar el servicio en una zona donde ya se está prestando por parte de operadoras privados, y en concurrencia con ellos.(...)"*

Por lo tanto, para determinar el alcance de la habilitación municipal para intervenir en el mercado como operador de telecomunicaciones, habrá que analizar éstos dos supuestos:

- Zonas sin competencia.

- Zonas con competencia.

4.1.1. Zonas sin competencia

Las zonas sin competencia son ámbitos donde la administración puede intervenir sin considerar inicialmente los aspectos de la libre competencia, dado que ningún operador privado está prestando los servicios. En estos casos, hay que reconocer la competencia municipal²³ para intervenir en todos aquellos asuntos que son de interés local (art. 25.3 LRBRL) y que fundamentan el título de intervención en la prestación del servicio de acceso a Internet para la población. De aquí se desprende la posibilidad de que el ayuntamiento efectúe actuaciones de desarrollo de medidas que fomenten la igualdad de oportunidades de los ciudadanos, y que favorezcan el acceso a los servicios de la sociedad de la información de aquellos ciudadanos con dificultades económicas, sociales, etc.

Este interés público también se convierte en uno de los objetivos de la propia LGTel: "promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, así como la utilización de los nuevos servicios y el despliegue de redes, y el acceso a éstas en condiciones de igualdad, e impulsar la cohesión territorial, económica y social"²⁴. Así pues, las administraciones, al responder a este objetivo de interés público, deciden prestar servicios en zonas sin competencia.

Por lo tanto, una administración que desee prestar servicios de comunicaciones electrónicas en una situación de ausencia de competencia, podría suministrar este servicio sin las restricciones de un mercado en competencia; es decir, habría razones de interés público que prevalecen sobre las normas de la competencia y sobre su régimen jurídico (cumplimiento del régimen de las ayudas públicas o de los costes de la provisión de los servicios por el usuario final).²⁵

Hay que considerar, no obstante, que esta situación permanecerá igual siempre que se mantengan las condiciones que dieron lugar a esta intervención. En el momento que el mercado se encontrara en una situación en competencia, serían aplicables las normas de competencia siempre que las condiciones del servicio sean equiparables. En este sentido, habrá que valorar las previsiones de despliegue de la red ADSL en el término municipal para determinar el mayor o menor alcance de la actuación municipal.

En todo caso, se tiene que considerar que las redes inalámbricas de iniciativa municipal en un ámbito con ausencia de competencia son factibles y vienen a cubrir el espacio que la iniciativa privada no cubre.

Así lo apunta la CMT en la Resolución de 29 de septiembre de 2005 en la cual ya hemos dado noticia:

"En estos casos, el objetivo perseguido por la Administración sería, principio de interés público, en la medida en que resultara necesaria para garantizar la igualdad de oportunidades de los ciudadanos y que todos puedan tener acceso a los servicios de la llamada "sociedad de la información". Ello requerirá de la constatación de que no hay

²³ Vid. Punto 1 de este documento

²⁴ art. 3 LGTel y vid. "La actividad de las AAPP en el sector de las telecomunicaciones: Catálogo de buenas prácticas". Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

²⁵ Resolución de la CMT de 5 de junio de 2003 con la cual se da respuesta a la consulta formulada por el Consorcio local Localret sobre el título necesario para el establecimiento y explotación de una red de telecomunicaciones inalámbricas basada en el estándar 802.11b del IEEE.

competencia privada porque son zonas donde el inversor privado no considera rentable realizar la actividad económica. Este interés público se halla contemplado expresamente como uno objetivo de la propia LGTEL "promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, así como la utilización de los nuevos servicios y el despliegue de redes, y el acceso a éstas en condiciones de igualdad, e impulsar la cohesión territorial, económica y social". Las Administraciones responden a un objetivo de interés público y no tanto de maximización de beneficios, deciden prestar este servicio en zonas desabastecidas."

Zonas con competencia²⁶

Las zonas con competencia son aquellas zonas donde la intervención de la administración se produce con otros operadores en concurrencia que proveen los servicios ofrecidos por la administración.

En principio, en situaciones de mercado con competencia, y para la prestación de servicios de acceso a Internet, la administración pública actuaría como un operador más asegurando que no distorsiona la competencia.

Por lo tanto, tal como indica la propia CMT²⁷, en supuestos donde ya existen operadores privados, el objetivo fundamental de la actuación pública ya no sería prestar el servicio en una zona desprovista sino que tendría que actuar en un mercado en concurrencia, como un operador más. A primera vista, se podría pensar que no existiría una de las premisas justificadoras de la intervención pública: la existencia de un interés público en la actuación empresarial pública.

No obstante, puede haber otros indicadores de este interés público. Éste sería el caso, por ejemplo, de propiciar un incremento de las ofertas, promover la inversión eficiente en nuevas infraestructuras, fomentar la innovación tecnológica y, en definitiva, impulsar beneficios para los ciudadanos derivados del régimen de libre competencia (todos estos intereses están contemplados en el artículo 3 LGTel).

Según la CMT:

"... En este caso, la justificación de la intervención ya no vendría determinada por la necesidad de prestar el servicio en una zona desabastecida. No existiría, por tanto, una de las premisas justificadoras de la intervención pública a las que nos referíamos anteriormente. La concurrencia de su existencia deberá ser analizada con sumo cuidado y, caso por caso²⁸ por el Regulador para evitar que la intervención de una entidad pública pueda dar lugar en situaciones de distorsión de la libre competencia" (Resolución de 29 de septiembre de 2005)

Con independencia de un análisis técnico más esmerado, también habrá que valorar las características del servicio que se pretende prestar para determinar si hay una competencia efectiva y que es lo que la CMT señala como análisis casuístico. Efectivamente, en el caso que el servicio prestado a través de las redes inalámbricas no se pudiera equiparar en contenido o calidad con un servicio equiparable (el del ADSL, por ejemplo) se podría considerar que no hay una competencia efectiva en el ámbito del servicio. Así se determina en la Resolución de 22 de febrero de 2007 (Ayuntamiento de Anglés), cuándo la CMT hace un análisis de los servicios que presta la red inalámbrica de titularidad municipal:

²⁶ Ver definición de "zonas blancas", "grises" y "negras" del documento Las tecnologías Wi-Fi y Wimax.

²⁷ La actividad de las AAPP en el sector de las telecomunicaciones: Catálogo de buenas prácticas. CMT, 2005.

²⁸ Como ejemplo de análisis para la determinación de la existencia de competencia en un municipio nos remitimos a la Resolución de la CMT relativa al municipio de Anglés (22 de febrero de 2007).

"... La diferenciación del producto del Ayuntamiento respecto en la competencia se resume en:

- Una velocidad de navegación apreciablemente inferior.*
- Un precio significativamente más bajo, inferior incluso al que aplican el resto de operadoras para el acceso en Internet por banda estrecha (RTC) cuya velocidad es de 64 Kb/s*
- El producto ADSL se paquetiza junto con las llamadas nacionales (ADSL + llamadas nacionales gratuitas).*

Por otra parte, el WiFi presenta una serie de características funcionales diferentes del ADSL como:

- El sistema puede fácilmente bloquearse por interferencias en la red*
- La capacidad del servicio está muy limitada por la distancia entre la antena receptora y los nodos y los sistemas de seguridad establecidos.*

Debe concluirse que la oferta de servicio presentada por el Ayuntamiento de Anglés resulta adecuada al ampliar la gama de servicios a disposición del público, no distorsiona la competencia y no puede considerarse una práctica de competencia desleal sino que constituye una oferta más, basada en una nueva infraestructura".

4.2. Naturaleza de la intervención municipal en la explotación de redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas

Una vez definidos los conceptos del LGTel de explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, hay que ver cuál es la naturaleza jurídica de ésta intervención y los requisitos para la obtención de la condición de operador de telecomunicaciones. La naturaleza jurídica de la intervención determinará el expediente administrativo que tendrá que llevar a cabo el ayuntamiento para explotar la red o prestar el servicio así como la relación con la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Hay que tener presente que la obtención de la condición de operador de telecomunicaciones es, para a una administración local, condición necesaria pero no suficiente para actuar en el ámbito de las telecomunicaciones como a explotadora de redes o prestamista de servicios. La normativa local requiere a la administración la demostración que hay un interés local que legitima su intervención en un sector liberalizado. Es en este sentido que habrá que iniciar el expediente administrativo correspondiente.

En primer lugar, habrá que analizar la naturaleza de la intervención en el ámbito de la explotación de redes y, en segundo lugar, la prestación del servicio.

4.2.1. Explotación de redes de comunicaciones electrónicas

Cuando nos referimos a la explotación de redes, se incorporan los conceptos de "creación, aprovechamiento, control o puesta a disposición de esta red".

4.2.1.1 Creación o establecimiento de redes En este primer supuesto se plantea la posibilidad de considerar como una actividad de naturaleza patrimonial - gestión de patrimonio - o de naturaleza estrictamente económica, el caso de la instalación de equipamientos Wi-Fi efectuada por parte de un ayuntamiento para poner las antenas a disposición de los operadores interesados en su explotación.

De la redacción del artículo 142.1 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el cual se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios (en adelante ROAS) de ello se deriva que los ayuntamientos pueden llevar a cabo diversas tipologías de actividad económica, entendida ésta como actividad de naturaleza lucrativa.²⁹

El primer tipo de actividad consistiría en la obtención de lucro a partir de la gestión patrimonial de sus bienes, actividad que por su especialidad dispone de una normativa propia.

La segunda consistiría en el qué propiamente se conoce como "actividad económica" que, en sentido estricto, incluiría todas aquellas otras actividades lucrativas de naturaleza no patrimonial y que a falta de normativa específica

²⁹ "Para el ejercicio de actividades económicas por los entes locales en régimen de libre concurrencia, a menos que se trate de la simple administración o explotación de su patrimonio, se tiene que formar un expediente previo en el cual se tienen que acreditar, según se regula en este capítulo, los aspectos siguientes: a) La conveniencia y la oportunidad de la iniciativa, y b) La concurrencia del interés público."

de desarrollo en la legislación local, su puesta en marcha vendría regulada con carácter genérico, por los artículos 136 y siguientes del ROAS.

Por lo tanto, entendemos que a la hora de definir la naturaleza de la actividad llevada a cabo por los municipios que ponen las antenas a disposición de terceros para que éstos exploten redes o presten servicios de telecomunicaciones, se habrá de analizar si esta actividad se puede considerar esencialmente patrimonial o de telecomunicaciones.

Para dar respuesta a esta cuestión resulta muy ilustrativo recurrir a la legislación francesa y a la práctica de su autoridad reguladora de telecomunicaciones, la Autorité de Régulation des Communications Électroniques et Postales (en adelante, el ARCEP).

