
Ayudas de Estado en telecomunicaciones: el Wi-Fi municipal

Gloria Calvo Díaz

Consejera de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Abogada del Estado

- 1. Los principios de la actividad pública**
- 2. Las modalidades de intervención de las administraciones públicas**
 - 2.1. Modalidades
 - 2.2. Las condiciones como operadores
 - 2.2.1. Inscripción. 2.2.2. Transparencia. 2.2.3. No discriminación. 2.2.4. Rentabilidad. 2.2.5. Separación contable
- 3. Las condiciones en el ejercicio de su potestad pública. La gestión del dominio público**
- 4. El régimen de ayudas públicas. El caso de las ayudas para banda ancha. Las Directrices de la CE de 30 de septiembre de 2009**
 - 4.1. Los servicios de interés económico general. Los criterios de la Sentencia “Altmark”
 - 4.2. Actuación como inversor privado
 - 4.3. Compatibilidad de las ayudas para banda ancha
 - 4.4. Las ayudas para el despliegue de redes de nueva generación (NGAs)
- 5. Conclusiones. El Código de buenas prácticas de las AA.PP. de la CMT**

Las redes Wi-Fi plantean cuestiones de índole general, comunes al papel de las administraciones públicas en estas actividades, desde su papel como meras facilitadoras del despliegue de infraestructuras hasta su participación directa en el mercado como operadoras de redes y servicios.

De todas las figuras, la que mayores interrelaciones, y riesgos, presenta en función de la situación competitiva actual y sus perspectivas de evolución futura, es la más integrada como operadora de servicios.

Comenzaremos por señalar que no hay una única respuesta desde el punto de vista de la regulación. “El demonio está en los detalles”. Las condiciones, el “cómo”, son la clave para que la intervención pública actúe como catalizador o como freno del desarrollo de las mejores respuestas para el conjunto de los ciudadanos.

1. Los principios de la actividad pública

El capítulo I del título II de la Ley general de telecomunicaciones (en adelante, LGTel) contiene el régimen jurídico básico de la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

De acuerdo con su artículo 2, las telecomunicaciones se califican como servicios de interés económico general que se prestan en régimen de libre competencia, despoñados ya, desde la liberalización acometida en los años 90, de su antigua naturaleza de servicios públicos, lo que excluye el recurso a las figuras propias de estos cuando se trate de intervenciones de las administraciones públicas.

La libre competencia constituye objetivo de orden público para todas las entidades públicas llamadas a preservarla en el ámbito de sus competencias y capacidades.

Ahora bien, la *despublicatio* de las telecomunicaciones no excluye la persistencia de los objetivos de interés público. Conforme al artículo 3, son objetivos de la LGTel a los efectos que ahora interesan los de:

“c) 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 (...)

“e) Defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad (...)”

Es importante destacar que la concreción de las obligaciones de servicio público, tanto por la vía de la definición de las prestaciones integradas en el servicio universal, como de otras obligaciones de carácter público, resulta reservada en exclusiva al Estado (artículos 20 y ss. de la Ley).

2. Las modalidades de intervención de las administraciones públicas

2.1. Modalidades

Como se ha señalado anteriormente, el régimen establecido en la LGTel no excluye, en absoluto, la participación de las administraciones en estos mercados; antes bien, la contempla expresamente, sometiéndola a las condiciones generales previstas para todo agente que participe de ellas como operador de redes y/o servicios, y a determinadas condiciones especiales destinadas a prevenir las distorsiones que pudieran resultar de su doble naturaleza pública y privada.

En consecuencia, resulta de primera importancia la correcta identificación, por parte de la Administración actuante, del objetivo de interés general que pretende atender y, consecuentemente, la correcta elección de la modalidad con la que se propone intervenir en el mercado: si como un operador más en él, las condiciones serán las propias de estos con las específicas previstas para las entidades públicas; si en su papel de Administración pública, con los límites que resultan de la *despublicatio* de estas actividades, pero con las prerrogativas propias de su condición de garantes del interés público.

En el caso concreto de explotación y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, mediante el uso de tecnologías que operan en la banda de uso común, por parte de las administraciones públicas, estas iniciativas perseguirían el objetivo de aumentar la pluralidad de la oferta o la cobertura de los servicios de banda ancha para el beneficio de sus ciudadanos.

No obstante, estas iniciativas, si no se realizan de forma procompetitiva, podrían constituirse finalmente como barreras de entrada a nuevos agentes privados o como una práctica que expulse del mercado a los operadores presentes.

Actualmente, la iniciativa privada que resultaría más afectada por la actuación de las administraciones públicas sería la de los servicios prestados a través de

la telefonía móvil 3G, por la sustituibilidad entre los servicios prestados a través de este tipo de redes y las redes basadas en la banda de uso común, y por el intenso proceso inversor que los operadores móviles de red están realizando.

Las administraciones públicas pueden optar por alguna de las siguientes modalidades de intervención:

1. Facilitadoras del despliegue de infraestructuras. Actuación típica de sus prerrogativas públicas como titulares del dominio público.

2. Operadores de redes realizando, por sí o por tercero, despliegues propios. Sobre dichas redes una o varias empresas privadas pueden prestar servicios de comunicaciones electrónicas.

