



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JAIME ALMENAR BELENGUER, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

### CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 34/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 29 de septiembre de 2005, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que, en relación con el expediente RO2005/902, se aprueba la:

### **CONTESTACIÓN A LAS CONSULTAS FORMULADAS POR LA DIPUTACIÓN DE VALENCIA SOBRE “ACCESO A INTERNET EN MUNICIPIOS DE LA PROVINCIA DE VALENCIA”, DENTRO DE LAS ACCIONES PERTENECIENTES AL “PLAN PROVINCIAL DE ACCESO A INTERNET (PAI)”**

#### **I. ANTECEDENTES Y OBJETO DE LA CONSULTA.**

**Primero.-** La Excelentísima Diputación de Valencia, en su sesión plenaria de 30 de marzo de 2004, acordó la aprobación del “Plan Provincial de Acceso a Internet (PAI) y ordenó la convocatoria pública para la participación en el citado Plan de los ayuntamientos de la provincia. La aprobación del Plan y la convocatoria pública se publicó mediante Edicto de 10 de mayo de 2004.

El PAI tiene por objetivo *«mejorar las infraestructuras de acceso a la Sociedad de la Información en la provincia de Valencia, eliminando la brecha digital en los municipios de la provincia y facilitando la provisión y el acceso a los ciudadanos y Ayuntamientos, a todos los servicios de la Sociedad de la Información.»*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, el alcance del Plan *«consiste en el suministro, instalación y puesta en marcha de diferentes infraestructuras y servicios para facilitar a los ciudadanos y Ayuntamientos de la provincia de Valencia, el acceso a todos los servicios de la Sociedad de la Información mediante el acceso a internet de banda ancha.»*

Los beneficiarios del Plan son exclusivamente los Ayuntamientos de la provincia de Valencia.

El PAI se concreta en tres modalidades de actuación en los municipios. A los efectos del presente informe, nos referiremos únicamente a la “Modalidad 3” que se refiere a la *«instalación de infraestructuras de redes de comunicaciones inalámbricas para el acceso a internet desde cualquier domicilio del municipio»* por cuanto que la cuestiones objeto de consulta se refieren exclusivamente a esta modalidad.

Dentro de esta modalidad el PAI incluye lo siguiente:

- a) *«Equipamiento de comunicaciones para creación de red local inalámbrica en el municipio (WLAN).*
- b) *Instalación y mantenimiento de la instalación durante al menos un año.*
- c) *Asesoramiento técnico al Ayuntamiento para la formalización de la prestación del servicio en el municipio, mediante el cauce público o privado que el propio Ayuntamiento decida y siempre en concordancia con la legalidad vigente y las directrices de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.*
- d) *No está incluido en el PAI el equipamiento de comunicaciones para acceso de los ordenadores personales particulares, a la red local inalámbrica del municipio».*

Por lo que se refiere a los criterios para resolución de la convocatoria, el Plan establece los siguientes requisitos:

*«El servicio de informática de la Diputación estudiará, evaluará y validará cada caso en colaboración con cada Ayuntamiento, decidiéndose las modalidades y el alcance exacto de las actuaciones en cada municipio, en base a los siguientes criterios generales: menor tamaño y recursos económicos del municipio, complementariedad con otros proyectos, necesidad técnica e impacto organizativo y social. Además de estos criterios generales se llevará a cabo un estudio individualizado que tenga en cuenta todas las circunstancias específicas de cada municipio para validar su viabilidad y alcance.»*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**Segundo.-** Dentro del contexto descrito en el antecedentes primero, la Diputación de Valencia, para el caso de que un Ayuntamiento decida impulsar la provisión del servicio de acceso a Internet a sus ciudadanos mediante el citado PAI en su modalidad 3, solicita a esta Comisión que dé contestación a las siguientes cuestiones:

“1.

*1.a) Si se trata de municipio sin cobertura de adsl, ¿puede el Ayuntamiento ofrecer a sus ciudadanos el servicio de acceso a Internet?*

*1.b) Si por el contrario el municipio dispone de cobertura de adsl, ¿puede el Ayuntamiento ofrecer a sus ciudadanos el servicio de acceso a Internet?.*

2.