Así, el artículo 1425-1 del Código General de las Colectividades Territoriales francés (de ahora adelante, CGCT) establece tres tipos de actividades propias de las corporaciones locales relacionadas con las telecomunicaciones sin embargo, no por eso, consideradas en sí mismas "actividades de telecomunicaciones":

- "Pueden establecer y explotar en su territorio infraestructuras y redes de telecomunicaciones en el sentido del art. L 32. 3º y 5º de la Ley de telecomunicaciones). El ARCEP considera que hay que incluir, en todo caso, las actividades de instalación de equipamientos pasivos (fibra no activada, cableado) y de equipamientos activos (fibra iluminada).
- "Pueden poner tales infraestructuras de redes a disposición de las operadoras o usuarios de redes independientes". El ARCEP considera que se incluirían las actividades relativas tanto a mantenimiento de red como la explotación comercial en tanto que mayorista, para destinarla a operadores finales."
- "Pueden prestar servicios de telecomunicaciones a los usuarios finales", habría que incluir únicamente, tal como su nombre indica, la explotación comercial destinado al público final.

La misma diferenciación, aunque en un ámbito de aplicación diferente, la encontramos en la nueva Ley de contratos del sector público cuando en su artículo 13, al hablar de actividades de las administraciones públicas relacionadas con las telecomunicaciones, diferencia entre contratos **"cuyo objeto principal sea permitir a los órganos de contratación la puesta a disposición o la explotación de redes públicas o el suministro en el público de uno o más servicios de telecomunicaciones.**

Considerando la anterior precisión y, partiendo del hecho de que los municipios objeto de este apartado estarían realizando actividades propias del primer grupo (la instalación de equipamientos pasivos y activos), entendemos que existen motivos sólidos suficientes para defender que estas actividades, a diferencia de las incluidas en los grupos dos y tres (explotación comercial o como operador mayorista y prestación de servicios al usuario final, respectivamente), son actividades alejadas de lo que se entiende por actividad de telecomunicaciones y, próximas, en cambio, a actividades puramente de naturaleza patrimonial.

Esta conclusión no entraría en contradicción con el hecho que el actual LGTel exija que toda administración que explote una red de comunicación electrónica - y por explotación entiende "la creación, el aprovechamiento, el

control o la puesta en disposición de dicha red"-, tenga que darse de alta en el registro de operadores de la CMT³⁰.

A nuestro entender, la supervisión que la CMT pueda hacer del conjunto de redes existentes en el territorio desde el momento de su creación no impide que, a efectos de normativa y naturaleza de la actividad de los entes locales, la simple puesta a disposición de terceros de red o antenas Wi-Fi se pueda considerar como una actividad económica esencialmente de naturaleza patrimonial.³¹

Así, los ayuntamientos se limitarían a desarrollar acciones que tiendan a dar uso y, por lo tanto, valor, a un patrimonio que de otra forma no tendría ninguno.

Asumiendo esta interpretación, no sería necesario el expediente previo en el cual hace referencia el artículo 142 del ROAS, sino que habría que acudir, esencialmente, al régimen, procedimiento y formas propias de gestión patrimonial.^{32 33}

Sin embargo, el procedimiento variará en función de cuál se considere que es la naturaleza de los bienes (las antenas Wi-Fi), es decir, en función de si se considera que las mencionadas antenas son bienes de dominio público o si, por el contrario, se pueden considerar bienes patrimoniales.

En el caso de considerarse bienes patrimoniales

En el supuesto de que las antenas Wi-Fi fueran consideradas como bienes patrimoniales susceptibles de ser rentabilizado, en los términos de los artículos 73 del RPEL y 8 del LPAP, habría que acudir a las formas de gestión patrimonial propias de estos tipos de bienes, es decir: (y) el arrendamiento, (ii) la cesión onerosa y (iii) la cesión gratuita.

Ahora bien, hay que decir que la cesión gratuita no es viable, en la medida en qué de acuerdo con el artículo 49 del RPEL, con el artículo 212 del Decreto Legislativo 2/2003 y con el artículo 145 del LPAP, la cesión gratuita de estos

³⁰ Adicionalmente, hace falta tener en cuenta que el hecho de que la LGTel incluya dentro de la definición de explotación de red "la creación" de la misma ha comportado que la CMT interprete que los ayuntamientos titulares de redes, aunque realicen actividades de simple puesta a disposición de redes en terceros, tengan que comunicar a la CMT su existencia y, por lo tanto, se consideren operadores.

³¹ Hay que recordar además, que la calificación de naturaleza patrimonial no exonera a las administraciones de utilizar estos bienes en condiciones de mercado -extremo reiteradamente exigido por la CMT y la normativa de telecomunicaciones - ya que, al fin y al cabo, una actividad patrimonial es una actividad económica y, como tal, tiene que respetar las condiciones de mercado.

³²De Acuerdo con los artículos 79 a 83 de la LBRL, en los artículos 74 a 87 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril (en adelante, TRRL), en los artículos básicos de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre de patrimonio de las administraciones públicas (en adelante, LPAP), en los artículos básicos del Decreto 1371/1986, de 13 de junio, por el cual se aprueba el Reglamento de bienes de las entidades locales (de ahora adelante, RBEL), en los artículos 199 a 233 del Decreto legislativo 2/2003, en el Decreto 336/1988, de 17 de octubre, por el cual se aprueba el Reglamento del patrimonio de los entes locales (en adelante RPEL), en los artículos no básicos del LPAP y del RBEL -en defecto de los anteriores-, en las ordenanzas de cada entidad y, de forma supletoria, en las restantes normas de los ordenamientos jurídicos, administrativos y civil según se desprende del artículo 1.2 del RBEL".

³³ Si la instalación de equipamientos pasivos y activos por parte de los Ayuntamientos se lleva a cabo por terceros, estaría sometida a los criterios y principios de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratas del Sector Público (en adelante LCSP).

bienes únicamente puede efectuarse a favor de otras administraciones o entidades públicas o a favor de entidades privadas sin ánimo de lucro, siempre que éstas contribuyan al cumplimiento de los intereses locales.

Por lo tanto, para gestionar eficientemente el patrimonio y darle mayor valía, habría que formalizar con los operadores privados perceptores de las antenas Wi- Fin un contrato de arrendamiento o de cesión onerosa, en la forma y de acuerdo con el procedimiento previsto en los artículos 41 y 72 y siguientes del RPEL, en los artículos 110 y siguientes y 122 y siguientes del LPAP - en aquello no previsto en los citados artículos del RPEL, dado que son artículos que no tienen carácter básico -, en el artículo 214 del Decreto Legislativo 2/2003, en el artículo 83 del TRRL y en los artículos 21 y 22 del LBRL.

En el caso de considerarse bienes de dominio público.

Cómo se sabe, de acuerdo con el artículo 132 de la Constitución española los bienes de dominio público son inembargables, inalienables e imprescriptibles. Ahora bien, de acuerdo con la normativa patrimonial, es posible conceder autorizaciones o concesiones administrativas para su uso.

Por lo tanto, en el caso de considerarse que las antenas Wi-Fi son bienes de dominio público, habría que conceder una autorización -licencia- o una concesión administrativa, según el caso, en los términos y de acuerdo con el procedimiento descrito en los artículos 57 y siguientes del RPEL, en el artículo 93 del LPAP, así como, en aquello no previsto en los citados artículos del RPEL, en los artículos 84 a 92 de el LPAP, de carácter no básico.

Hace falta decir que, en función del grado de intervención de la administración local en esta creación y/o establecimiento de la red, y del grado de competencia existente en el municipio, se podría también acudir al expediente de acción concertada de los artículos 131 a 133, que se examinará en el apartado siguiente.

4.2.1.2 Explotación comercial de la red

Se da el supuesto de explotación comercial de la red inalámbrica municipal, cuando el ayuntamiento la pone a disposición de terceros que actúan como ISP (Internet Services Provider) para que puedan comercializar sus servicios, pero el ayuntamiento continúa teniendo el control y gestión de la red como mayorista del servicio.

En este supuesto, el ayuntamiento asumiría la posición "de operador de operadores", esto es, pondría a disposición las infraestructuras que conforman una red inalámbrica para que terceros operadores presten el servicio.

Podemos agrupar todas estas actividades no esencialmente patrimoniales bajo la terminología genérica "de actividades de telecomunicaciones", y por una parte, valorar si implica una "actividad económica" en el sentido del artículo 136 ROAS, y de la otra, en relación en el expediente administrativo, hay que analizar la situación previa en la que se encuentra el municipio para la implantación del servicio: determinar si nos encontramos en una zona con o sin competencia.

Zonas sin competencia

En este sentido, y al margen de la posibilidad de considerar la actividad que pretenden llevar a cabo los ayuntamientos como una prestación de un servicio

público -posibilidad no adecuada- atendida la naturaleza de servicio de interés general que atribuye el artículo 2 del LGTel a las telecomunicaciones y atendidas las reticencias de la CMT a admitir esta opción³⁴, se podría valorar la posibilidad que el ayuntamiento ponga a disposición de los operadores las antenas Wi-Fi en municipios dónde no hay competencia, y de esta manera, la actuación de la administración sería considerada una actividad de fomento y promoción de actividades sociales y económicas.

En palabras del Tribunal Supremo, es un elemento característico de la actividad administrativa poner en práctica técnicas encaminadas a que la administración alcance sus finalidades sin necesidad de asumir directamente la gestión del servicio de que se trate, mediante la implementación de medidas (Incentivos, contraprestaciones, etc.) que tiendan a que los administrados colaboren libremente en su consecución.

Así se recoge, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo con fecha de 27 de mayo de 1977:

"[...] una de las actividades de la Administración con tipicidad muy definida -la actividad de fomento- mediante la cual la misma extiende sus objetivos poniendo en práctica técnicas encaminadas a que éstos se cumplan, sin necesidad de asumir directamente la gestión de los medios dirigidos a alcanzarlos, ni por tanto el montaje de servicios públicos; actividad en la que el dirigismo y el intervencionismo quedan suplantados por otras medidas tendentes a que sean los propios administrados los que libremente colaboran en el cumplimiento de finas considerados convenientes y deseables, mediante orientaciones y persuasiones efectuadas con incentivos de carácter económico".

Por lo tanto, claro está que la administración está facultada para promover o fomentar determinadas actividades relacionadas con el progreso y con el bienestar social, a la vez que suponen un beneficio para los particulares que lo ejercen, así como una vinculación con la administración de inexcusable cumplimiento.

Determinada la naturaleza de la actividad de fomento y promoción de las actividades económicas y sociales, hay que señalar que, de acuerdo con el ROAS, una de las modalidades de esta tipología de actividad propia de las administraciones públicas, es la realización de una **acción concertada**.³⁵

El artículo 130 del ROAS define el mecanismo de acción concertada en los siguientes términos:

"1. La acción concertada tiene por objeto el fomento y la promoción por un ente local de actividades sociales o económicas de interés público, con carácter plurisubjetivo y de interés común para el sector concertado.

2. Esta acción puede referirse a política del suelo o localización industrial, saneamiento ambiental o hidráulico, entre otros".

³⁴ Resolución de 22 de febrero de 2007 (Ayuntamiento de Anglés): "... Por otro lado, señala el denunciante que la entidad municipal ha configurado el servicio de acceso en Internet como servicio público, lo cual resultaría contrario a lo dispuesto en el artículo 2 de la LGTel en el que se declaran las telecomunicaciones como "servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia (...)".