3. Operadores integrados de red y servicios. La Administración pública realiza tanto la explotación de la red como la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, representando el modelo más integrado de presencia en el mercado y el que mayores desafíos plantea en función de la realidad de mercado en cada caso.

En todos los casos, es esencial una opción clara por el papel público o privado para que las iniciativas públicas protejan los intereses públicos, todos, también la competencia, adecuadamente.

Y esa elección debe resultar la más adecuada a las condiciones del mercado.

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 3G o sin cobertura ADSL), lo que podría justificar su intervención.

En estos casos, el objetivo perseguido por la Administración sería, en principio, el de interés general, en la medida en que resultara necesario 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, al tratarse de zonas donde el inversor privado no considerara rentable realizar la actividad económica.

Pero, incluso en este escenario, la actuación de las administraciones públicas en el despliegue, explotación y/o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, basados en tecnologías que operan en las bandas de uso común, debería ser tal que no desincentivara la entrada posterior de nuevos operadores. Esto pasaría por la configuración de una oferta, por parte de las administraciones públicas, que dé cabida a servicios prestados por el mercado en competencia, tal

y como se matizará en el apartado siguiente de condiciones a cumplir para operar en el mercado.

En estas condiciones, la iniciativa pública maximizaría las posibilidades de los consumidores para acceder a servicios de la sociedad de información. En efecto, el esfuerzo inicial de las administraciones públicas (siempre que no levanten barreras a la entrada de nuevos operadores) podría servir de base para que, una vez existiera una masa crítica de usuarios, la inversión privada entrara a competir y los consumidores pudieran beneficiarse de una mayor oferta de servicios.

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, 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. 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.

En este caso, iniciativas de las administraciones públicas que no cumplieren las reglas del libre mercado estarían desincentivando a los operadores móviles de red en su esfuerzo inversor, por cuanto que harían no rentables sus despliegues de infraestructuras. Este sería el caso de un ayuntamiento que desplegara una red Wi-Fi en las zonas más concurridas de un municipio (allí donde más rentable es el despliegue de 3G) y ofreciera por debajo de coste la conectividad a los transeúntes.

2.2. Las condiciones como operadores

Resultan claves tanto para la elección del modo adecuado de intervención como para garantizar los plenos beneficios que se pretenden.

De acuerdo con el artículo 6.2 de la LGTel, "los interesados en la explotación de una determinada red o en la prestación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas deberán, con anterioridad al inicio de la actividad, notificarlo fehacientemente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en los términos que se determinen mediante Real Decreto, sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que pretendan realizar. Quedan

exentos de esta obligación quienes exploten redes y se presten servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación."

Por su parte, las administraciones públicas están sometidas a lo dispuesto en el artículo 8.4 de la LGTel, a cuyo tenor "la prestación o explotación en el mercado de servicios o redes de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas se deberá ajustar a lo dispuesto en la citada 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, pudiendo, esta Comisión, imponerles condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia."

2.2.1. Inscripción

El artículo 6.2 de la LGTel impone, como única obligación, la notificación a esta Comisión, con anterioridad al inicio de la actividad, de la intención de explotar una red o prestar un servicio de comunicaciones electrónicas, en los términos que se determinan en el Real decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

Pero la obligación de notificación solo nace cuando el servicio a prestar es un servicio 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.

Al respecto, el anexo II, en su apartado 28, de la citada LGTel, define el servicio de comunicaciones electrónicas como 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, pero no de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o de las actividades que consistan en el ejercicio del control editorial sobre dichos contenidos; quedan excluidos, asimismo, los servicios de la sociedad de la información definidos en el artículo 1 de la Directiva 98/34/CE que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas."

Igualmente, el anexo II, en su apartado 26, 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 en general.

En el caso de explotación de redes, el inicio de la actividad se corresponde con cualquiera de los siguientes momentos: i.) el inicio de la creación de la red; ii.) el inicio de su aprovechamiento; iii.) la toma del control de la red; iv.) la puesta a disposición de la red a los posibles usuarios de la misma. En el caso de prestación de servicios, el inicio de la actividad se corresponde con el momento de la oferta del servicio a los usuarios a los que van destinados.

Esta comunicación no será necesaria en el caso de explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación, ya que este escenario se enmarcaría en la tipificación contemplada en el artículo 5.4 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

La única exención a esta obligación se establece en el inciso final de este precepto, a favor de quienes exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas “en régimen de autoprestación”.

Por su parte, el Reglamento del servicio universal contempla en su artículo 4, de forma expresa, una excepción al régimen general descrito. Así, se dispone que: “Conforme al artículo 8.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en la explotación de redes o servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones públicas con contraprestación económica serán de aplicación las condiciones impuestas, en su caso, por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para garantizar la libre competencia.

“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 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Cuando ésta 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 dichas entidades en la prestación de los servicios conforme al párrafo anterior.”

Ninguna de las normas reguladoras de esta materia ha definido el citado concepto (autoprestación) ni el alcance del mismo. No obstante, los artículos 6 y 7.3 de la derogada Ley 11/1998, general de telecomunicaciones, específicamente para las administraciones públicas, al establecer los principios aplicables a esta actividad, definían la “autoprestación” por contraposición con el concepto de “oferta a terceros”, al prever: “La prestación de servicios y el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones podrá realizarse bien mediante autoprestación o bien a través de su oferta a terceros, en régimen de libre competencia...”. Según esta previsión, estaríamos frente a un caso de autoprestación cuando el explotador de la red o prestador del servicio no ofreciera la actividad a terceros.