*2.a) ¿Es obligatorio u opcional que el Ayuntamiento se dé de alta como operador?.*

*2.b) En caso de que el Ayuntamiento se dé de alta como operador, ¿qué compromisos técnicos y administrativos adquiere el Ayuntamiento al poner en marcha este servicio y ejercer de operador?.*

3.

*3.a) Si el ayuntamiento no se constituye como operador, ¿existe la posibilidad de que una empresa participada por el Ayuntamiento se constituya como operador y realice la provisión del servicio de acceso a Internet?.*

*3.b) En este caso, ¿qué procedimiento debe seguir dicha empresa?*

*3.c) En este caso, ¿qué compromisos técnico y administrativos tendrían el Ayuntamiento y la empresa al poner en marcha el servicio y ejercer de operador la empresa?.*

4.

*4.a) ¿Podría el Ayuntamiento ceder el uso de la red a un operador ya existente para que realice la provisión del servicio de acceso a Internet?*

*4.b) En este caso, ¿qué mecanismo de contratación debe seguir el Ayuntamiento?.*

*4.c) En este mismo caso, ¿qué compromisos técnicos y administrativos tendrían el Ayuntamiento y el operador al poner en marcha el servicio?.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

5.

5.a) *¿Existe alguna otra modalidad para la provisión del servicio de acceso a Internet a los ciudadanos del municipio diferente a las planteadas en las cuestiones 2, 3 y 4?*

5.b) *En caso afirmativos, ¿Cuáles?*

## II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL PARA RESOLVER SOBRE LAS CUESTIONES PLANTEADAS.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 48.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene por objeto *“el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”*.

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

Concretamente, el artículo 48.3, letra h), de la misma Ley, establece que la Comisión podrá asesorar a las comunidades autónomas y a las corporaciones locales, a petición de los órganos competentes de cada una de ellas, en relación con el ejercicio de competencias propias de dichas Administraciones públicas que entren en relación con la competencia estatal en materia de telecomunicaciones.

En razón de lo anterior, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, la Diputación Provincial de Valencia es una corporación local, esta Comisión resulta competente para contestar las consultas formuladas.

Por otra parte, la contestación a las consultas debe ser congruente con el ejercicio de la función de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de ofertas del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por los prestadores de los servicios, que atribuye el apartado 3.h) del artículo 48 de la LGT a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Por ello, se deberá analizar, también, si la intervención de la Diputación provincial de Valencia, o los ayuntamientos beneficiarios del PAI, en el mercado de los servicios a los que se refiere la consulta, está destinada a favorecer a los ciudadanos y al desarrollo de estos servicios y, además, resulta compatible con el marco regulador sectorial de las telecomunicaciones.

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

- Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones (apartado a);
- Garantizar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público (apartado b);
- Promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, así como la utilización de nuevos servicios y el despliegue de redes, y el acceso a éstos en condiciones de igualdad, e impulsar la cohesión territorial, económica y social (apartado c) y
- Fomentar la neutralidad tecnológica en la regulación (apartado f).

### **III. SOBRE LA INTERVENCIÓN DE LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE VALENCIA A TRAVÉS DEL “PAI” PARA EL ESTABLECIMIENTO DE REDES PÚBLICAS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS**

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

Así, tratándose las telecomunicaciones de servicios de interés general que se prestan en un régimen de libre competencia, la intervención de la Administración debe dirigirse tanto a garantizar el adecuado funcionamiento del



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mercado (debe establecer y hacer cumplir las normas de entrada y actuación en el mercado y la que garantizan la interconexión y el acceso a las redes) como a asegurar los remedios a los eventuales fallos de mercado cuando el mismo no sea capaz de proveer a los usuarios de los servicios que se han considerado fundamentales en una sociedad.

Concretamente, hasta tanto la conectividad de banda ancha no se considere integrada en el servicio universal de telecomunicaciones, la intervención de los poderes públicos puede encauzarse mediante la imposición de obligaciones de servicio público a determinados operadores, a través de la actividad subvencionadora -allá donde está pueda ser legalmente ejercida- o por la prestación de estos servicios por la propia administración<sup>1</sup>.

La presente consulta se centrará en analizar la compatibilidad del PAI y sus posibles efectos en el mercado con la actual regulación sobre telecomunicaciones; y ello tanto en relación con el procedimiento propuesto para financiar la actividad en materia de telecomunicaciones como sobre la propia elección de privilegiar una determinada tecnología en detrimento de otras.