³⁵ La otra posibilidad contemplada en el ROAS es el otorgamiento de subvenciones, si bien esta posibilidad, como se exponga, no está tan encaminada a potenciar un sector en concreto, de forma global, como sucede en el caso de la acción concertada, sino a otorgar beneficios más individualizados.

También el artículo 242.1 de la LMRLC contempla la posibilidad que la actividad administrativa de fomento se vehicule a través de la acción concertada, ya que señala que "el fomento y la promoción de las actividades sociales o económicas de interés público se pueden ejercer por medio de la acción concertada."

Es decir, la acción concertada presupone una relación jurídica entre la Administración pública, de un lado y, del otro, una pluralidad de agentes económicos o sociales de un determinado sector de actividad que se vincula con la administración, mediante un convenio, nombrado "concierto", para conseguir una finalidad que, sin embargo, es de interés del sector concertado -privado. En este sentido, el ROAS cita, a modo de ejemplo, supuestos de política de suelo o localización industrial o de saneamiento ambiental o hidráulico, si bien se deja abierta la posibilidad a aplicar la acción concertada en otros sectores o supuestos, siempre que la actividad en cuestión sea de interés público y de interés común al sector concertado.

Se trata, por lo tanto, de una acción encaminada a potenciar un determinado sector de forma global -no de forma individualizada o particularizada- con la finalidad última de prestar un servicio concreto a la ciudadanía en su conjunto.

Vista la definición que de la acción concertada hace el ROAS y la LMRLC, así como la interpretación que efectúa la jurisprudencia, hace falta analizar si la puesta a disposición de terceros de las antenas Wi-Fi en municipios donde no se está explotando ninguna red ni se está prestando ningún servicio de acceso a Internet por parte de operadores privados, puede considerarse como una actividad de fomento y promoción de actividades económicas y sociales vehiculable a través de acciones concertadas.

Los requisitos de la acción concertada son los siguientes:

- **Hace falta que se trate de una actividad social o económica.**³⁶

A diferencia del qué sucede con las subvenciones, en qué propiamente no se habla "de actividades económicas", pueden ejecutarse acciones concertadas encaminadas a fomentar determinadas actividades, aunque éstas tengan naturaleza económica. En este sentido, en la medida en que los operadores de telecomunicaciones en los cuales se cederían las antenas Wi-Fi estarían explotando redes de comunicaciones electrónicas y, en su caso, prestando los servicios de acceso a los usuarios, es decir, con la obtención de una rentabilidad económica, la actividad que éstos llevarían a cabo podría ser calificada como "económica" y, por lo tanto, susceptible de ser fomentada por las corporaciones local³⁷.

- **Hace falta que esta actividad sea de interés público.**

³⁶ En las subvenciones, en cambio, no se indica expresamente que su otorgamiento pueda ir destinado a fomentar "actividades económicas". El artículo 118 del ROAS sólo prevé que las subvenciones vayan destinadas a fomentar actividades "de utilidad o de interés social" o a promover la consecución de un fin público, sin hacer noticia específica de las "actividades económicas".

³⁷ Para los supuestos en que se planteara la viabilidad legal de ofrecer una prestación de servicios Wi-Fi gratuita, también se daría cumplimiento al primer requisito, ya sea para considerar que en todo caso la actividad sería "social", como para entender que aunque la actividad se perciba de forma gratuita por el ciudadano, ésta puede tener igualmente naturaleza económica.

Ya se ha mencionado en diversos apartados de este documento el carácter de servicio de interés general de las telecomunicaciones y el reconocimiento de la intervención de la administración pública en esta materia cuando el mercado es insuficiente para abarcar las necesidades del territorio o la población.³⁸ .

- **Hace falta que tenga carácter plurisubjetivo.**

En relación con la necesidad de que la acción concertada tenga carácter plurisubjetivo, las bases de la concertación tendrían que especificar que los beneficios o estímulos de los conciertos o actos de concertación están dirigidos a una pluralidad de actores. No obstante, en nuestra opinión, de acuerdo con el artículo 130 del ROAS, el hecho que las bases de concertación vayan dirigidas a una pluralidad de actores no significa que sea estrictamente necesario que tenga que haber una pluralidad "de adjudicatarios".

Así pues, cuando el ROAS da cuenta del carácter plurisubjetivo de la acción concertada, entendemos que el qué está pretendiendo es garantizar la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia propios de la contratación pública, con independencia del número de agentes finalmente seleccionados.

En definitiva, extrapolando las anteriores consideraciones, las bases de la acción concertada tendrían que ir destinadas a todos los operadores de telecomunicaciones en general, ofreciéndoles la posibilidad de recibir las antenas Wi-Fi municipales, a cambio de poder explotar redes de comunicaciones electrónicas inalámbricas y/o prestar los servicios de comunicaciones electrónicas - sin perjuicio de otros beneficios o estímulos que se les pudieran conceder -, asimismo la administración estaría facultada para escoger a aquellos operadores que considerara más adecuados, de acuerdo con los criterios de selección establecidos en las propias bases del concierto, fueran uno o más de uno.

- **Hace falta que sea de interés común por el sector concertado.**

Finalmente, con respecto a la necesidad de que la actividad sea de interés común para el sector concertado, es decir, para el sector privado, es evidente que en la medida que es de interés de los operadores de telecomunicaciones explotar redes de comunicaciones electrónicas o prestar el servicio de acceso a Internet, especialmente si a raíz de aquello estipulado en el concierto o acto de concertación

³⁸ En esta misma línea se pronuncia la CMT en su catálogo de buenas prácticas cuando señala que las administraciones públicas tienen que intervenir en el mercado de las telecomunicaciones con el fin de corregir "los errores" del mercado derivados de la falta de iniciativa privada:

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

sacaran determinados beneficios o estímulos, hay un interés común al de la Administración pública³⁹.

Con respecto al procedimiento de la acción concertada, es el previsto en los artículos 131 a 133 del ROAS.

Sin perjuicio de todo aquello expuesto, la actividad que llevaría a cabo la administración tendría que respetar los principios de separación de cuentas y de neutralidad, transparencia y no discriminación contenidos en el artículo 8.4 del 'LGTel, en los cuales se hará referencia al punto 7 del presente documento.

Asimismo, las posibles ayudas o estímulos que se otorgaran a los operadores privados en virtud de la acción concertada no tendrían que suponer ventajas competitivas susceptibles de generar barreras de entrada a otros competidores, aunque, cómo se ha indicado, al partir de un supuesto en que hasta el momento no habría habido la concurrencia de iniciativa privada interesada y tener las bases de la acción concertada carácter plurisubjetivo, difícilmente se estaría dando esta circunstancia.

En este sentido, cuanto mayor fuera el número de posibles "adjudicatarios", menos probabilidades habría que la CMT se pudiera llegar a plantear la existencia de un posible otorgamiento de ventajas económicas susceptibles de generar barreras de entrada a otros competidores. No obstante, entendemos que al haber seguido un procedimiento basado en los principios de publicidad y concurrencia difícilmente prosperaría este planteamiento eventual.

Zonas con competencia

En los casos en que el ayuntamiento ponga a disposición de los operadores las antenas Wi-Fi, pero continúe teniendo el control y la gestión de la red como mayorista del servicio, en municipios donde hay competencia, el discurso de la actividad de fomento sería más difícil de justificar y, en este sentido, habría que acercarse a la consideración de esta actividad como propiamente de "actividad económica".

Esta calificación también tiene que servir cuando tratamos la prestación de servicios de telecomunicaciones, mediante una red inalámbrica en zonas con competencia.

La CMT⁴⁰ reconoce la intervención de la Administración pública en el sector privado recogida a la Constitución española, y que reconoce el derecho a la libertad de empresa en un marco de economía de libre mercado (artículo 38) y se legitima la posibilidad de intervención de los poderes públicos sobre la base de un interés general (artículo 128). Con estos preceptos, la intervención de la administración se legitima constitucionalmente en sus términos más amplios, sin más límites que la sumisión al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9) y la necesaria motivación de interés público que se tiene que presentar en cada caso (artículo 103.1).

³⁹ En general, estos beneficios suelen consistir en la concesión de ayudas de tipo fiscal, en el otorgamiento de primas o subvenciones en función del cumplimiento de determinados objetivos, al permitir el uso de determinados bienes de titularidad pública, etc.

⁴⁰ Código de Buenas Prácticas de las Administraciones Públicas. CMT. 2005.

En el caso de las telecomunicaciones, nos encontramos ante una actividad liberalizada en la cual una administración pública puede intervenir en el mercado de las telecomunicaciones como un agente económico más, compitiendo con el resto de operadores en la actividad de provisión al público de servicios y estableciendo y explotando redes de telecomunicaciones. En este caso, su actividad quedará sometida tanto a la normativa sectorial de las telecomunicaciones, como al resto de la normativa reguladora de la libre competencia que pueda ser de aplicación a estas actividades.

Asimismo, por lo que hace al ejercicio de actividades económicas por parte de los entes locales lo autoriza, no sólo la CE (artículo 128.2), sino también la LBRL (artículo 86.1) y la LMRLC (artículo 227).

La iniciativa de las entidades locales para ejercer actividades económicas en régimen de libre competencia tiene que recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública, que se ejerza dentro del término municipal y se lleve a término en beneficio de sus habitantes, de acuerdo con lo que establece el artículo 96 del Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el cual se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local.

Esta cuestión ha sido recogida por la jurisprudencia. En concreto, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989, en el Fundamento Jurídico Tercero señala:

" (...)En resumen: la creación de empresas públicas para fines empresariales es legalmente posible, pero está sujeta a la doble condición de que la actividad empresarial que se vaya en desarrollar con la empresa pública sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciado en el momento de su creación, y que en el ejercicio de la actividad económica empresarial de que se trate la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio alguno directo ni indirecto a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado".

Es decir, se permite la iniciativa pública en este marco de economía de libre mercado pero estableciendo unas condiciones para la protección de la libre competencia.

Con respecto al procedimiento y la forma de gestión, hay que remitirse a los artículos 142 y siguientes del ROAS con el fin de acreditar que la actividad responde al interés público local (art. 136.1 ROAS).

El artículo 243.3 de la LMRLC y el artículo 137.1 del ROAS señalan que la Administración puede utilizar para el ejercicio de una actividad económica una forma de gestión empresarial: "los entes locales podrán utilizar la forma de organismos autónomos de carácter económico y la sociedad mercantil (de ente público o mixta)". Concretamente, las formas de gestión empresarial son, como regla general, formas societarias y, excepcionalmente, organismos autónomos de carácter económico (ahora reconvertidos en entidades públicas empresariales).