Queda, por tanto, por definir qué se debe entender, a estos efectos, por “oferta a terceros”.

A este respecto, resulta de interés lo manifestado en el fundamento de derecho sexto de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de 16 de julio de 2004, cuando dice: “De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 11/1998, de 24 de abril: ‘3. La prestación de servicios o la explotación de redes de telecomunicaciones en régimen de autoprestación y sin contraprestación económica de terceros, por las Administraciones Públicas o por los Entes públicos de ellas dependientes, para la satisfacción de sus necesidades, no precisará de título habilitante’. Por tanto, 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.”

Por tanto, solo 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.

La Comisión, en su Resolución de 27 de octubre de 2005, considera que esta interpretación del término autoprestación, derivada del análisis de la derogada Ley 11/1998, general de telecomunicaciones, es de plena aplicación a la regulación establecida en la vigente LGTel.

2.2.2. Transparencia

Una de las cuestiones más importantes que se plantean en torno a las relaciones que surgen, entre las administraciones públicas y los operadores, en materia de establecimiento de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en competencia, es la garantía del acceso de los distintos agentes del mercado en idénticas condiciones, de manera que todos los "participes" gocen de las mismas condiciones de partida que favorezcan el desarrollo de diferentes soluciones.

La transparencia se erige, además, en instrumento para la garantía de que la decisión de intervenir, y el modo de hacerlo, son los adecuados a la situación de mercado.

La apertura de un periodo de información pública, al objeto de que los distintos operadores que pudieran estar interesados en establecer su propia red manifiesten dicho interés, y/o la licitación de la prestación de servicios sobre dicha red, resultan claves para identificar el interés real del mercado para satisfacer las necesidades identificadas, y las condiciones para hacerlo.

La información facilitada por la Administración dentro del periodo de información pública, debe contener el nivel de detalle suficiente (requisitos de conectividad, emplazamientos puestos a disposición por la Administración pública, servicios a prestar, etc.) para su análisis por los posibles agentes interesados, y deberá respetar, en la medida de lo posible, el principio de neutralidad tecnológica.

2.2.3. No discriminación

Una de las cuestiones que se plantean en torno a las relaciones que surgen entre las administraciones públicas y los operadores, en materia de establecimiento de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en competencia, es la garantía del acceso de los distintos agentes del mercado en idénticas condiciones, de manera que todos los "participes" gocen de las mismas condiciones de partida que favorezcan el desarrollo de diferentes soluciones.

Sin perjuicio del carácter de servicios de interés general de las telecomunicaciones, cuando una Administración pública es titular de una red inalámbrica, la cesión de uso de esta red a un operador de servicios de comunicaciones electrónicas deberá ajustarse a la regulación de contratos aplicable a la Administración pública de que se trate.

Por tanto, aunque el contrato de cesión de la red, entre el prestador del servicio y la Administración pública titular de la misma, tenga carácter privado, el respeto a los principios que rigen la contratación por las administraciones públicas, en especial publicidad e igualdad, exige a estas entidades la realización de un mayor esfuerzo, encaminado a eliminar las barreras de entrada a los operadores, contemplando medidas destinadas a permitir la prestación de servicios por el mayor número de entidades interesadas posible, favoreciendo la competencia y la pluralidad del mercado.

2.2.4. Rentabilidad

Las administraciones públicas, deberán formar sus ofertas de precios a los usuarios de servicios o redes públicas de comunicaciones electrónicas de conformidad con las reglas que rigen los mercados en competencia. En consecuencia, deben aspirar a obtener un rendimiento normal, es decir, el que todo inversor privado en una economía de mercado trataría de obtener de su inversión de capital.

En este sentido, las administraciones públicas no pueden vender por debajo de coste en un mercado en competencia, a menos que se trate de una estrategia comercial asumible por cualquier operador privado sin recurrir a la financiación pública de las pérdidas.

El Reglamento de mercados establece en su artículo 4:

"[C]onforme al artículo 8.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en la explotación de redes o servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones públicas con contraprestación económica serán de aplicación las condiciones impuestas, en su caso, por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para garantizar la libre competencia.

"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 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Cuando ésta 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 dichas entidades en la prestación de los servicios conforme al párrafo anterior."

La financiación de la actividad como operador de comunicaciones electrónicas por parte de la Administración pública, deberá realizarse 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 el principio del inversor privado en una economía de mercado (también en lo que se refiere a la constitución de la sociedad). La financiación puede ser obtenida directamente de los ingresos provenientes de los usuarios o mediante otras fuentes (publicidad), siempre que estos fondos provengan de capital privado.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones entiende que la expresión “contraprestación económica”, recogida en el artículo 4 del Reglamento de prestación de servicios, alude a la obtención de los recursos necesarios para la explotación de la red o la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas a través de medios admitidos dentro del tráfico comercial, excluyendo el recurso a fondos públicos. La posibilidad de obtener recursos a través de fuentes de financiación abiertas al resto de los operadores en el mercado, resulta adecuada desde esta perspectiva.