Las Administraciones Públicas han de respetar la normativa sectorial de telecomunicaciones que exige que la intervención de la Administración no distorsione la competencia y fomente la neutralidad tecnológica. Ello supone, de un lado, que su intervención deberá privilegiar las soluciones que, satisfaciendo las mismas necesidades de servicios de interés general, resulten neutrales desde el punto de vista tecnológico, es decir no condicionen en la medida de lo posible la tecnología utilizada para prestar los servicios, y fomenten y posibiliten la competencia.

Así por ejemplo en la Resolución de 26 de febrero de 2004 esta Comisión recomendó no utilizar la vía de la subvención directa al operador dominante para la instalación de equipos en su red para la prestación de servicios de banda ancha, y en su lugar recurrir al concurso para que terceros operadores pudieran prestar idénticos servicios soportados sobre otras tecnologías o utilizando los servicios mayoristas del operador dominante. En el caso que nos ocupa, podríamos estar ante una situación similar ya que la subvención se dirige únicamente a los Ayuntamientos y para una determinada tecnología inalámbrica, en detrimento de otro tipo de operadores y tecnologías.

---

<sup>1</sup> Resolución de esta Comisión de 26 de febrero de 2004 (RO2003/1090).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por último, la red financiada por el PAI deberá ser una red abierta a cualquier operador de servicios de comunicaciones electrónicas que estuviera interesado en su utilización para el desarrollo de sus actividades.

Todas estas cuestiones han sido analizadas de forma amplia y detallada por esta Comisión detalladamente en el documento *“La actividad de las AAPP en el sector de las telecomunicaciones. Catálogo de buenas prácticas”* que puede ser consultado en la página web de esta Comisión ([www.cmt.es](http://www.cmt.es)).

### IV. CONTESTACIÓN A LAS CUESTIONES PLANTEADAS

Sin perjuicio de la preceptiva aplicación de los criterios señalados en el apartado III del presente informe al desarrollo del PAI por parte de la Diputación de Valencia, se procede a dar contestación concreta a las preguntas formuladas.

- 1.a) Si se trata de municipio sin cobertura de adsl, ¿puede el Ayuntamiento ofrecer a sus ciudadanos el servicio de acceso a Internet?**  
**1.b) Si por el contrario el municipio dispone de cobertura de adsl, ¿puede el Ayuntamiento ofrecer a sus ciudadanos el servicio de acceso a Internet?.**

Tanto en uno como en otro caso, el Ayuntamiento puede ofrecer a sus ciudadanos el servicio de acceso a internet ya que esta posibilidad está, en principio, contemplada expresamente en los artículos 6 y 8.4 del la LGTel.

Por un lado, el artículo 6.1 reconoce el derecho a explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas a terceros a las personas físicas o jurídicas nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea. Por el otro, el artículo 8.4 regula específicamente las condiciones que deben observar las Administraciones públicas para la realización de este tipo de actividades económicas.

Por tanto, los ayuntamientos pueden actuar en los mercados de comunicaciones electrónicas como operadores en régimen de libre competencia con el resto de los operadores 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 operadores para el acceso a dicho servicio.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta Comisión se ha definido en otras ocasiones en el sentido de que, en el ámbito de los mercados de las telecomunicaciones -como en 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 operadores. 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 prevé 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 a 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 a continuación:

- a) 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). En estos casos, el objetivo perseguido por la Administración sería, en 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 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 éstos en condiciones de igualdad, e impulsar la cohesión territorial, económica y social"*. Las Administraciones al responder a un objetivo de interés público y no tanto de maximización de beneficios, deciden prestar este servicio en zonas desabastecidas.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- b) 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 operadores privados, y en concurrencia con ellos. 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 caso, por el Regulador para evitar que la intervención de una entidad pública pueda dar lugar a situaciones de distorsión de la libre competencia.

### **2.a) ¿Es obligatorio u opcional que el Ayuntamiento se dé de alta como operador?.**

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

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

- *“Explotación de una red de comunicaciones electrónica: la creación, el aprovechamiento, el control o la puesta a disposición de dicha red.”*
- *“Servicio de comunicaciones electrónicas: el prestado por lo general a cambio de una remuneración que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión ...”*

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

Por otra parte, apartado 2 del citado artículo 6 establece que los interesados en la explotación de una determinada red o en la prestación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas deberán, con anterioridad al inicio de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la actividad, notificarlo fehacientemente a esta Comisión sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que pretendan realizar. Asimismo, prevé una única excepción a esta obligación de notificar a favor de quienes exploten redes y se presten servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación.