"En lo caso que nos ocupa, nos encontramos ante una actividad liberalizada, no ante un servicio de titularidad pública (v.gr., municipal). Una corporación municipal, directamente o a través de un tercero sin ánimo de lucro, puede intervenir en el mercado de las telecomunicaciones como un agente económico más, compitiendo con resto de operadoras en la actividad de provisión en el público de servicios de acceso en Internet y estableciendo y explotando redes de telecomunicaciones. En este caso, su actividad estará sometida tanto a la normativa sectorial de las

telecomunicaciones, a la que nos hemos referido " ut supra", como al resto de la normativa reguladora de la libre competencia que pueda ser de aplicación en estas actividades." (Resolución de la CMT 5 de junio de 2003)

Llegados a este punto, habrá que vehicular la relación jurídica entre el ayuntamiento (explotador de la red) y el operador u operadores encargados de prestar el servicio al usuario final, y serán de aplicación los principios del artículo 8.4 del LGTel, así como los principios del LCSP.

4.2.2. Prestación de servicios de comunicaciones electrónicas

La CMT deja en el ámbito de la autonomía de la voluntad de los ayuntamientos la elección de la personalidad jurídica de la entidad que preste el servicio de comunicaciones electrónicas, que podrá ser mediante prestación directa por la propia entidad local, por una sociedad mercantil de titularidad municipal o bien a través de un contrato con un operador de comunicaciones electrónicas. En este sentido se pronuncia la reciente Resolución de 28 de noviembre 2008, por la cual se da respuesta a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Motril sobre diferentes aspectos de la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

Cuando la prestación del servicio de telecomunicaciones mediante la red inalámbrica de titularidad municipal la lleva a cabo el ayuntamiento⁴¹ en tanto que es el responsable -incluso si el ISP⁴² no es el ayuntamiento- ante el ciudadano de la prestación de este servicio, también habrá que analizar dos situaciones.

Zonas sin competencia

En este caso habrá que referirse en la acción de fomento impulsada por la administración mediante la gestión del servicio por parte de ésta (y no a través de terceros como en el caso de la acción concertada o la subvención).

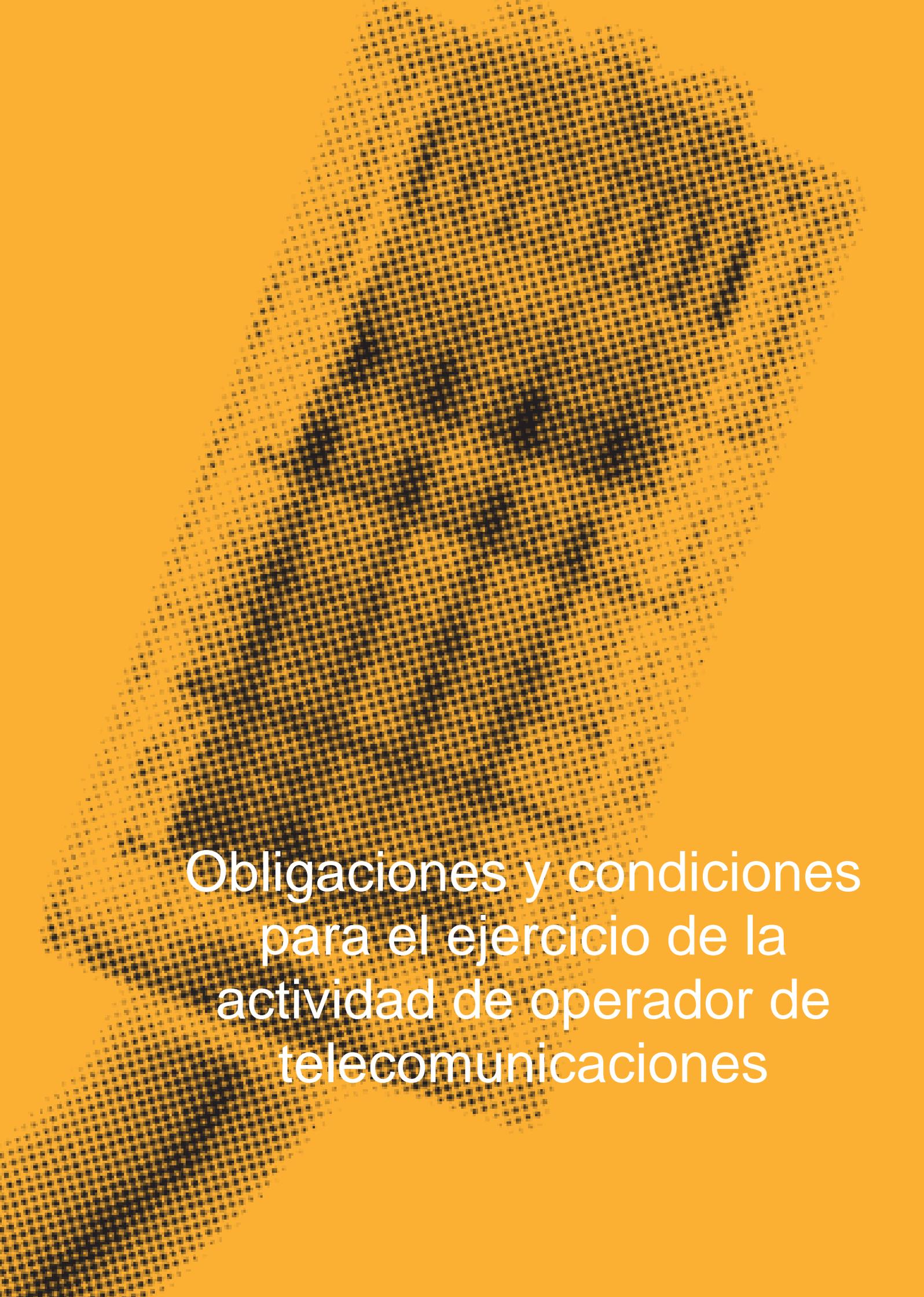
Estaríamos, por lo tanto, ante una acción de fomento genérica de la administración donde haría falta justificar el interés público de la intervención.

Zonas con competencia

En las zonas en las que haya competencia en los servicios de telecomunicaciones que se presten mediante la red inalámbrica, habrá que atenerse a lo que se ha señalado en el apartado anterior, calificando el expediente como de actividad económica.

⁴¹ En caso de que la prestación del servicio la realice uno tercero en nombre propio estaríamos ante el supuesto mencionado en el apartado 4.2.1: el ayuntamiento pone a disposición una red que explotará uno tercero prestando uno servicio de acceso a Internet a los ciudadanos.

⁴² ISP: Proveedor de acceso a Internet.



Obligaciones y condiciones para el ejercicio de la actividad de operador de telecomunicaciones

5.1. Notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

El LGTel establece como requisitos para establecer redes de comunicaciones electrónicas de carácter público o para prestar servicios de comunicaciones electrónicas, la obtención de la condición de operador de telecomunicaciones.

En este sentido, las administraciones públicas que actúan como operadores en el mercado tendrán que presentar delante de la CMT, con carácter previo al inicio de la actividad, la notificación fehaciente a que se refiere el artículo 6.2 del LGTel.

A la notificación le seguirá la inscripción en el Registro de operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas que se crea en virtud del artículo 7 LGTel.

Esta notificación tiene la condición de habilitación suficiente para iniciar la actividad de operador de telecomunicaciones. La regulación del LGTel elimina la posibilidad de imponer condiciones diferentes a las legalmente previstas con carácter previo al ejercicio de la actividad. Eso es así porque el nuevo régimen comunitario de acceso al mercado impide que el organismo regulador correspondiente pueda exigir más información que la estrictamente prevista en el artículo 3 de la llamada Directiva de Autorización.⁴³

El momento de inicio de la actividad, de acuerdo con los criterios de la CMT⁴⁴, varía en función de si estamos ante una prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de una explotación de la red. En el primer caso, el momento de inicio de la actividad se corresponde con el momento de la oferta del servicio al usuario en lo que va destinado. En el segundo caso, que se refiere a la explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas, el inicio de la actividad se corresponde con cualquiera de los siguientes momentos: a) el inicio de la creación de la red; b) el inicio de su aprovechamiento; c) toma de control de la red; o d) puesta a disposición de la red a los posibles usuarios.

Con respecto a los requisitos de la notificación, éstos vienen establecidos al artículo 5 del Real decreto 424/2005 y, se pueden esquematizar en los procesos siguientes:

- Definir el modelo de su intervención.
- Determinar el órgano o entidad que notificará.
- Nombrar o determinar al representante de la entidad.
- Describir, en su caso, los servicios para prestar e incluir los aspectos técnicos.
- Describir, en su caso, la red a explotar e incluir los aspectos técnicos.

⁴³ El artículo 3 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, establece que el trámite de la notificación consistirá sólo en la declaración de la intención de iniciar el suministro de redes o servicios de comunicaciones electrónicas y la entrega de la información mínima necesaria para que se pueda mantener un registro o una lista de suministradores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y se tendrá que limitar el necesario para la identificación del proveedor, como el nombre de la empresa y de sus personas de contacto, el domicilio del solicitante y una breve descripción de la red o servicio que suministrará, así como la fecha prevista para el inicio de la actividad.

⁴⁴ Código de Buenas Prácticas de las Administraciones Públicas. CMT. 2005.

- Realizar diagramas de la red a establecer y de la interconexión de los servicios a prestar.
- Asumir las obligaciones como operador y las específicas como administración pública.
- Determinar el día de inicio de la actividad.
- Reunir la documentación necesaria y compulsarla para su envío en la CMT.
- La CMT tiene un plazo de 15 días para informar de cualquier error para enmendarlo.

En este sentido, aunque el régimen actual de notificación previa es muy simplificado, es importante detallar e incluir toda aquella información que se considere adecuada dado que será la única información de la cual dispondrá la CMT sobre la futura red.

Así pues, esta notificación constituye un requisito previo e indispensable para la explotación de la red o la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas que se pretenda llevar a término⁴⁵. La vigencia de la notificación es de tres años⁴⁶, pasados los cuales habrá que notificar nuevamente la voluntad de continuar con la explotación de la red y la prestación del servicio.

Por otra parte, es importante indicar que la notificación de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y/o explotación de una red de comunicaciones delante de la CMT comporta una serie de obligaciones legales y administrativas entre las cuales destacamos las siguientes:

- Los operadores registrados en la CMT están obligados a completar una declaración de ingresos brutos anuales obtenidos con la actividad realizada y, a pagar una tasa anual del 0,125% de los ingresos mencionados brutos anuales.
- En el caso de solicitar cualquier tipo de asignación de numeración, esta va a ser gravada por la CMT con una tasa anual de numeración de 0,03 euros por número asignado.
- La CMT solicitará anualmente a los operadores registrados la cumplimentación de unos formularios de información general sobre su actividad, a efectos estadísticos, para elaborar el Informe Anual sobre las Telecomunicaciones que edita anualmente la CMT.
- Asimismo, la CMT puede solicitar a los operadores registrados la cumplimentación de cualquiera otro formulario legal y/o estadístico, así como el envío de información y/o documentación a consecuencia de la apertura de expedientes administrativos.

Finalmente, la CMT remite periódicamente a los operadores registrados información en lo referente a procesos o actuaciones abiertas a su sede y, delante de las cuales, los

⁴⁵ Resolución de 15 de abril de 2004 por la cual se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra la entidad Proyecto Atarfe, S.A. por el presunto incumplimiento de los requisitos exigibles para la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas.