De esta forma, se diferencia entre gratuidad-contraprestación económica. Un servicio de comunicaciones electrónicas puede resultar gratuito para el usuario final, aunque el operador pueda recibir una contraprestación económica que provenga de actividades derivadas de la explotación de la red o la prestación del servicio, como sería en este caso la publicidad.

Por lo que se refiere a la financiación de la actividad de telecomunicaciones a desarrollar por las administraciones públicas (y sin perjuicio del tratamiento del régimen comunitario de ayudas de Estado que se describirá más adelante), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se ha pronunciado en relación con la utilización de fondos públicos, por las implicaciones que dicha práctica podría suponer para el desarrollo de una competencia efectiva, y su difícil encaje en unos servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia, en concreto sobre determinadas formas de financiación que no resultan acordes con las previsiones normativas de la legislación de telecomunicaciones.

Como ha indicado la CMT en Resolución de 5 de junio de 2003:

“En cuanto a la financiación de la actividad con cargo a la presupuestos municipales hemos de señalar una vez más que, como ya se ha indicado anteriormen-

te, 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 supondría una clara ventaja competitiva respecto de sus posibles competidores 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 habrá, en todo caso, que realizarse por medio de los rendimientos de la explotación de la misma en un régimen de libre competencia.”

Cuando los servicios ofrecidos por la Administración pública se limitan exclusivamente a proporcionar a los usuarios un acceso restringido a las páginas de la Administración pública, sin permitir ningún tipo de acceso a páginas de otra índole, habida cuenta de que dicho servicio no colisiona ni es sustitutivo de los ofrecidos por los distintos operadores en el mercado, este podría ser ofrecido por las administraciones públicas en condiciones no sujetas a las reglas que rigen los mercados en competencia, siendo, en este escenario, legítima la financiación pública para la prestación de dicho servicio. En particular, este tipo de servicio podría ser ofrecido de forma gratuita.

2.2.5. Separación contable

La Directiva marco, en su artículo 13, establece la obligación de la separación contable, y determina que dicha separación ha de realizarse de la misma manera en la que se exigiría para empresas jurídicamente independientes: identificando todas las partidas de costes e ingresos, especificando la base de cálculo y los métodos de asignación utilizados, con un desglose pormenorizado del activo fijo y de los costes estructurales.

En aquellos casos en que una Administración pública se autopresta y usa la capacidad sobrante para prestar servicios minoristas y/o mayoristas, no existe un criterio único e igual para todos los casos para imputar costes, sino que puede variar en función de las características de la red creada, de la manera como se venda a terceros dicha capacidad sobrante, etc.

El criterio debe ser tal que garantice la medición objetiva de los recursos empleados y de forma estable en el tiempo.

La separación contable se ha de concretar de la misma manera que la que se exigiría para empresas jurídicamente independientes: identificando todas las partidas de costes e ingresos, especificando la base de cálculo y los métodos de asignación utilizados, con un desglose pormenorizado del activo fijo y de los costes estructurales.

3. Las condiciones en el ejercicio de su potestad pública. La gestión del dominio público

A diferencia de lo que ocurre con las redes fijas, en las que el elevado coste que supone su implantación, no solo económico, sino también derivado de las molestias que el establecimiento de la fibra o el cable conlleva para los vecinos, supone un importante freno a su extensión, que esta Comisión trata de contrarrestar a través de los medios de que le dota la normativa de las telecomunicaciones, en el caso de las redes inalámbricas los problemas de implantación están vinculados, principalmente, a las autorizaciones que deben conceder las autoridades municipales para la ocupación del dominio público, todo ello sin perjuicio de otros aspectos a tener en cuenta, tales como la preocupación de la opinión pública sobre los niveles de radiación, etc.

El legislador comunitario, consciente de que uno de los mayores obstáculos con los que se encuentran los operadores gira en torno a la instalación de las redes, así lo recogió en los considerandos de la Directiva marco:

“(22) Debe velarse por que existan procedimientos oportunos, no discriminatorios y transparentes para el otorgamiento de derechos de instalación de recursos, con el fin de garantizar que se dan las condiciones para una competencia leal y efectiva. La presente Directiva se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que regulan la expropiación o el uso de la propiedad, el ejercicio normal de los derechos de propiedad o la utilización normal del ámbito público, ni del principio de neutralidad con respecto a las disposiciones de los Estados miembros aplicables al régimen de la propiedad.

“(23) El uso compartido de recursos puede resultar beneficioso por motivos de ordenación territorial, de salud pública o medioambientales y las autoridades nacionales de reglamentación deben fomentarlo sobre la base de acuerdos voluntarios. Cuando las empresas no dispongan de alternativas viables, puede resultar adecuado imponer la obligación de compartir recursos o propiedades. Ello incluye, entre otras cosas, la

cubicación física y el uso compartido de conductos, edificios, repetidores, antenas o sistemas de antenas. La obligación de compartir recursos o propiedades sólo debe imponerse a las empresas tras una consulta pública completa.”

Esta necesidad también ha sido recogida por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que la ha destacado en la Resolución de 29 de mayo de 2008, señalando que “para hacer posible el despliegue de redes públicas de telecomunicaciones electrónicas resulta indispensable la ocupación de los bienes de dominio público como el subsuelo municipal o de bienes destinados por afectación a un servicio público prestado por la Administración competente como son las redes de alcantarillado, alumbrado público, de abastecimiento de agua, riego, el metro, etc. (...)”