Como anteriormente se ha señalado, cuando un operador tiene la intención de explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas deberá notificar su intención a esta Comisión, al objeto de que se inscriba en el Registro de Operadores creado por la LGTel. Pero esta obligación de notificar a la Comisión sólo nace cuando el servicio a prestar es un **servicio público de comunicaciones electrónicas** o cuando la red a explotar sea una **red pública de comunicaciones electrónicas**, es decir, cuando sobre la misma se presten servicios de comunicaciones disponibles al público. Asimismo, prevé una excepción a esta obligación de notificar a favor de quienes exploten redes y presten servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación. Es necesario por tanto analizar si su actividad puede considerarse como “prestación a terceros”, o como “autoprestación”.

El Anexo II de la LGTel, define el concepto de “red pública de comunicaciones” como *“la red de comunicaciones electrónicas que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público”*. Es decir, para poder calificar una red de comunicaciones como una red pública es necesario que el servicio que se soporta sobre la misma sea un servicio de comunicaciones electrónicas y que, además, esté disponible al público. Por tanto, se estará ante un supuesto de explotación de red o prestación a terceros de servicios de comunicaciones electrónicas en aquellos casos en los que el suministrador ofrezca su actividad al público.

Teniendo en cuenta que el objeto de la modalidad 3 del PAI consiste en la instalación de infraestructuras de redes de comunicaciones inalámbricas para el acceso a internet desde cualquier domicilio del municipio, debemos concluir que estamos ante la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, por lo que los Ayuntamientos que resulten beneficiarios en la modalidad 3 del PAI deberán realizar la notificación previa al inicio de la actividad (la explotación de la red y la prestación del servicio de acceso a Internet) a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **2.b) En caso de que el Ayuntamiento se dé de alta como operador, ¿qué compromisos técnicos y administrativos adquiere el Ayuntamiento al poner en marcha este servicio y ejercer de operador?.**

Como viene explicando esta Comisión, los Ayuntamientos, directamente o a través de un tercero, pueden intervenir en el mercado de las telecomunicaciones como un agente económico más, compitiendo con el resto de operadores en la actividad de explotación de redes o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. En este caso, su actividad estará 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.

Desde la perspectiva de la normativa sectorial de telecomunicaciones, las condiciones generales a las que quedara obligado el Ayuntamiento son la prevista, con carácter general en el artículo 8 de la LGTel y desarrolladas en el Capítulo III del Título II del Reglamento aprobado por Real Decreto 44/2005.

Además, las Corporaciones Locales, dada su condición de Administraciones Públicas, están sometidas a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 8.4 de la LGTel, a cuyo tenor: *“la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones públicas, directamente o a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente, se ajustará a lo dispuesto en esta ley y sus normas de desarrollo y se realizará con la debida separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia”*.

Para responder a las exigencias establecidas por la normativa europea, el legislador español ha establecido, en el artículo 8.4 de la LGTel, determinadas condiciones exigibles a todos los operadores públicos que decidan entrar en el sector. Así, ha considerado que, aunque las Administraciones públicas pueden actuar como operadores de comunicaciones electrónicas, dicha actuación debe someterse a unas condiciones mínimas específicas que aseguren que la especial situación de la que, por su propia naturaleza, gozan este tipo de entidades, no va, de por sí, a ocasionar situaciones de quiebra de la competencia en el sector.

Ya sea en el caso de que las Administraciones públicas concurren con otros operadores o que actúen en aquellas situaciones donde los operadores privados no están interesados en prestar servicios de comunicaciones



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

electrónicas, dicha intervención pública acarrea ciertos riesgos para la competencia en el sector que el legislador ha intentado resolver.

Estos riesgos están presentes tanto en el primer como en el segundo supuesto ya que la acción de la Administración puede crear una clara barrera a la entrada de inversores privados en el mercado o provocar la salida de los ya establecidos por imposibilidad de competir en igualdad de condiciones. Habrá que atender a las circunstancias del mercado y el modo de prestación del servicio, pero es fácil imaginar que si la Administración está prestando un servicio en una determinada zona, podría caer en la tentación de imponer precios públicos o, en todo caso, precios más bajos de los que impondría un inversor privado que decida establecerse o los que ya tenga uno establecido en esa zona, ya que el inversor privado necesitaría, al menos al principio, amortizar su inversión inicial.