⁴⁶ 46 Artículo 5.2 del Real Decreto 424/2005.

operadores registrados podrían estar interesados dependiendo de su actividad o sector específico de actuación.

5.2. Condiciones para el ejercicio de la actividad de operador de telecomunicaciones

Tal como establece el artículo 8 del LGTel, la condición de operador de telecomunicaciones de las administraciones locales comportará la adecuación del ejercicio de la actividad a una serie de principios y reglas.

5.2.1. Principios de neutralidad, transparencia y no discriminación

La administración local, directamente o indirectamente (ya sea a través de organismos públicos o de sociedades en el capital de las cuales participen mayoritariamente), tiene que ajustar su actividad de explotadores de red o prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación (artículo 8.4 del LGTEL).

Estos principios también son de aplicación general a la actuación de las administraciones públicas, porque derivan del principio constitucional de igualdad (artículo 14 CE) y de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9 CE). Además, cuando la administración interviene en sectores económicos, la aplicación de estos principios tiene como objetivo adicional promover la competencia, que es precisamente uno de los objetivos del LGTel.

Cómo se ha indicado a lo largo de este documento, el principal instrumento para garantizar el cumplimiento de estos principios es el propio régimen de contratación pública establecido al LCSP. Este régimen incide directamente en las actuaciones que lleven a cabo las administraciones locales.

En todo caso, la adopción de los procedimientos adecuados dependerá del modelo de negocio adoptado y de los criterios acordados por la administración para el despliegue de la red municipal.

5.2.2. Separación de cuentas y separación estructural

La separación de cuentas es una obligación de transparencia que permite detectar la posible realización de prácticas que puedan distorsionar la libre competencia. En relación en éste condición, resulta interesante recordar aquello manifestado por la CMT cuando afirma:

"[...] precisamente, debido a la especial posición que ostenta toda Administración Pública, esta separación contable constituye un medio adecuado para detectar la posible realización de prácticas anticompetitivas que puedan distorsionar la libre competencia. Esta mayor transparencia que implica la separación contable no sólo permite una intervención ex post más fácil por el acceso a la información, sino que evita, la mayoría de las veces, que se produzca la distorsión de la libre competencia ya que tiene el efecto directo de dificultar la ocultación de la misma."⁴⁷

⁴⁷ Resolución de la CMT de 5 de junio de 2003 por la cual se da respuesta a la consulta formulada por el Consorcio local "Localret" sobre el título necesario para el establecimiento y

En este caso, la separación de cuentas trata de impedir que se atribuyan gastos que pertenecen a una otra actividad que realiza la administración. En el ámbito de las telecomunicaciones, la CMT establece que esta obligación de separación contable se determina en la misma forma que se exigiría para empresas jurídicamente independientes:

- Identificación de todas las partidas de costes e ingresos.
- Especificación de la base de cálculo y los métodos de asignación utilizados, con un desglose detallado del activo fijo y de los costes estructurales.⁴⁸

La LGTel exige, expresamente, esta separación de cuentas, vista la posición especial de las administraciones públicas y el riesgo de financiación de las actividades que llevan a término con fondos públicos de forma indebida, con la consiguiente ventaja que por este hecho adquirirían en un mercado de libre competencia.

Asimismo, con respecto a la separación estructural la LGTel, en su artículo 29.3 establece que:

"Si las Administraciones públicas reguladoras o titulares del dominio público a que se refiere este artículo ostentan la propiedad o ejercen el control directo o indirecto de operadoras que explotan redes de comunicaciones electrónicas, deberán mantener una separación estructural entre dichos operadoras y los órganos encargados de la regulación y gestión de estos derechos".

Esta circunstancia afecta especialmente a los ayuntamientos, como titulares y reguladores del dominio público. Por lo tanto, se requerirá la separación estructural entre el regulador (ayuntamiento) y la figura que ejerce las funciones de operador. En este sentido, **no es necesario crear un ente con personalidad jurídica diferenciada, que se podría hacer. Habrá bastante con que esté organizado en un servicio diferenciado, aunque no esté dotado de personalidad jurídica, para entender que existe esta separación estructural entre la administración titular del dominio público y la administración operadora de telecomunicaciones.**⁴⁹

5.2.3. La cuestión de la gratuidad de los servicios

Fundamentalmente, la cuestión de la gratuidad del servicio, hace falta ponerla en relación con la adecuación a las normas de la competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones que se llevan a cabo por parte de los ayuntamientos⁵⁰.

En efecto, analizando la problemática de la gratuidad del servicio, podemos ver que ésta no deriva del incumplimiento o no de las normas sectoriales de las telecomunicaciones, sino en el régimen de competencia en un mercado liberalizado, ya que el servicio no puede ser deficitario. Eso no significa que no se pueda dar el

explotación de una red de telecomunicaciones inalámbricas basadas en el estándar 802.11b del IEEE para posibilitar la cobertura de acceso a Internet de alta velocidad.

⁴⁸ La actividad de las AAPP en el sector de las telecomunicaciones Catálogo de buenas prácticas. CMT. www.cmt.es

⁴⁹ García de Enterría, Eduardo y Quadra-Salcedo, Tomás de la (coord.) (2004) Comentarios en la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre, Madrid, Civitas Ediciones. Pág. 137 y seg.

⁵⁰ Esta problemática no afecta a los servicios prestados en régimen de autoprestación, que obviamente pueden ser prestados de forma gratuita.

servicio gratuito sino que hay que estar en condiciones de explicar que esta medida no afecta a la competencia del mercado.

La posible prestación gratuita de los servicios tendría que responder a un proyecto empresarial asumible por un operador de manera que no implique distorsiones en la libre competencia.

Por lo tanto, **según la CMT, la regla general es que estos servicios se presten a cambio de una remuneración económica, si bien no está prohibida la prestación gratuita, siempre que se haga de forma excepcional y no implique distorsiones de la libre competencia.** El ayuntamiento tendrá que valorar en todo caso a la hora de tomar una decisión los siguientes elementos:

- Las características del servicio (p.e. nivel de calidad, velocidad...).
- La posición en el mercado que ocupa el operador público.
- La existencia de otros operadores del mismo servicio, o de otro sustituible, interesados en concurrir en el mismo ámbito territorial.

En este sentido, la **Resolución de la CMT de 27 de mayo de 2004** relativa a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Barcelona:

*"... Aplicando la regla general anteriormente señalada, en un primer análisis hay que concluir que **la gratuidad de un servicio de telecomunicaciones puede constituir, en cualquier caso, una conducta prohibida por los principios que rigen las normas de defensa de la competencia y ello por la posibilidad de constituir una práctica desleal o exclusionista.** No obstante, teniendo en cuenta que la citada regla **admite excepciones**, la cuestión deberá ser estudiada caso por caso, **en función de las características del servicio y de la posición en el mercado que ocupara el Ayuntamiento en cuanto en su condición de operador en el sector de las telecomunicaciones y la existencia de otros operadores del mismo servicio, un otro que lo pueda sustituir, interesados en concurrir en el mismo ámbito territorial.**"*

En el mismo sentido, la **Resolución de 3 de febrero de 2005**⁵¹, que continúa, en relación con la gratuidad:

"... En este sentido, es preciso poner de manifiesto que el motivo por el que puede limitarse la iniciativa pública en materia de servicios de interés general prestados en régimen de libre competencia es precisamente la necesidad de no provocar distorsión en el mercado. La administración puede actuar en aquellos supuestos en el caso de que se detectan fallos en el mercado, así como cuando su actuación no tenga incidencia alguna sobre el mercado."

En la **Resolución de 6 de marzo de 2008**⁵², relativa a la consulta del Ayuntamiento de Esplugues⁵³, la CMT afirma que:

*"... La legislación de telecomunicaciones establece, de forma general, **el principio de libertad en la fijación de precios por los operadores**, es decir, las operadoras de servicios*

⁵¹ Resolución de la CMT de 3 de febrero de 2005 de respuesta a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Castelló sobre necesidad de título habilitante en relación con el establecimiento de una red Wi-Fi en el Pinar del Grao de Castelló, así como sobre la posible gratuidad del servicio.

⁵² En el mismo sentido, la de 29 de abril de 2008 (Ayuntamiento de Vilassar de Mar).

⁵³ Sobre la necesidad de constituirse como operador, así como la posible gratuidad del servicio.

*de comunicaciones electrónicas podrán exigir una remuneración, o no, en función de su plan de negocio. No obstante, la aplicación de tal principio ha de ejercerse con **respeto en el mantenimiento de las reglas de la libre competencia**, debiendo esta Comisión intervenir en aquellos casos en los que el ejercicio del derecho en establecer libremente los precios por las operadoras pueda distorsionar la libre competencia.*

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

Esta afirmación aparece matizada por la misma resolución de la CMT, con respecto a la prestación transitoria de servicios de comunicaciones electrónicas, de un lado, y a la prestación de servicios de información ciudadana, de la otra.

En efecto, según la CMT:

*"... La regulación vigente contempla únicamente la excepción señalada en el Reglamento de Prestación de Servicios relativa a la posibilidad de que las entidades locales de **forma transitoria**⁵⁴ presten servicios de comunicaciones electrónicas en sus ciudadanos sin contraprestación económica, en función de la importancia de los servicios prestados, de la existencia en ese ámbito territorial de condiciones de mercado que permitan el acceso en dichos servicios o de la distorsión de la libre competencia, exigiendo que dicha circunstancia sea previamente notificada a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, para que, si lo estima conveniente, imponga las condiciones específicas que considere oportunas.*

*En el presente caso, si el Consistorio decidiera prestar de forma transitoria y gratuita el servicio de información ciudadana o el servicio de acceso a internet, **deberá comunicar previamente a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dicha circunstancia y la duración de este periodo**⁵⁵. En este supuesto, esta Comisión podría imponer condiciones específicas a dicha entidad para la prestación de estos servicios, de acuerdo con el artículo 8.4 de la LGTel, en función de la importancia de los servicios prestados, de la existencia en ese ámbito territorial de condiciones de mercado que permitan el acceso a dichos servicios o de la distorsión de la libre competencia (...)"*

En relación con la **prestación de servicios de telecomunicaciones de alcance temporal**, de entrada, hay que matizar cuándo hablamos de temporalidad o transitoriedad nos referimos al periodo en qué estará disponible el servicio con carácter general y no a la concreta utilización que cada ciudadano puede hacer de lo mismo.

Son diversas las resoluciones de la CMT de las cuales resulta la obligación de notificación de el artículo 6.2, a pesar del carácter transitorio del servicio de telecomunicaciones. En éste sentido, Resoluciones 21 de abril 2005, 6 de marzo 2007, 29 de abril 2008, 3 y 23 julio 2008 y el Informe de 18 de septiembre 2008.