El artículo 26 de la LGTel reconoce un derecho genérico a la ocupación del dominio público a favor de los operadores, en la medida en que sea necesario para el establecimiento de sus redes públicas de comunicaciones electrónicas.

Como ha señalado la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la Resolución de 18 de marzo de 2008:

“Este derecho a la ocupación del dominio público por los operadores no es absoluto ni exigible *erga omnes*, puesto que está supeditado por un lado, a la necesidad del establecimiento de una red de comunicaciones electrónicas por parte del operador, y por otro, a la posibilidad de que la Administración competente titular del dominio público pueda matizar e incluso denegar esta ocupación por razones establecidas en los artículos 28 y 29 de la LGTel. Estas relaciones entre las Administraciones titulares de dominio público y los operadores deben ser auspiciadas por los principios de no discriminación entre operadores y el mantenimiento de condiciones de competencia efectiva en el mercado (artículo 26.2 *in fine* LGTel).”

Asimismo, este derecho se complementa con otras medidas, como el reconocimiento a la ocupación de la propiedad privada y a la compartición del dominio público, la propiedad privada o las infraestructuras sobre las que se van a establecer las redes.

Ante la solicitud de un operador para implantar sus antenas, el Ayuntamiento deberá articular el ejercicio concreto del derecho a la ocupación del dominio público previsto en el artículo 26 de la LGTel. Ante la falta de alternativas, se deberá proceder de conformidad con el artículo 30 de la LGTel. Será la Administración titular de

las competencias sectoriales en “medio ambiente, salud pública, seguridad pública, u ordenación urbana y territorial” la que tome la decisión de la compartición.

En concreto, el procedimiento de compartición, tal y como señala la Resolución de 29 de mayo de 2008, anteriormente citada, se estructura en los siguientes apartados:

“1. Constatación de la imposibilidad de ejercitar de forma separada los derechos de ocupación del dominio público o de la propiedad privada, por no existir alternativas de instalación de infraestructuras por motivos de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial. Y por consiguiente, la determinación de la necesidad de la compartición, en virtud de los criterios legales citados anteriormente.

“2. El Ayuntamiento debe abrir un trámite de información pública, indicando los motivos justificados en los que apoya la intención de acordar la utilización compartida. Así pues, las normas que regulen específicamente el procedimiento para la ocupación –que estarán publicadas en el diario oficial del ámbito correspondiente a la Administración competente– han de incluir un procedimiento no discriminatorio de resolución de las solicitudes de ocupación, garantizando la transparencia de los procedimientos y fomentando una competencia real y efectiva entre los operadores.

“Teniendo en cuenta que la LGTel no hace expresa referencia a los medios para conseguir los indicados fines de transparencia y publicidad en el procedimiento, será el Ayuntamiento quien, como garante de dichos principios, deba preocuparse de seleccionar el medio más eficaz, dirigido en cualquier caso específicamente a los operadores de telecomunicaciones y no al público en general. De este modo, o bien el Ayuntamiento dirige una notificación escrita a cada uno de los operadores que exploten redes públicas, informándoles del procedimiento abierto para declarar la compartición, o bien, lo que se estima más operativo, publica un anuncio público en un diario oficial, otorgando un plazo determinado a los operadores para que manifiesten su interés en la ocupación de la infraestructura objeto de compartición.

“3. El Ayuntamiento acuerda la utilización compartida del dominio público o propiedad privada en que se van a establecer las redes públicas de comunicaciones electrónicas o el uso compartido de las infraestructuras en que se vayan a apoyar tales redes, según resulte necesario, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.2 de la LGTel.

“Los operadores deberán verificar, entre otras cuestiones, la existencia de capacidad excedentaria en las infraestructuras del operador al que se pretende acceder.

“4. El uso compartido se articulará mediante acuerdos entre los operadores interesados. En caso de que no se alcance el correspondiente acuerdo para el uso compartido, deberán acudir a esta Comisión que será la competente para dictar una resolución estableciendo las condiciones para la compartición.”

Los ayuntamientos, cuando implanten sus redes inalámbricas, en concreto cuando sitúen las antenas, deberán tener en cuenta estas previsiones de la LGTel. Se trataría de garantizar el acceso de terceros operadores al dominio público. Para ello, deberá contemplarse la posibilidad de implantar varias antenas sobre un mismo elemento (por ej., farolas), y, en el caso de que no tuviera más capacidad, deberán buscarse por las entidades titulares del dominio público alternativas, tales como ubicaciones alternativas, compartición de antenas, etc.

Por último, la LGTel ha establecido una salvaguarda en el artículo 29.3, con el fin de evitar que una entidad titular del dominio público aproveche su condición de tal para obtener una ventaja en la implantación de la red. Este artículo obliga a realizar una separación estructural, en estos casos, entre el operador y el órgano de la Administración local encargado de la regulación y gestión de los derechos sobre el dominio público:

“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 operadores que explotan redes de comunicaciones electrónicas, deberán mantener una separación estructural entre dichos operadores y los órganos encargados de la regulación y gestión de estos derechos.”

4. El régimen de ayudas públicas. El caso de las ayudas para banda ancha. Las Directrices de la CE de 30 de septiembre de 2009

En el ámbito comunitario, la explotación de redes inalámbricas por las administraciones públicas y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a través de esas redes, han sido examinadas por la Comisión Europea, en relación con el uso de fondos que pudieran ser considerados “ayudas de Estado”, figura que aparece recogida en el artículo 87.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TCE), en el que se dispone que “[S]alvo que el presente Tratado disponga otra cosa,

serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.”

En consecuencia, la utilización de fondos públicos en los mercados de telecomunicaciones debe respetar las exigencias derivadas de este régimen.

Es abundante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, la cual, junto a las muy recientes Directrices de la Comisión Europea en materia de ayudas públicas para el desarrollo de la banda ancha, constituyen, a día de hoy, el compendio de la doctrina aplicable que pasamos a exponer.

Para que pueda apreciarse la existencia de ayuda pública, incompatible con el Tratado, es preciso que el uso de fondos revista las siguientes características:

1. Utilización de recursos públicos: subvenciones, deducciones fiscales, condiciones financieras preferentes...
2. Para actividades económicas con fin comercial: despliegue de redes de banda ancha accesibles por terceros.
3. Para empresas concretas.
4. Susceptibles de producir un falseamiento de la competencia en función del impacto en precios, servicios, inversión...
5. Con afectación a los intercambios: operadores de otros EE.MM.

La falta de alguno de estos elementos determina bien la inexistencia de ayuda, bien su compatibilidad con el régimen del TCE.

4.1. Los servicios de interés económico general. Los criterios de la Sentencia “Altmark”

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha excluido de la consideración de actividad económica sujeta al régimen de ayudas, la gestión de los denominados servicios de interés económico general, trasunto de los servicios públicos, exigiendo para considerarlos tales, dentro de un marco de discrecionalidad que se reconoce a los EE.MM., los siguientes elementos:

1. Mandato claro en cuanto a la definición de la misión de servicio de interés económico general.
2. Objetividad y transparencia en la fijación de los parámetros para el cálculo de la compensación que establezca.

3. Proporcionalidad en cuanto al montante de la compensación que debe recoger estrictamente los costes, cuya base de cálculo debe resultar de licitación pública o responder a los costes de “una empresa media bien gestionada” más un beneficio razonable derivado de la actividad.

En el ámbito de las ayudas para la extensión de los servicios de banda ancha, las Directrices recién publicadas concretan estos requisitos del modo siguiente:

1. Características especiales de la actividad. Ausencia de cobertura de banda ancha para parte importante de la población de una zona en la actualidad o para futuro próximo, de manera que exista riesgo de brecha digital.
2. Acto de encomienda del poder público. La/s empresa/s deben ser seleccionadas mediante licitación pública abierta, no discriminatoria y transparente.
3. Universalidad y obligatoriedad de la misión de interés general concretada en el suministro de infraestructura de banda ancha pasiva, ubicada, abierta y neutra.
4. Características de la compensación. Debe cubrir solo los costes de prestar el servicio en las zonas no rentables, previéndose la compensación en caso de que la red en cuestión quede en propiedad de la operadora elegida, evitando que se beneficie de su construcción para finalidades ajenas al servicio de interés general.

4.2. Actuación como inversor privado

En una decisión relativa a una iniciativa del Ayuntamiento de Ámsterdam, la Comisión Europea ha sistematizado las condiciones en las que la participación pública se considera homologable con la de los inversores privados excluyente, en consecuencia, del régimen de ayudas. La participación pública debe ser minoritaria, basada en un plan de negocios sostenible y con una rentabilidad apropiada.

La CE exige, en todo caso, una prueba exhaustiva de la concurrencia de tales condiciones.

4.3. Compatibilidad de las ayudas para banda ancha

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial en relación con el artículo 87.3 del Tratado, puede resultar compatible con el mismo el uso de fondos públicos constitutivos de ayuda pública siempre que se den las siguientes condiciones, que han de ser examinadas, caso a caso, por la CE:

1. Objetivo de interés común, contribuyendo al desarrollo de regiones desfavorecidas [apartado a) del artículo 87.3] o de actividades o regiones que no alteren las condiciones de los intercambios de forma contraria al interés común (apartado c).

2. Medida adecuada y proporcionada, de manera que no exista otra menos intrusiva para conseguir el mismo objetivo.

3. Balance de efectos positivos para el interés común *versus* los negativos derivados del falseamiento de la competencia que, en todo caso, se produce.

Las Directrices clasifican a estos efectos por zonas las características de mercado, en función de las cuales valorarán los proyectos de ayuda que analicen:

– Blancas. Zonas rurales o insuficientemente atendidas en una perspectiva de futuro de 3 años. Para ellas, la CE aprecia, en principio, la existencia del objetivo fundamental de interés común de garantizar la cohesión económica y social, que justificará la compatibilidad de las ayudas.

– Negras. Aquellas en las que existe competencia entre 2 o más operadores con red propia. En este caso, la CE considera que las ayudas serán incompatibles con el Tratado.

– Grises, cuyas características son las de existencia de monopolio de red, existiendo fallos de oferta en servicios o en precios previsiblemente persistentes, en cuyo caso la compatibilidad se apreciará caso a caso siempre que se trate de ayuda a la creación de infraestructura y no exista alternativa menos intrusiva, incluidos los efectos de la regulación sectorial. Las condiciones para una adecuada intervención pública que pueda considerarse compatible con el mercado en estas zonas son, de acuerdo con el texto de la CE, las siguientes:

1. Descripción de las zonas en mapa detallado y con análisis de cobertura sometidos a consulta previa.

2. Licitación abierta en la adjudicación de las ayudas.

3. Selección de la oferta más ventajosa económicamente.

4. Respeto del principio de neutralidad tecnológica.

5. Garantía de suministro de acceso mayorista a terceros a la infraestructura desplegada con fondos públicos durante un plazo de, al menos, 7 años.

6. Fijación de precios a partir de un análisis comparativo con precios regulados *ex ante* y los aplicados en otras zonas competitivas.

7. Cláusula de devolución de las ayudas en función de la evolución de la demanda.

4.4. Las ayudas para el despliegue de redes de nueva generación (NGAs)

Las Directrices particularizan finalmente estos principios a las ayudas al despliegue de redes de fibra óptica, llamadas a sustituir a las actuales basadas en par de cobre.

El objetivo de interés común se concreta, en este caso, en acelerar los despliegues fuera de las zonas más densamente pobladas, las primeras en ser abordadas por los operadores.

La clasificación de zonas –blancas, negras y grises, también– se realiza en este caso solo sobre la base de la existencia, o no, de NGA en ellas en una perspectiva de 3 años.

La evaluación de compatibilidad, sin embargo, sí debe incorporar la existencia, o no, de redes de banda ancha tradicionales. Así, las situaciones que pueden plantearse son las siguientes:

– Zonas blancas en NGA y grises en banda ancha tradicional. La ayuda puede justificarse si se acredita demanda desatendida de servicios NGA.

– Negras tanto en NGA como en banda ancha tradicional. Las ayudas serán en principio incompatibles con el mercado, salvo prueba en contrario.

– Grises en NGA. El tratamiento es el mismo que el de las zonas grises en banda ancha tradicional.

Este régimen debe aplicarse en consonancia, por otro lado, con la regulación sectorial aplicable, cuya administración compete a las autoridades nacionales de regulación, la CMT en el caso de España.

5. Conclusiones. El Código de buenas prácticas de las AA.PP. de la CMT

El conjunto de los aspectos tratados se recogen en las conclusiones contenidas en el Código de buenas prácticas de las AA.PP. aprobado por la CMT, y que se transcriben a continuación:

1. Los servicios de telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia, por tanto las administraciones públicas, cuando actúen en el mercado de las telecomunicaciones, están sujetas a la misma normativa sectorial que el resto de operadores privados.

2. Las administraciones públicas que tengan la intención de explotar redes y/o prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, mediante

las bandas de frecuencias atribuidas para uso común, con carácter previo al inicio de la actividad, deberán presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la notificación fehaciente a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel.

En el caso de explotación de redes, el inicio de la actividad se corresponde con cualquiera de los siguientes momentos: i.) el inicio de la creación de la red; ii.) el inicio de su aprovechamiento; iii.) la toma del control de la red; iv.) la puesta a disposición de la red a los posibles usuarios de la misma. En el caso de prestación de servicios, el inicio de la actividad se corresponde con el momento de la oferta del servicio a los usuarios a los que van destinados.

Esta comunicación no será necesaria en el caso de explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación, ya que este escenario se enmarcaría en la tipificación contemplada en el artículo 5.4 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios. Se incluiría en este caso:

a) La explotación de redes de comunicaciones electrónicas y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, utilizando las bandas de frecuencias atribuidas para uso común para ofrecer servicios de acceso restringido al personal de la Administración pública (brigadas de limpieza, brigadas de parques y jardines, etc.).

b) La explotación de redes de comunicaciones electrónicas, utilizando las bandas de frecuencias atribuidas para uso común en interiores de edificios públicos (bibliotecas, museos, etc.), dirigidas a sus usuarios.

3. Los operadores públicos no deben realizar sus actividades de telecomunicaciones de forma tal que establezcan barreras de entrada a los operadores privados, ni provoquen la salida del mercado de estos por la imposibilidad de competir en igualdad de condiciones.

4. Las administraciones públicas deben llevar cuentas separadas con respecto a sus actividades como operadores de telecomunicaciones, y atenerse a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación, tal como señala el artículo 8.4 de la LGTel.

La separación contable se ha de concretar de la misma manera en la que se exigiría para empresas jurídicamente independientes: identificando todas las partidas de costes e ingresos, especificando la base de cálculo y los métodos de asignación utilizados, con un desglose pormenorizado del activo fijo y de los costes estructurales.

5. En cumplimiento de los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación, con carácter general las administraciones públicas no deberán favorecer, en el ejercicio de sus funciones públicas, sus propias actividades como operadores de telecomunicaciones en detrimento de los derechos del resto de los operadores privados que concurren o puedan concurrir con ellas en el mismo mercado.

a) En el escenario en el que una Administración pública tenga la intención de desplegar y explotar una red de comunicaciones electrónicas, estos principios se plasman mediante la apertura de un período de información pública, para que los distintos operadores que actúan en el mercado puedan manifestar su interés en establecer su propia red.

La información facilitada por la Administración dentro del periodo de información pública, debe contener el nivel de detalle suficiente (requisitos de conectividad, emplazamientos puestos a disposición por la Administración pública, servicios a prestar, etc.) para su análisis por los posibles agentes interesados, y deberá respetar, en la medida de lo posible, el principio de neutralidad tecnológica.

En el caso de que no se constate interés por parte de ningún operador privado en el despliegue y explotación de la red, la Administración pública podrá adoptar un papel activo, siendo ella la encargada de desplegar y explotar la red de comunicaciones electrónicas.

b) En el escenario en el que una Administración pública tenga la intención de prestar servicios de comunicaciones electrónicas a los usuarios finales, sobre su propia red, los principios anteriormente mencionados se plasman mediante la apertura del correspondiente concurso público. El citado concurso debe incorporar toda la información necesaria (requisitos de conectividad, emplazamientos puestos a disposición por la Administración pública, servicios a prestar, etc.) para su análisis por los posibles agentes interesados, y deberá respetar, en la medida de lo posible, el principio de neutralidad tecnológica. Adicionalmente, y siempre que sea posible, los proyectos deben contemplar un escenario en el que convivan varios prestadores de servicios.

Dicho concurso deberá ser resuelto en observancia a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. Para ello, los órganos de contratación darán a los licitadores un tratamiento de acuerdo con los principios de igualdad, no discriminación y transparencia.

En el caso de que dicho concurso resultase infructuoso, ya sea por falta de propuesta o por incumplimiento de los requisitos exigidos, la Administración pública podrá adoptar un papel activo, siendo ella la encargada de explotar y/o prestar los servicios de comunicaciones electrónicas.

6. Las administraciones públicas deberán formar sus ofertas de precios a los usuarios de servicios o redes públicas de comunicaciones electrónicas, de conformidad con las reglas que rigen los mercados en competencia. En consecuencia, deben aspirar a obtener un rendimiento normal, es decir, el que todo inversor privado en una economía de mercado trataría de obtener de su inversión de capital.

En este sentido, las administraciones públicas no pueden vender por debajo de coste en un mercado en competencia, a menos que se trate de una estrategia comercial asumible por cualquier operador privado sin recurrir a la financiación pública de las pérdidas.

Lo anterior es de aplicación tanto a los precios aplicados como a la financiación realizada/obtenida.

7. La financiación de la actividad como operador de comunicaciones electrónicas por parte de la Administración pública, deberá realizarse 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 el principio del inversor privado en una economía de mercado (también en lo que se refiere a la constitución de la sociedad), salvo que se cumplan los requisitos de compatibilidad de ayudas públicas. La financiación puede ser obtenida directamente de los ingresos provenientes de los usuarios o mediante otras fuentes (publicidad), siempre que estos fondos provengan de capital privado.

8. En los escenarios en los que una misma red es utilizada para proporcionar servicios en autoprestación y para prestar servicios a usuarios finales, bien sea de forma directa o indirecta, los costes deberán ser divididos de forma proporcional al consumo de recursos de cada actividad. En este escenario, únicamente los costes derivados de la prestación de los servicios en autoprestación podrán ser financiados con fondos públicos. Los otros costes incurridos por la explotación y prestación de servicios deberán ser recuperados tal como indica el punto 6 de la recomendación.

9. Las administraciones públicas que exploten redes de comunicaciones electrónicas, deberán proporcionar a los operadores de comunicaciones electrónicas

una oferta de servicios mayoristas que permita a estos últimos prestar, mediante la red explotada por la Administración pública, servicios de comunicaciones electrónicas, siempre que sea técnicamente posible y exista capacidad sobrante. Dicha oferta de servicios mayoristas debe observar los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación.

10. Cuando los servicios ofrecidos por la Administración pública se limitan exclusivamente a proporcionar a los usuarios un acceso restringido a las páginas de la Administración pública, sin permitir ningún tipo de acceso a páginas de otra índole, habida cuenta de que dicho servicio no colisiona ni es sustitutivo de los ofrecidos por los distintos operadores en el mercado, este podría ser ofrecido por las administraciones públicas en condiciones no sujetas a las reglas que rigen los mercados en competencia, siendo en este escenario legítima la financiación pública para la prestación de dicho servicio. En particular, este tipo de servicio podría ser ofrecido de forma gratuita.

11. Cuando los servicios ofrecidos por la Administración pública se enmarcan en un entorno en el que las necesidades de los usuarios de disponer del servicio ofertado por la Administración, mediante la explotación de estas redes, conexión de banda ancha en sus distintas modalidades (interior y exterior), no se encuentran cubiertas por la iniciativa privada, la Administración pública podrá ofrecer, mientras persista dicho fallo en el mercado, dichos servicios a unos precios similares a los que se obtendrían en un mercado en competencia, permitiendo incluso ofrecerlos por debajo de costes. En este escenario, se estima legítima la compensación de las posibles pérdidas mediante ayudas públicas.

12. Cualquier ayuda pública utilizada para el desarrollo de las actividades descritas, deberá ajustarse al régimen de ayudas de Estado previsto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, requiriéndose, en su caso, su notificación previa a la Comisión Europea. ■