Esto no sería una prioridad para la Administración, que no está sujeta al binomio –beneficios-riesgos- al que están sujetos los operadores privados, sino que dispone de los fondos para financiar los costes iniciales de establecimiento sin necesidad de repercutirlos inmediatamente en los usuarios. Lo único que ha de hacer la Administración es justificar la necesidad del gasto y realizar la correspondiente provisión presupuestaria.

Todo esto, puede tener efectos negativos para la competencia en el sector y para la consecución de los objetivos previstos en el artículo 3 de la LGTel, ya que, además de eliminar la competencia se podría dificultar o impedir la inversión eficiente y la innovación tecnológica.

Por estos motivos la legislación reguladora de las telecomunicaciones, a la vez que reconoce el derecho de las Administraciones públicas de actuar en el sector como operadores de servicios de comunicaciones electrónicas, establece determinadas condiciones específicas para asegurar que su ejercicio no vulnere la competencia en el sector, y facilitar, al mismo tiempo, el control de su actuación a tales efectos.

Al estar sometida la actuación pública en el sector a las reglas de la libre competencia, sobre todo en lo que respecta a la prohibición de aplicar financiación pública indebida a estas actividades, el legislador ha considerado necesario establecer ciertas condiciones a la intervención de la Administración en el sector. El artículo 8.4 exige así la separación de cuentas, y la aplicación de los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación. Estas condiciones han de ser cumplidas obligatoriamente en la realización de toda actividad de la Administración como operador de redes y servicios de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comunicaciones electrónicas; su intención es asegurar que su actuación se realice en las mismas condiciones que la intervención privada, a la vez que facilitar el control de esto mismo.

Sobre estas condiciones, resulta interesante recordar lo manifestado por esta Comisión en su resolución de 5 de junio de 2003, cuando afirma que *“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.”*

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 8.4 de la LGTel encarga a esta Comisión que vele por que la actuación de las entidades públicas en el sector no produzca perjuicios a la libre competencia.

El citado artículo establece que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia”*.

Dicha previsión supone la última garantía que establece el legislador para impedir que la actuación de la Administración perjudique la libre competencia en el sector de la prestación de servicios y la explotación de redes de comunicaciones electrónicas. Esto es, se autoriza la intervención de la Administración pública como operador de telecomunicaciones con ciertas condiciones que se imponen *“ex lege”*, para prevenir que su actuación no se lleve a cabo en las mismas circunstancias que la actuación privada, y facilitar, a su vez, el control de dicha actuación. Pero estas condiciones pueden no ser suficientes para evitar que la intervención de los organismos públicos en el sector de las telecomunicaciones actúe en detrimento de la competencia, por ello se establece esta última previsión.

Se otorga a esta Comisión la función de velar por que la competencia en el mercado en el que interviene la Administración siga siendo efectiva y no se vea falseada. Por ello, la Comisión tiene la facultad de imponer a dichas Administraciones condiciones especiales para continuar con la prestación del servicio.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta Comisión ha debido intervenir en algunos casos para corregir conductas susceptibles de distorsionar la competencia. No obstante, la intervención del sector público en el mercado de acceso a Internet en banda ancha se está multiplicando rápidamente así como las ofertas comerciales de estos operadores públicos que contienen elementos (sobre todo por los precios que se pretenden aplicar) que pueden distorsionar la libre competencia en el sector, ya sea porque crean barreras de entrada o porque se fundamentan en financiaciones que pueden suponer verdaderas ayudas de Estado.

Se trata de supuestos que una determinada Administración constituida como operador de comunicaciones electrónicas esté prestando un servicio, como el de acceso Internet mediante la tecnología Wi-Fi, a precio inferior al necesario para asegurar la rentabilidad del negocio. Ciertamente, hemos visto que se busca evitar que la Administración tenga una conducta privilegiada en su condición de operador por la posibilidad con la que cuenta de autofinanciarse a través de ayudas públicas. En el caso de prestar dicho servicio con carácter gratuito o a precio inferior al que establecería el mercado, estamos ante un claro caso de financiación pública de la actividad, ya que la Administración no estaría recuperando los gastos generados por la prestación del servicio y, por otro lado, estaría renunciando a los beneficios que todo inversor en una economía de mercado trataría de obtener.