Precisamente esta posibilidad, a pesar de que limitada, es la señalada por el artículo 4.1, tercer párrafo del Real Decreto 424/2005 cuando establece que en el supuesto de prestación transitoria y sin contraprestación económica de unos servicios de telecomunicaciones, habrá que notificar igualmente a la CMT la mencionada actuación. La CMT valorará si se alteran las normas de la competencia e impondrá condiciones especiales para lo cual habrá de tener en consideración los siguientes aspectos:

⁵⁴ Artículo 4.1, tercer párrafo del Real Decreto 424/2005.

⁵⁵ En efecto, tal como desarrollaremos más adelante, la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas encara de forma transitoria precisa notificación a la CMT.

- importancia de los servicios prestados.
- existencia en este ámbito territorial de condiciones de mercado que permitan el acceso los mencionados servicios o de la distorsión de la libre competencia.

La CMT en el Informe 18 de julio 2008 da cuenta de esta cuestión, afirmando que la proliferación de los supuestos de prestación transitoria gratuita hace necesario delimitar la duración de esta transitoriedad. Señala que se trata de un concepto jurídico indeterminado y que tiene que ser la propia CMT que concrete el periodo en función de como afecte en el mercado a la actividad objeto de análisis (dependerá entre otros factores, de que exista o no competencia en el municipio).

Por lo tanto, cuando se trate de prestar el servicio de acceso a internet de forma gratuita y transitoria, la duración de la transitoriedad tendrá que valorarse en cada caso concreto.

El Ayuntamiento tendrá que comunicar previamente a la CMT esta circunstancia, la duración del periodo en que se llevará a cabo esta prestación gratuita y los objetivos que se pretenden cubrir mediante la gratuidad transitoria, a fin de que esta comisión, en su caso, imponga condiciones especiales si considera que este servicio afecta a la competencia, así como el periodo de duración.⁵⁶

En lo referente a la prestación del servicio de información ciudadana por parte del ayuntamiento, la CMT (si bien como se ha analizado anteriormente exige la notificación del artículo 6.2 LGTel, al considerar que se trata de un servicio de comunicaciones electrónicas a terceros) por lo que hace a su prestación de forma gratuita, afirma que:

"... En cuanto se refiere en la utilización de una red inalámbrica (WiFi) por parte de un ayuntamiento para prestar a sus ciudadanos, de forma gratuita, un servicio de información ciudadana es conveniente recordar la doctrina constante de la Comisión Europea en este terreno (por todos, véase la Decisión de la Comisión Europea, de 30 de mayo de 2005, en lo caso de Ayuda de Estado nº NN 24/2007 - República Checa, sobre la "Red Radio del Municipio de Praga) en el sentido de que no constituye una ayuda de estado contraria en el artículo 87 del Tratado de la Unión Europea el establecimiento y operación, por parte de la autoridad local, de una red radio que permita a todos los ciudadanos de las áreas de cobertura el tener acceso gratuito en banda ancha (usando sus ordenadores portátiles, sus terminales móviles..) limitado a los "websites" del sector público y a su contenido. Por tanto, si el Ayuntamiento de Esplugues de Llobregat notifica a esta Comisión su intención de establecer de una red WiFi con el fin de que sus ciudadanos puedan tener de forma transitoria acceso gratuito en servicios de información ciudadana que el mismo ayuntamiento u otro organismo oficial quiera, esta Comisión tendrá presente esta doctrina (...)"⁵⁷.

Es importante poner de manifiesto que en las resoluciones recientes de 28 de noviembre 2008⁵⁸, la CMT ya reconoce que cuando se trate de un servicio de acceso

⁵⁶ Resolución 28 de noviembre 2008, por la cual se da respuesta a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Motril sobre diferentes aspectos de la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

⁵⁷ En el mismo sentido, Resolución de 29 de abril de 2008 (Ayuntamiento de Vilassar de Mar).

⁵⁸ Resolución 28 de noviembre 2008 (RO 2008/848) por la cual se da respuesta a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Avilés en relación con la financiación por medio de

a base de datos (es decir, a páginas web de administraciones públicas), éste se puede prestar gratuitamente sin límites temporales.

Suprime, por lo tanto, para este caso, el requisito de la transitoriedad y afirma que se puede prestar gratuitamente de forma permanente.

Asimismo, hay que tener presente, y así lo reconoce la propia CMT, a la Resolución de la consulta del Ayuntamiento de Avilés, que los costes de este servicio de acceso a información ciudadana podrán ser financiados con ingresos públicos.⁵⁹ La cuestión de la financiación de la red se trata a continuación.

5.2.4. Financiación pública de la red

Con respecto a la financiación pública de la red, la CMT se ha pronunciado en el sentido siguiente: (para todas, Resolución de la CMT de 27 de mayo de 2004 relativa a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Barcelona):

"... En cuanto en la financiación de la actividad con cargo a los presupuestos municipales hemos de señalar una vez más que, como ya se ha indicado anteriormente, los Ayuntamientos al establecer y explotar una red pública de telecomunicaciones, habrán de operar en el mercado de las telecomunicaciones como un agente económico más, sin prevalerse de su condición de Administración Pública, v.gr., neutralizando pérdidas con transferencias de fondos públicos municipales. Ello podría suponer una clara ventaja competitiva respecto de sus posibles competidoras en el mercado y una barrera de entrada para éstos en el mismo mercado ya que no podrían replicar la actividad al no poder obtener, ni siquiera, el retorno de la inversión que deben realizar.

Por lo tanto, la financiación de la red deberá, en todo caso, realizarse por medio de los rendimientos de la explotación de la misma en un régimen de libre competencia (...)."

En todo caso, cuando la administración actúe como un operador más en el mercado en competencia se tendrá que sujetar, cuando menos, a las mismas reglas que el resto de los operadores, lo que implica que no podrá recibir ayudas públicas que distorsionen la competencia, ni neutralizar pérdidas con transferencias de fondos públicos ni otras partidas públicas sin cumplir con los requisitos legales de la financiación pública y de la competencia.

Con carácter general, la financiación de los servicios considerados de interés general por parte de las administraciones públicas es legítimo si con eso no se está

publicidad o patrocinio del servicio de acceso a Internet sobre una red pública de comunicaciones electrónicas inalámbricas de titularidad municipal, y Resolución de la misma fecha (RO 2008/1233), por la cual se da respuesta a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Motril sobre diferentes aspectos de la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

⁵⁹ En efecto, en la resolución mencionada, la CMT admite que el servicio de acceso a base de datos puede ser prestado por las Administraciones Públicas sin exigir contraprestación económica y sin que se impongan condiciones para su posible afectación en el mercado en aplicación del arte. 4.1 del Real Decreto 424/2005. Eso, para que de acuerdo con lo que la CMT explica en esta misma resolución, la expresión "contraprestación económica" del arte. 4 del Real Decreto 424/2005 se refiere a la obtención de los recursos necesarios para la explotación de la red o prestación del servicio, con exclusión de los fondos públicos. Por lo tanto, diferencia gratuidad y contraprestación económica, y dice que un servicio puede resultar gratuito para el usuario final a pesar de que el operador reciba una contraprestación económica que provenga de actividades derivadas de la explotación de la red o prestación del servicio, como la publicidad.

concediendo ventaja a una empresa que compita con otras empresas.

Así pues, en principio, será legítima la financiación pública de infraestructuras de redes inalámbricas que sean necesarias para prestar un servicio que se considere incluido entre las responsabilidades de la administración hacia los ciudadanos y que se limite a las necesidades de este servicio, o que el mercado nunca lo realizaría en las mismas condiciones y, en general, cuándo no se favorezca selectivamente una empresa.⁶⁰

Con respecto a la financiación de estos servicios de interés general, obtener esta financiación de fondo externos⁶¹ en el propio municipio siempre garantizará una mejor viabilidad del proyecto, dado que se pueden garantizar todos los requisitos que dispone la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones y el Tribunal de la Unión Europea y, evitar así las problemáticas de una financiación municipal directa.

Con respecto al régimen de subvenciones y de ayudas públicas de la red, nos tendremos que remitir a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones (LGSUB) que es la normativa que regula las vías de financiación de y para las administraciones públicas en general.⁶²

En este sentido, el apartado 2 del artículo 8 del LGSUB establece como principio general de actuación de la administración que, cuando los objetivos que se quieran alcanzar afecten al mercado, la orientación de la subvención o ayuda tendrá que dirigirse necesariamente a corregir deficiencias claramente identificadas y sus efectos tendrán que ser mínimamente distorsionadores.

En este sentido, con respecto a los principios que tiene que regir el régimen de concesión de las subvenciones y ayudas públicas, el artículo 8.3 del LGSUB dispone que se realizará de acuerdo a los principios de:

- Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación.
- Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la administración otorgante y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

La CMT afirma al respecto que ("La actividad de las AAPP en el sector de las telecomunicaciones *Catálogo de buenas prácticas* Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones Madrid):

"... Además, habrán de aplicarse estos principios (los del art. 8.3 LGSUB), tanto a los servicios que estas empresas subvencionan, como en la financiación que ellas mismas reciban de otras Administraciones Públicas, teniendo siempre presente que su orientación debe dirigirse a corregir fallos de mercado y no deben distorsionarlo.

Implícitamente, en esta normativa se permite la subvención directa o indirecta de las actividades de estas entidades, sea para cubrir sus costas o para subvencionar los precios en usuarios finales, siempre y cuando se haya detectado uno fallo de mercado. Esto significa que allí donde el libre juego de la competencia cubre la demanda de los

⁶⁰ La actividad de las AAPP en el sector de las telecomunicaciones *Catálogo de buenas prácticas*. CMT, 2005.Madrid. www.cmt.es

⁶¹ La Ley 2/2004, de 4 de junio, de mejora de barrios, áreas urbanas y villas que requieren una atención especial, puede incluir proyectos de sociedad de la información en la mejora y regeneración de las zonas beneficiarias de las ayudas de la citada ley. Por lo tanto, eso implica que proyectos de redes municipales pudieran ser destino de las asignaciones correspondientes en concepto de alternativas sociales y/o económicas por la zona. En todo caso, se tendrían que respetar los criterios de las ayudas y la finalidad con la cual se solicitaron.

⁶² Vid. Nota 54.

servicios de telecomunicaciones no habría lugar para este tipo de subvenciones. Asimismo, si de lo que se trata es de estimular esta demanda, es posible la subvención de las actividades de los operadoras, pero su gestión y otorgamiento deberán cumplir con los principios de publicidad, transparencia, objetividad, igualdad y no discriminación que exigen que puedan concurrir todas las empresas interesadas, en igualdad de condiciones.

En cuanto en la eficacia en el cumplimiento de objetivos, la articulación de este tipo de medidas habrá de coger en cuenta los de la Ley General de Telecomunicaciones, entre los que figuran, además del fomento de la competencia, la neutralidad tecnológica así como la promoción de inversiones eficientes en materia de infraestructuras, y lo fomento de la innovación. Por ejemplo, se trataría de estimular los servicios de banda ancha, con independencia de la tecnología utilizada para su prestación.

Por último, en lo que se refiere en la constitución y financiación de las actividades de las empresas públicas, será necesario que la inversión responda al inicio del inversor en una economía de mercado.