La prestación de servicios a precios distintos a los de mercado por una empresa pública, cuando no estén justificados, puede tener como consecuencia impedir u obstaculizar el desarrollo de la competencia efectiva en el sector, ya que en el supuesto de que no exista ningún competidor se establecería una importante barrera a la entrada. Ningún operador privado podría instalarse para prestar un servicio similar en dicho mercado, porque ninguno podría competir contra un precio por debajo de los costes de producción. En el supuesto de que ya hubiera otros operadores prestando el citado servicio, la actuación de la administración podría eliminar a sus competidores ya que un operador privado difícilmente estaría en situación, como hemos dicho, de competir contra un precio que se fundamenta en un proyecto empresarial que cuenta con algún tipo de ayuda de estado.

En el ámbito de la Administración Local (que son los que han sido analizados hasta ahora con más detalle por esta Comisión), de conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, las tasas podrán establecerse y exigirse por los Ayuntamientos a cambio de *“la prestación de servicios o la realización de actividades de su competencia y por la utilización privativa o el aprovechamiento especial de los bienes del dominio público municipal”*. La





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

actividad que nos ocupa no tiene la naturaleza de servicio público ni se encuentra entre las enumeradas como de competencia municipal en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril<sup>2</sup>, reguladora de las Bases del Régimen Local, no siendo, por tanto, susceptibles de financiarse mediante el establecimiento de una tasa municipal “ad hoc” ni con cargo a fondos públicos municipales.

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

No obstante lo anterior, el Reglamento sobre las Condiciones para la Prestación de Servicios de Comunicaciones Electrónicas, el Servicio Universal y la Protección de los Usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, establece, en su artículo 4.1, que la prestación transitoria por las entidades locales a sus ciudadanos de servicios de comunicaciones electrónicas de interés general sin contraprestación económica precisará su comunicación previa a esta Comisión. En el caso de que la Comisión detecte que dicha prestación afecta al mercado, 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, podrá imponer condiciones específicas a tales entidades en la prestación de los servicios conforme a lo establecido en el artículo 8.4 de la LGTel.

**3.a) Si el ayuntamiento no se constituye como operador, ¿existe la posibilidad de que una empresa participada por el Ayuntamiento se constituya como operador y realice la provisión del servicio de acceso a Internet?**

**3.b) En este caso, ¿qué procedimiento debe seguir dicha empresa?**

Sin perjuicio de lo anteriormente informado, no hay ningún impedimento legal para que el Ayuntamiento pueda crear una empresa por él participada y que esta empresa pueda prestar el servicio de comunicaciones electrónicas de acceso a Internet.

En este caso, la empresa, de conformidad con lo establecido en el artículo 6.2 de la LGTel, antes de iniciar la actividad de proveedor de acceso a Internet, deberá notificarlo fehacientemente a esta Comisión al objeto de que ésta le

---

<sup>2</sup> Vid. infra contestación a la pregunta 4.b



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

inscriba, si procede, en el Registro de Operadores convirtiéndose así en operador. Todo ello, de conformidad con lo anteriormente informado.

No obstante, si la empresa es participada mayoritariamente por el Ayuntamiento, le serán de aplicación íntegramente las condiciones especiales para las administraciones públicas a las que nos referimos en la respuesta a la pregunta anterior.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que, en el caso de que la empresa se limite a prestar el servicio de acceso a Internet pero la red de comunicaciones electrónicas sobre la que preste el servicio siga siendo de titularidad del Ayuntamiento, éste vendrá obligado a notificar la actividad de explotación de red pública de comunicaciones electrónicas en los términos y condiciones a los que nos hemos referido. En caso contrario, la empresa deberá notificar, además de la actividad de prestación del servicio, la de explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas.

### **3.c) En este caso, ¿qué compromisos técnico y administrativos tendrían el Ayuntamiento y la empresa al poner en marcha el servicio y ejercer de operador la empresa?.**

El ayuntamiento, al ser el titular de la red (salvo que la red sea de titularidad de la empresa participada) por la que se van a prestar, por la empresa participada, servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público (acceso a Internet) seguirá siendo un operador y, por lo tanto, estará sujeto a las condiciones a las que nos referimos en la contestación a la pregunta 2.b. Entre éstas, se encuentran las previstas en el 8.4 de la LGTel que exige la separación de cuentas, y la aplicación de los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación que deberán ser observados necesariamente a la hora de poner a disposición de la empresa participada por el Ayuntamiento la red municipal. Lo anterior supone, al menos, que deberá ofrecer condiciones similares a las ofrecidas a la empresa participada, a otros operadores de servicios que pretendan utilizar la red del Ayuntamiento para ofrecer sus propios servicios.

Por lo que se refiere a la empresa, ésta estará sujeta a las condiciones previstas, con carácter general en el artículo 8 de la LGTel y desarrollada en el Capítulo III del Título II del Reglamento aprobado por Real Decreto 44/2005.

Sin perjuicio de lo anterior, si la participación del Ayuntamiento en la empresa fuera mayoritaria, la empresa estaría obligada a cumplir con las condiciones establecidas en el apartado 4 del artículo 8 de la LGTel, esto es, la actividad se



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

deberá realizar con la debida separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación. Por otra parte, esta Comisión, al amparo de lo establecido en el último inciso del mismo precepto y atendiendo a los criterios a los que nos referimos en los apartados anteriores de este informe, podrá imponerle condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia.

### **4.a) ¿Podría el Ayuntamiento ceder el uso de la red a un operador ya existente para que realice la provisión del servicio de acceso a Internet?**

La cesión de uso de la red por parte del Ayuntamiento sería considerada como la explotación de la misma<sup>3</sup>. Por lo tanto, el Ayuntamiento, una vez constituido como operador, puede ceder el uso de red pública de comunicaciones electrónicas, sujeto a lo dispuesto más adelante.

### **4.b) En este caso, ¿qué mecanismo de contratación debe seguir el Ayuntamiento?**

Como a continuación se explica, la cesión de uso de la red por parte del Ayuntamiento a un operador de servicios de comunicaciones electrónicas debe ser considerada como un contrato privado del Ayuntamiento, sometido a la normativa de contratación pública aplicable en cuanto a su preparación y adjudicación, y a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación.

El art. 25 de la Ley 7/1985, de 2 abril 1985. Bases del Régimen Local, delimita las competencias propias de los Ayuntamientos al establecer:

*«1. El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.*

*2. El Municipio ejercerá en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en las siguientes materias:*

*a) Seguridad en lugares públicos.*

*b) Ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas.*

*c) Protección civil, prevención y extinción de incendios.*

---

<sup>3</sup> El Anexo II de la LGTel define el concepto "Explotación de una red de comunicación electrónica" como la creación, el aprovechamiento, el control o la puesta a disposición de dicha red.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*d) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, pavimentación de vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales.*

*e) Patrimonio histórico-artístico.*

*f) Protección del medio ambiente.*

*g) Abastos, mataderos, ferias, mercados y defensa de usuarios y consumidores.*

*h) Protección de la salubridad pública.*

*i) Participación en la gestión de la atención primaria de la salud.*

*j) Cementerios y servicios funerarios.*

*k) Prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social.*

*l) Suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales.*

*ll) Transporte público de viajeros.*

*m) Actividades o instalaciones culturales y deportivas: ocupación del tiempo libre; turismo.*

*n) Participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, intervenir en sus órganos de gestión y participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria.*

*3. Sólo la Ley determina las competencias municipales en las materias enunciadas en este artículo, de conformidad con los principios establecidos en el art. 2».*

Además, el art. 27 de la misma Ley, establece la posibilidad de que los municipios puedan ejercer de forma delegada competencias cuya titularidad corresponde a otras administraciones públicas. Según dispone el artículo 28 de la misma Ley, los Municipios pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente.

Por otra parte, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 6 de junio (en adelante Ley de Contratos), establece en su art. 5:

*«1. Los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado.*

*2. Son contratos administrativos:*

*a) Aquéllos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios y los que se celebren excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales.*

*b) Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una Ley.*

*3. Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables».*

De conformidad con todo lo anterior, la cesión de uso de la red por parte del Ayuntamiento a un operador de servicios de comunicaciones electrónicas debe ser considerada como un contrato privado de arrendamiento de servicios ofrecidos por el Ayuntamiento.