Ahora bien, esta prohibición decaería para aquellos servicios en determinadas áreas geográficas donde no existe una oferta de servicios real o potencial, y donde la apertura de un procedimiento de concurso para otorgar una subvención, abierto a los distintos operadoras, no fuera posible porque no hubiera ninguno interesado".

5.2.5. Esponsorización

Una de las posibilidades que existe en la prestación del servicio al usuario final es el de financiación por un tercero de la red por razones comerciales, publicitarias, etc. En éste caso, se establecerían los acuerdos de patrocinio o publicidad con las entidades y/o empresas correspondientes a fin de que éstas sufragaran una gran parte o todo el coste de la actividad.

Así pues, el acceso a Internet es gratuito o a costes por debajo de mercado para el usuario porque está financiado a través de la publicidad que la propia conexión incorpora. Esta publicidad puede ser tanto de empresas como de comercios del propio municipio mediante la inclusión en la conexión de pop ups, in banners, etc.

Es importante demostrar la viabilidad económica. Es decir, que los costes que se generen por el hecho de ofrecer un servicio gratuito o a costes muy reducidos pueden ser íntegramente cubiertos por una fuente de ingresos externa a la actividad principal, como es el caso de la publicidad.

Precisamente, la CMT se ha pronunciado recientemente sobre esta cuestión en la **Resolución de 28 de noviembre 2008 para la cual se da respuesta a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Avilés en relación con la financiación por medio de publicidad o patrocinio del servicio de acceso a Internet sobre una red pública de comunicaciones electrónicas inalámbricas de titularidad municipal.**

Este Ayuntamiento plantea a la CMT la posibilidad de ofrecer a sus ciudadanos acceso gratuito en internet, obteniendo financiación mediante un sistema de patrocinio/publicidad.

La CMT responde afirmativamente y considera que la posibilidad de obtener recursos mediante fuentes de financiación abiertas al resto de operadores, como las actividades publicitarias y de patrocinio, resulta adecuada en la medida en que constituye una fuente de ingresos externa y diferenciada. Para evitar que por esta vía se vulnere la prohibición de uso de fondos públicos, se aplicarían las

previsiones del artículo 8.4 LGTel (separación de cuentas y principios de neutralidad, transparencia y no discriminación).

La resolución mencionada realiza, asimismo y a petición del Ayuntamiento de Avilés, un análisis de los diferentes tipos de entidades que podrían financiar el servicio de acceso a internet mediante patrocinio o publicidad.

Así, en el caso de las **sociedades y fundaciones privadas** podrían financiar el servicio mediante patrocinio/publicidad, en la medida que no perciban ningún tipo de fondo del propio Ayuntamiento (la CMT incluye en este supuesto a las entidades que hayan firmado algún tipo de contrato con el Ayuntamiento o entidad adscrita a esta administración pública).

En el caso de las **sociedades mercantiles de capital público y fundaciones públicas**, considera que no tendrían que actuar como patrocinadores, en la medida que podría suponer la existencia de una financiación pública de carácter indirecto, dando lugar a subvenciones cruzadas, así como una posible injerencia del Ayuntamiento, en caso de que participara en los órganos de gobierno de estas entidades. Asimismo, las cajas de ahorros tendrían que evitar las aportaciones, si el Ayuntamiento ejerce el control efectivo de sus órganos de gobierno y también si reciben fondo del propio Ayuntamiento.

Se trata, en definitiva, de evitar la financiación público por vía indirecta en la medida que podría suponer "una clara desventaja competitiva para el resto de las operadoras".

5.2.6. Despliegue de red

En el despliegue de la red, la normativa de aplicación se centra en aspectos medioambientales tanto con respecto al despliegue de antenas o elementos radiantes, como a las condiciones de utilización de infraestructuras de red de terceras partes.

Despliegue de antenas (elementos radiantes) y de equipos: ordenación ambiental municipal

Los ayuntamientos pueden regular el despliegue de las redes de telecomunicaciones desde del punto de vista urbanístico y medioambiental. Si bien esta normativa es muy relevante para el despliegue de antenas de telefonía móvil y radioenlaces fijos de elevada potencia, en el caso de las redes Wi-Fi/WiMAX no plantea restricciones particulares a causa de las reducidas dimensiones de las antenas utilizadas habitualmente, fácilmente integrables a el entorno (en muchos casos son planas) y con requisitos mínimos de fijación ⁶³.

Igual que en el resto de redes inalámbricas, en las redes Wi-Fi es de aplicación la normativa del valor máximo de exposición a radiaciones electromagnéticas para los seres humanos que establecen los diferentes organismos regulatorios. Estas limitaciones implican el establecimiento de una distancia de seguridad tomada desde la antena dentro de la cual no se permite el acceso a las personas. Para establecer estos límites las administraciones han utilizado como referencia los estudios realizados por la Organización Mundial de la Salud, y la Unión Europea ha establecido unos niveles máximos de exposición a la radiación electromagnética,

⁶³ Las medidas típicas de estas antenas y los equipos varían de 10 a 60 cm.

que la normativa española ha adoptado en el Real decreto 1066/2001. En este decreto, la densidad de potencia máxima de exposición se fija en 10 W/m2.

En el caso español, las comunidades autónomas tienen la potestad de establecer niveles máximos de exposición más restrictivos que los fijados por la normativa nacional.

Como se muestra al Anexo II de la LGTel, en el peor de los casos, la distancia de seguridad para antenas Wi-Fi es de 14 cm., lo que no supone un condicionante importante para el despliegue.

Uso de infraestructura fija de otros operadores

Una gran parte de las redes públicas inalámbricas existentes hacen uso en mayor o menor medida de redes de comunicaciones suministrada por otros operadores como servicios de banda ancha mayorista. Así, muchas iniciativas de redes Wi-Fi están basadas en el uso de líneas ADSL o de cable contratadas con un operador de telecomunicaciones fijas, para dotar de conectividad a los puntos de acceso que se despliegan, conectar redes de acceso a redes troncales y soportar estas redes troncales.

Para hacer uso de las redes de terceros, el operador inalámbrico que contrata servicios de conexión en otros operadores, tiene que tener en cuenta las cláusulas de utilización del servicio. En concreto, en los servicios dirigidos al mercado minorista, los operadores establecen condiciones de contrato que no permiten el uso del servicio contratado para proporcionar servicios a terceros. Así, la mayoría de operadores prohíben explícitamente por contrato el uso de los servicios de banda ancha proporcionados mediante ADSL o cable módem para compartir o comercializar accesos a otros usuarios o fuera de su ubicación⁶⁴. Mediante estas cláusulas, los operadores pretenden proteger su mercado minorista evitando la compartición de accesos entre diversos usuarios y la comercialización de servicios minoristas desagregando el servicio contratado.

Cuando se incumplen las reglas del contrato con el operador que suministra la conexión en Internet basada en ADSL o cable módem y se utilizan para proporcionar acceso a terceros, el operador inalámbrico puede ser demandado por el operador de infraestructura fija por incumplimiento de contrato, y existe la posibilidad de reclamar daños y perjuicios por lucro cesando en usuarios potenciales del servicio. Asimismo, independientemente de las acciones que pueda llevar a cabo el prestador del servicio de infraestructura fija, en el código penal se castiga la facilitación de acceso a servicios interactivos sin consentimiento del prestador de éstos, sea con fines comerciales o sin ánimo de lucro.⁶⁵

⁶⁴ El texto que incluye Telefónica a este respecto en su contrato de ADSL es la siguiente: "Queda expresamente prohibida la realización de actos de reventa o comercialización del Servicio ADSL a terceros ajenos a la prestación del Servicio ADSL o, en cualquier caso, de compartición de recursos fuera del domicilio para el que se haya solicitado la provisión del Servicio ADSL". Otros operadores como Ono, Wanadoo o Ya.com incluyen cláusulas similares en sus contratos.

⁶⁵ "Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a 24 meses el que, sin consentimiento del prestador de servicios y con fines comerciales, facilite el acceso inteligible a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva, en servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica, o suministre el acceso condicional a los mismos, considerado como servicio independiente... A quien, sin ánimo de lucro, facilite a terceros el acceso descrito en el apartado 1, o por medio de una comunicación pública, comercial o no, suministre información en una pluralidad de personas sobre el modo de conseguir el acceso no autorizado a un servicio o el uso de un dispositivo o programa, de los expresados en ese mismo apartado 1, incitando en lograrlos, se le impondrá la pena de multa en él prevista".

5.2.7. Protección de datos, confidencialidad y registro de tráfico

Igual que en el resto de actividades comerciales, los operadores de redes públicas inalámbricas tienen que respetar las directrices que marca la Ley orgánica de protección de datos (LOPD) para el registro y tratamiento de datos personales. Eso supone que los datos de los clientes tienen que ser almacenadas bajo unas determinadas condiciones de seguridad, restringir su acceso para los fines y a las personas que marca la ley y los datos no pueden ser cedida en terceras partes sin consentimiento de los usuarios. Como es lógico, en aquéllos casos donde no se recogen datos del cliente (accesos gratuitos o mediante tarjeta de prepago), esta regulación no es aplicable. La experiencia de los ayuntamientos en la gestión de datos de los ciudadanos permite cumplir este requisito, ya que la regulación no establece requisitos adicionales para la explotación de redes de telecomunicación.

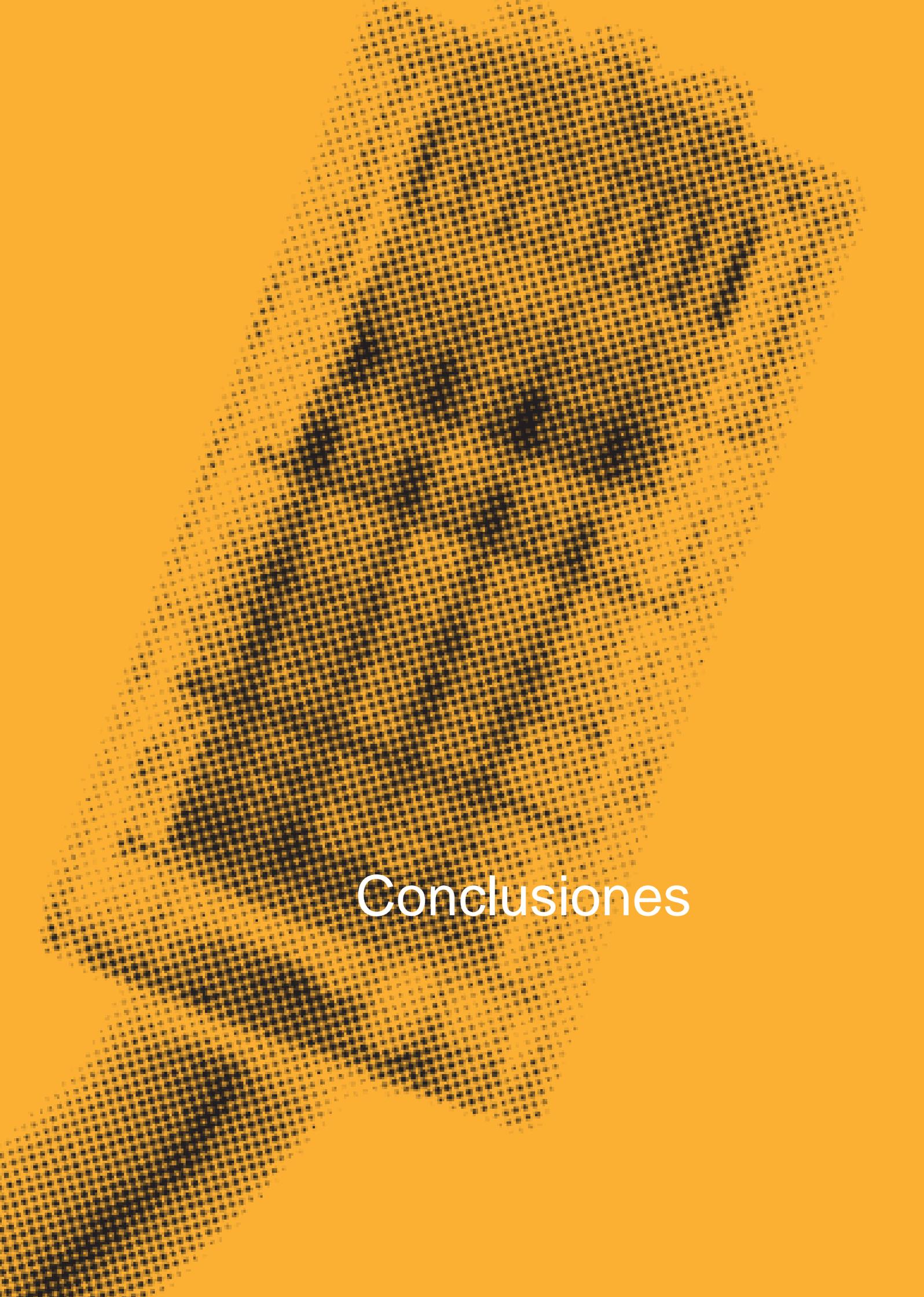
Con respecto a la confidencialidad de la información transmitida a través de la red, la Ley general de las telecomunicaciones establece las siguientes directrices al artículo 36:

"1. - Cualquier tipo de información que se transmita por redes de comunicaciones electrónicas podrá ser protegida mediante procedimientos de cifrado.

2. - El cifrado se un instrumento de seguridad de la información. Entre sus condiciones de uso, cuando se utilice para proteger la confidencialidad de la información, se podrá imponer la obligación de facilitar a un órgano de la Administración General del Estado o a un organismo público, los algoritmos o cualquier procedimiento de cifrado utilizado, así como la obligación de facilitar sin coste alguno los aparatos de cifra a efectos de su control de acuerdo cono la normativa vigente."

La Ley indica que es legal establecer procedimientos de cifrado para aumentar la confidencialidad de las transmisiones que se realicen a través del modelo de operador neutral, que todavía no es obligatorio. En caso de que se opte por algún tipo de esquema de cifrado, éste habrá de estar disponible para ser entregado en los órganos de la Administración general del Estado que tengan atribuciones para intervenir las comunicaciones que se efectúan a través de los operadores de telecomunicación.

Con respecto a las obligaciones de registro de datos de tráfico, hay que hacer referencia a la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, mediante la cual se modifica el artículo 33.1 LGTel (relativo al secreto de las comunicaciones) y se deroga el artículo 12 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.



Conclusiones

CONCLUSIONES

PRIMERA

En relación en las redes inalámbricas municipales, hay que diferenciar cuando el servicio de comunicaciones electrónicas se presta en **régimen de autoprestación** o cuando se trata de una "red pública", es decir, disponible al público en general.

La importancia de esta diferenciación radica en qué el régimen de "autoprestación" supone un régimen de exención de las obligaciones de obtención de títulos habilitantes para el acceso a los mercados de explotación de redes y de prestación de servicios.

Se consideran supuestos de autoprestación:

- La interconexión de las sedes municipales (el personal adscrito a los diferentes servicios municipales es quien disfruta de la prestación del servicio).
- La dotación de conectividad a usuarios con movilidad (brigadas, policías ...).
- El control de dispositivos a distancia (paneles informativos, riego automático...).
- Los servicios de acceso a Internet en edificios municipales (ex. bibliotecas o centros culturales), e incluso en sus inmediaciones, que acojan servicios que por su naturaleza y vinculación con los usuarios sea necesaria esta prestación para la satisfacción de los fines que le son propios.

SEGUNDA

Estamos ante una **red pública de comunicaciones electrónicas** cuando ésta está "disponible al público en general". El LGTel, la define como "una red de comunicaciones electrónicas que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de comunicaciones para el público" (Apartado 26 del Anexo II del LGTel).

Cuando nos encontramos ante una red pública, el ayuntamiento se tendrá que constituir como operador mediante la notificación del artículo 6.2 LGTel en la CMT, y tendrá que respetar las condiciones del artículo 8.4 LGTel (principios de neutralidad, transparencia y no discriminación y separación de cuentas), así como las previsiones generales establecidas en el LGTel y el RD 424/2005.

La obligación de notificación del artículo 6.2, tratándose de una red pública, nace a pesar del carácter transitorio del servicio de telecomunicaciones.

TERCERA

Dentro del ámbito de las redes públicas de comunicaciones electrónicas, que por lo tanto, comportan que la administración local tenga que asumir la condición de operador de telecomunicaciones, se recogen, legalmente, los siguientes supuestos:

- Explotación de redes de comunicaciones electrónicas.
- Prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

Por **explotación de redes de comunicaciones electrónicas**, de acuerdo con la definición recogida en el Anexo II del LGTel hace falta entender "la creación, el aprovechamiento, el control o la puesta en disposición de dicha red".

Por **prestación de servicios de comunicaciones electrónicas**, la LGTel entiende "el prestado generalmente a cambio de una remuneración que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales mediante redes de comunicaciones electrónicas".

CUARTA

La intervención de las administraciones en el sector de los accesos de lado ancha (preferentemente para dar acceso a Internet a través de redes tipos Wi-Fi) se produce normalmente, en dos tipos de escenarios:

- **En zonas donde ningún inversor privado ni público está prestando este servicio** (como es el caso de los municipios sin cobertura ADSL).
- **En zonas donde ya se está prestando por parte de operadores privados y en concurrencia con ellos.**

Según nos encontramos en uno u otro supuesto, variarán las condiciones por el acceso al mercado y la financiación de la actividad.

QUINTA

La instalación por parte de un ayuntamiento, de equipamientos Wi-Fi para poner las antenas a disposición de los operadores interesados en su explotación, puede ser considerada como una actividad de naturaleza patrimonial.

El procedimiento por su utilización o aprovechamiento variará en función de cuál se considere que es la naturaleza de las antenas Wi-Fi, es decir, en función de si se considera que son bienes de dominio público o si, por el contrario, se pueden considerar bienes patrimoniales.

SEXTA

En función del grado de intervención de la administración local, en esta creación y/o establecimiento de la red, y del grado de competencia existente al municipio, se podrá también acudir al expediente de acción concertada, como actividad de fomento, prevista en los artículos 131 a 133 del ROAS.

SÉPTIMA

Todas las actividades no esencialmente patrimoniales (explotación comercial o como operador mayorista y prestación de servicios en terceros), se pueden agrupar bajo la terminología genérica de "actividades de telecomunicaciones". Con el fin de valorar si implica una "actividad económica" en el sentido del artículo 136 ROAS, y con respecto al expediente administrativo, hace falta analizar la situación previa en la que se encuentra el municipio para la implantación del servicio y determinar si nos encontramos en una zona con o sin competencia.

OCTAVA

En el caso de **explotación comercial de la red por parte del ayuntamiento** (en que éste, por lo tanto, sería operador de operadores, dado que mantendría el control y gestión de la red):

- En un ámbito sin competencia, se podría recurrir al expediente de acción concertada como actividad de fomento, prevista en los artículos 131 a 133 del ROAS.
- En un ámbito con competencia, habría que tramitar el expediente de actividad económica previsto en el artículo 136 del ROAS.

Como la red o la capacidad excedente de la red corporativa se pondría a disposición de terceros, habría que acudir en los instrumentos jurídicos previstos a la normativa sobre contratación pública local.

NOVENA

En el caso de **prestación de servicios al ciudadano por parte del ayuntamiento**, también hará falta analizar dos situaciones:

- **En zonas sin competencia:** habrá que referirse en la acción de fomento impulsada por la administración mediante la gestión del servicio por parte de ésta. Estaríamos, por lo tanto, ante una acción de fomento genérica de la administración donde habría que justificar el interés público de la intervención que tiene que ir referida a la actividad de fomento.
- **En zonas con competencia:** habría que tramitar el expediente de actividad económica previsto en el artículo 136 del ROAS y recurrir a las formas de gestión legalmente previstas.

DÉCIMA

La problemática de la gratuidad del servicio no deriva del incumplimiento o no de las normas sectoriales de las telecomunicaciones, sino del régimen de competencia en un mercado liberalizado. La posible prestación gratuita de los servicios tendría que responder a un proyecto empresarial asumible por un operador de manera que no implique distorsiones a la libre competencia.

Por lo tanto, se tiene que concluir que según la CMT, la regla general es que estos servicios se presten a cambio de una remuneración económica, si bien no está prohibida la prestación gratuita, siempre que se haga de forma excepcional y no implique distorsiones de la libre competencia. El ayuntamiento, antes de tomar una decisión, tendrá que valorar, en todo caso, los elementos siguientes:

- Las características del servicio (p. ej.. nivel de calidad, velocidad...).
- La posición en el mercado que ocupa el operador público.
- La existencia de otros operadores del mismo servicio, o de otro sustituible, interesados en concurrir en el mismo ámbito territorial.

Esta afirmación aparece matizada en referencia a la prestación transitoria de servicios de comunicaciones electrónicas y a la prestación de servicios de información ciudadana. Lo este último caso, la prestación del servicio podrá ser gratuita con carácter permanente.

UNDÉCIMA

Cuando la Administración actúe como un operador más en el mercado en competencia se habrá de sujetar, al menos, a las mismas reglas que el resto de los operadores, lo que implica que no podrá recibir ayudas públicas que distorsionen la competencia ni neutralizar pérdidas con transferencias de fondos públicos ni de otras partidas públicas sin cumplir con los requisitos legales de la financiación pública y de la competencia.

DUODÉCIMA

El régimen de concesión de las subvenciones y ayudas públicas (tanto los servicios que los ayuntamientos subvencionen, como la financiación que éstos reciban de otras administraciones), tiene que efectuarse de acuerdo a los principios del artículo 8.3 del LGSUB (publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación; y eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la administración otorgante y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos).

Su orientación es corregir los fallos del mercado y no distorsionarlo. Por lo tanto, según la CMT, donde hay competencia no serían posibles estas subvenciones. Ahora bien, si el que se trata es de estimular la demanda, es posible la subvención de las actividades de los operadores respetando los principios mencionados.