El art. 9 de la Ley de Contratos establece el régimen jurídico de los contratos privados de las Administraciones Públicas:

*«1. Los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado. Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable a cada caso.*

*2. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con la normativa reguladora de dicha jurisdicción».*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A este respecto debe hacerse mención de la Jurisprudencia civil existente al respecto, citando por todas la Sentencia del Tribunal Superremo de 17 de julio de 1999 (RJ 1999\5958), que establece:

*«Para distinguir entre los contratos privados y los administrativos, prescindiendo del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes o derogatorias del derecho común, hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando haya sido determinada por la prestación de un servicio público, entendiendo este concepto en la acepción más amplia, para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y por lo mismo correspondiente a sus funciones peculiares, sentido lato que igualmente inspira el art. 4 LCE, modificado en parte por Ley 5/1973 de 17 de marzo (RCL 1973\500; NDL 7394), cuya regla 2ª comprende la actuación típica que el órgano administrativo desarrolla en el ámbito de su cometido funcional, a lo que debe añadirse el principio de autointegración del ordenamiento administrativo, al disponer el precepto que en caso de silencio contractual o legal serán la propia Ley y los principios generales inspiradores los que han de regir como supletorios, en lugar de acudir a la regulación 'ius privatista'»».*

Como hemos indicado, en este caso, el Ayuntamiento estará realizando una actividad privada y, por lo tanto, solo está sujeto al régimen especial previsto para la contratación pública en lo que a la regulación que en ella se contiene referido a los contratos privados de las administraciones públicas, estos es, la actividad se regirá por las normas de contratación publica aplicables al Ayuntamiento en cuanto a su preparación y adjudicación y no así en cuanto a sus efectos y extinción, que se regirán por las normas de derecho privado.

En todo caso, los mecanismos de contratación que se empleen se deberán ajustar a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación (artículo 11 de la Ley de Contratos).

Como tiene manifestado repetidamente esta Comisión, estas exigencias de publicidad y concurrencia, como garantías del principio de igualdad, han resultado reforzadas en el ordenamiento español por acción de la normativa y jurisprudencia comunitarias sobre la base de considerar que el respeto a estos





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

principios de la contratación pública se configura como presupuesto necesario de la apertura del mercado a la competencia<sup>4</sup>.

En este sentido, y refiriendo al ordenamiento español del sector de la telecomunicaciones, la Resolución de 21 de marzo de 2002 (AJ 2001/5775), por la que se daba contestación a una consulta formulada por un operador en relación con la contratación de determinados servicios de telecomunicaciones por una entidad pública sin mediar concurso público, se manifestaba lo siguiente:

*“Además, como en lo que se refiere a la contratación de servicios de telecomunicaciones, la garantía de la igualdad de trato entre los operadores de telecomunicaciones, no sólo viene impuesta por la normativa de la contratación pública, sino que, asimismo, es una exigencia que impone la normativa de telecomunicaciones. El principio de igualdad de trato y no discriminación entre operadores se enuncia, con carácter general, en el artículo 3 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (LGTel), reiterándose, en artículos posteriores, la obligación de respetar dicho principio. La efectividad práctica del principio de igualdad de oportunidades resulta fundamental para instaurar y preservar las condiciones de competencia en el sector de las telecomunicaciones, como se explicará en el apartado siguiente.”*

### **4.c) En este mismo caso, ¿qué compromisos técnicos y administrativos tendrían el Ayuntamiento y el operador al poner en marcha el servicio?**

Tanto el Ayuntamiento titular de la red como el operador que ofrece el servicio de comunicaciones electrónicas tienen la condición de operadores, como ya se ha explicado. Por tanto, las condiciones para realizar la actividad son las que se han mencionado en la contestación a las anteriores cuestiones.

### **5.a) ¿Existe alguna otra modalidad para la provisión del servicio de acceso a Internet a los ciudadanos del municipio diferente a las planteadas en las cuestiones 2, 3 y 4?**

### **5.b) En caso afirmativos, ¿Cuáles?**

Existen múltiples modalidades para la provisión del servicio, que van desde la provisión por operadores privados en régimen de libre mercado sin ninguna

---

<sup>4</sup> Vid. Resolución de 20 de diciembre de 2004 (exp. RO2004/1537)



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

intervención administrativa, hasta la provisión por medio del establecimiento de obligaciones de servicio público.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera