



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 número 31/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 18 de septiembre de 2008, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el cual, en relación con la tramitación del procedimiento número **RO 2008/1350**, se aprueba el siguiente

### **INFORME EN RELACIÓN CON EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA EXPLOTACIÓN DE REDES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

#### **I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME**

El interés de los poderes públicos por la promoción de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas en España ha determinado que las cuestiones relativas al régimen jurídico aplicable a la explotación de redes de comunicaciones electrónicas y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas, y especialmente por las Entidades Locales, haya venido siendo, y lo sea aún, uno de los objetos más frecuentes de la actividad consultiva de esta Comisión.

Igualmente, varios han sido también los pronunciamientos que la CMT ha emitido en el ejercicio de sus funciones de salvaguarda de la competencia y de



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

establecimiento de obligaciones específicas a los operadores, cuyos sujetos destinatarios han sido Administraciones Públicas activas en estos ámbitos<sup>1</sup>.

La sistematización de estos pronunciamientos en un documento de manejo general, en la línea del Código de buenas prácticas de las AA.PP de fecha 14 de octubre de 2004, puede constituir una herramienta muy útil para la orientación de las iniciativas que las distintas Entidades prevean poner en marcha en lo que se refiere a los intereses públicos cuya protección corresponde a la CMT, todo ello sin perjuicio de los pronunciamientos que, en relación con cada concreto supuesto, pueda realizar este organismo.

### II. COMPETENCIA DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, 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 otra que legal o reglamentariamente se le atribuyan o le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Ciencia y Tecnología. Así, cabe destacar la función de *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por lo operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los prestadores de servicios”* (el artículo 48.3 e) de la LGTel).

Habida cuenta del interés de las Administraciones Públicas en la explotación de redes y/o prestación de servicios de comunicaciones a terceros y la repercusión que dicho interés puede tener en el mercado, esta Comisión emite el presente informe para expresar su parecer sobre aquellas cuestiones que afectan a la salvaguarda de la pluralidad de la oferta del servicio en aras a la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel.

---

<sup>1</sup> Se recogen en un anexo las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en las que se contestaba a consultas planteadas por diversas Administraciones Públicas que se han tomado como referencia para elaborar este informe.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### III. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPLOTACIÓN DE REDES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS.

Con carácter previo, cabe destacar que el artículo 149.1.21 de la Constitución Española reconoce expresamente la competencia en materia de telecomunicaciones como exclusiva de la Administración General del Estado.

El artículo 1 de la LGTel señala que el objeto de la misma es la regulación de las telecomunicaciones, que comprende la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y los recursos asociados, de conformidad con el artículo 149.1.21 de la Constitución Española.

Como ha señalado esta Comisión reiteradamente, tras la liberalización del sector de las telecomunicaciones culminado con la entrada en vigor de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (derogada por la vigente LGTel), el nuevo marco legal que rige la prestación de servicios y la explotación de redes de telecomunicaciones contempla estas actividades como servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia.

Precisamente, el artículo 2 de la LGTel establece que las telecomunicaciones se consideran servicio de interés general que se prestan en régimen de libre competencia, con excepción de los servicios que deba prestar el Estado en exclusiva cuando así lo justifiquen motivos de seguridad nacional y/o defensa civil, y del servicio universal

De conformidad con el artículo 90 del Tratado de Unión Europea por servicios de interés económico se designan a *“las actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general, y están por ello sometidas, por parte de los Estados miembros, a obligaciones específicas de servicio público. Este es el caso de los servicios en red de transportes, energía y comunicación.”*

A pesar de lo anterior, esta Comisión ha comprobado que un elevado número de Ayuntamientos consideran las comunicaciones electrónicas como un servicio de titularidad pública prestadas al amparo de un contrato administrativo (gestión de servicio público, suministro, etc.) en el que se recogen condiciones y obligaciones (a modo de ejemplo, imposición de las tarifas que el operador adjudicatario cobrará a los particulares, revisión de las tarifas, reversión a favor de la Administración de las obras realizadas por el adjudicatario para la prestación del servicio, otorgamiento de una concesión por un plazo de 25 años, etc.) que se circunscriben a las así previstas en la Ley 30/2007, de Contratos del sector público.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Procede señalar que este tipo de contratos administrativos resultan adecuados sólo para la gestión o suministro de un servicio público y no de servicios de interés general cuya titularidad no es ya pública y en cuya prestación no es posible imponer condiciones o limitar el número de operadores, más allá de los casos previstos en la legislación sectorial, aplicable.

Así, y por lo que se refiere en concreto al establecimiento de condiciones económicas por las Entidades Públicas, del régimen establecido en la LGTel y su normativa de desarrollo se deduce que estas actividades se prestan, por regla general, a cambio de la correspondiente remuneración económica por parte de los usuarios rigiendo el principio de libertad de precios. El principio de libertad de fijación de precios preside la relación económica entre los distintos operadores que actúan en el mercado, que únicamente se condiciona en los supuestos previstos por la normativa de telecomunicaciones (servicio universal, obligaciones a determinados operadores con peso significativo en el mercado,...).

Como ha señalado esta Comisión en la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de marzo de 2008, en relación con la imposición de los precios a cobrar por el operador a los usuarios finales:

*“A esta Comisión interesa señalar que la imposición por parte de las Administraciones de las condiciones, servicios y precios que el operador adjudicatario va a tener que garantizar supone, en última instancia, una limitación por parte de esa Administración de las condiciones para la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas más allá del ámbito de sus competencias<sup>2</sup>, limitación que supone una distorsión competitiva no compatible con el modelo abierto y liberalizado de prestación del servicio de comunicaciones electrónicas.*

*Llevado al extremo, la fijación por parte del Ayuntamiento de los precios podría suponer una fuente de ingresos públicos –en caso que el precio fijado fuera superior al competitivo- o, en caso contrario, esto es, la fijación de precios demasiado bajos (por debajo de costes, impidiendo la recuperación de la inversión) podría limitar la entrada de terceros operadores eficientes al mercado.*

*Cualquiera de las dos situaciones serían contrarias al ordenamiento jurídico puesto que distorsionarían de forma significativa las condiciones del mercado, ya que los precios fijados en el Pliego de Condiciones del Ayuntamiento no responden a la lógica competitiva del mercado, y en su*

---

<sup>2</sup> Que se circunscriben a la posibilidad de condicionar el uso del dominio público por cuestiones relativas a materia de medio ambiente, seguridad pública u ordenación urbana y territorial (art. 30.2 LGTel)



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*caso a lo establecido en la normativa ex ante o ex post. Así, y como ha señalado esta Comisión en anteriores ocasiones, las Administraciones no pueden exceder el ámbito de sus competencias e imponer más limitaciones que las que la normativa sectorial establece”.*

Como consecuencia de lo anterior, interesa destacar a esta Comisión que los Ayuntamientos no pueden convocar concursos públicos que tengan por finalidad formalizar contratos administrativos cuyo objeto sea la explotación de redes y/o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas como si fuesen servicios públicos de su competencia ya que dichas actividades (explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas) son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia cuya realización ha de respetar la normativa sectorial de telecomunicaciones que exige que la intervención de la Administración no distorsione la competencia y fomente la neutralidad tecnológica.

### **IV. EXPLOTACIÓN DE REDES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA LA SATISFACCIÓN DE SUS NECESIDADES. LA AUTOPRESTACIÓN.**

En primer lugar corresponde examinar aquellos supuestos en los que una Administración Pública explota redes o presta servicios de comunicaciones electrónicas que sólo son accesibles a los empleados de esa Administración como medio para llevar a cabo el ejercicio de funciones que le son propias, es decir, aquéllas que realiza dentro de su ámbito de actividad.

El artículo 6.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) establece que los interesados en la explotación de una 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. Sin embargo, el propio artículo 6.2 de la LGTel contempla una excepción al eximir de esta obligación a quienes exploten redes y presten servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación.

En el caso que estamos examinando, la Administración Pública explota una red de comunicaciones electrónicas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas que sirve a sus propios fines sin que tengan acceso terceros ajenos al titular de la red. Se trata de supuestos encuadrables en el concepto de autoprestación por lo que no será necesaria su notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para su inscripción en el Registro de Operadores de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 *in fine* de la LGTel.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ni la vigente LGTel ni la anterior Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones han definido expresamente el término “autoprestación” ni el alcance del mismo. Sin embargo, el artículo 6.1 y 7.3, específicamente para las Administraciones Públicas, de la derogada Ley General de Telecomunicaciones de 1998 (Ley 11/1998) al establecer los principios aplicables a esta actividad vino a definir el término “autoprestación” en contraposición al concepto de “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<sup>3</sup> 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»*.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Comisión a través de su Resolución de fecha 3 de julio de 2008 (RO 2008/435) en la que establece que el concepto de “autoprestación” es aplicable a los supuestos en los que una Administración Pública explote redes o preste *“servicios de comunicaciones electrónicas que por su naturaleza y por la vinculación de sus usuarios con los mismos sean necesarios para la satisfacción de los fines que le son propios”*.

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

Asimismo, en estos supuestos se podría entender como necesaria la exigencia de un requisito adicional que acreditara esta especial vinculación de los usuarios con el servicio, como por ejemplo el carné de la biblioteca, la presentación del Documento Nacional de Identidad,...

---

<sup>3</sup> Sentencia núm. 320/2004 dictada por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas en el Recurso núm. 387/2002. el recurso contencioso-administrativo se interpone contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ingenio de 4 de diciembre de 2002 por el que se aprueba la Ordenanza Urbanística reguladora de telecomunicaciones.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En esta línea, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones señaló en la Resolución de 16 de junio de 2005 en relación con la instalación de redes Wifi en bibliotecas de la Diputación de Barcelona que *“en el caso que nos ocupa, podemos concluir que los servicios que se van a soportar sobre estas redes no van a estar disponibles al público en general, ya que el ámbito de cobertura estará reducido al interior de los recintos de las bibliotecas y solo estarán disponibles para los usuarios que tengan carné de la biblioteca y que además dispongan de ordenadores portátiles compatibles. Por consiguiente, nos encontramos ante un supuesto de autoprestación y por tanto, no será necesario realizar la notificación a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel<sup>4</sup>”*.

En consecuencia, las Administraciones Públicas pueden prestar, en régimen de autoprestación, servicios de comunicaciones electrónicas a los ciudadanos en el interior de sus edificios o dependencias cuando tengan por finalidad satisfacer las necesidades propias del servicio, entendiéndose por tales, tanto las de sus trabajadores como las de los usuarios en relación con el contenido del propio servicio prestado, no siendo necesaria la inscripción de estas actividades en el Registro de operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

### **V. EXPLOTACIÓN DE REDES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A LOS CIUDADANOS.**

Frente a aquellos supuestos en que la Administración Pública instala redes para la realización de sus propias actividades por sus empleados, en ocasiones la instalación de las redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas se ofrece directamente a los ciudadanos.

Se recogen a continuación las consideraciones realizada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en relación con las siguientes cuestiones:

- 1.- Necesidad de inscripción en el Registro de operadores.
- 2.- Prestación de servicios a cambio de una contraprestación. Posibilidad de prestación de servicios gratuita.
- 3.- Referencia al carácter transitorio de la prestación gratuita.

#### **V.1. Necesidad de inscripción en el Registro de Operadores.**

---

<sup>4</sup> RO 2005/439



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En principio y con carácter general, la explotación de redes<sup>5</sup> y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas a terceros, es decir a los ciudadanos, se consideran actividades objeto de inscripción en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas cuya llevanza corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y, por tanto, no les es aplicable las consideraciones realizadas sobre la autoprestación.

En estos casos, las Administraciones Públicas deberán, con anterioridad al inicio de la actividad de explotación de redes o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, notificarlo fehacientemente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, incluyendo la información que se señala en el artículo 5 del 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 usuarios (en adelante, Reglamento de Prestación de Servicios) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 de la LGTel.

Pasando a examinar los supuestos concretos, se debe poner de relieve que la Comisión ha manifestado en diversas ocasiones la necesidad de notificar la explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas Wifi cuando se prestan a los ciudadanos por constituir redes públicas<sup>6</sup>, esto es, accesibles al público en general, a terceros.

Por lo que se refiere a los servicios de comunicaciones electrónicas, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha examinado en diversas consultas<sup>7</sup> dos tipos de servicios de comunicaciones electrónicas sobre los que las Administraciones Públicas se han mostrado más interesadas en ofrecer a los ciudadanos. De un lado, se ha planteado la posibilidad de prestar un servicio de acceso a Internet limitado a las páginas web municipales o de distintas Administraciones Públicas, generalmente mediante tecnología Wifi, y por otro, en ocasiones se ha consultado la posible oferta de un servicio de acceso general a Internet que normalmente suele estar sujeto a algún tipo de restricción como por ejemplo limitado a los servicios básicos (navegación web, correo y chat) o por un tiempo reducido por usuario y día (habitualmente entre una hora y dos horas).

Los servicios descritos constituyen servicios de comunicaciones electrónicas de transmisión de datos. El primero, en el que se limita el acceso a las páginas de Administraciones Públicas, se denomina "*Acceso a bases de datos*" y el

---

<sup>5</sup> Debe tenerse en cuenta que el concepto de explotación de una red de comunicaciones electrónicas no debe limitarse al aprovechamiento de la misma, sino que, de conformidad con lo dispuesto en el punto 13 del Anexo II de la LGTel, se extiende a "*la creación, el aprovechamiento, el control o la puesta a disposición*" de dicha red.

<sup>6</sup> RO 2003/622, RO 2007/509.

<sup>7</sup> RO 2007/1339, RO 2008/435, RO 2008/594.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

segundo, en el que se permite el acceso general a Internet, se inscribe como “Acceso a Internet”.

En ambos casos, esta Comisión ha señalado que se excluye la autoprestación puesto que se prestan servicios de comunicaciones electrónicas al público en general (a terceros) y, por tanto, será necesario notificar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la prestación de los servicios de conformidad con el artículo 6.2 de la LGTel, aún cuando se establezca un procedimiento que asigne usuario y contraseña a todo ciudadano que lo solicite y se limite la navegación por Internet a un breve periodo de tiempo.

### **V.2. Prestación de servicios a cambio de una contraprestación. Posibilidad de prestación gratuita.**

Además de los supuestos examinados en los que la explotación de la red o la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas se realiza en régimen de autoprestación por lo que no es necesaria la inscripción en el Registro de operadores y, por tanto, pueden ser prestados de forma gratuita, corresponde ahora, en relación con los supuestos en los que será necesaria la notificación para su inscripción en el Registro de operadores por la Administración Pública, el examen de los servicios de comunicaciones electrónicas que se pueden ofrecer a los usuarios con carácter gratuito, así como el de aquéllos en los que se exigirá a cambio de una contraprestación económica.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se ha pronunciado al respecto en múltiples ocasiones recordando que la legislación de telecomunicaciones establece, de forma general, el principio de libertad en la fijación de precios por los operadores. No obstante lo anterior, la aplicación de tal principio ha de ejercerse con respeto al mantenimiento de las reglas de la libre competencia, debiendo esta Comisión intervenir en aquellos casos en los que el ejercicio del derecho a establecer libremente los precios por los operadores pueda distorsionar la libre competencia.

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

La prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas constituye una actividad liberalizada y no un servicio de titularidad pública. Una Administración, directamente o a través de un tercero, puede intervenir en el mercado de las telecomunicaciones como un agente económico más, compitiendo con el resto de operadores en la actividad de establecer y explotar redes o prestar servicios de telecomunicaciones.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 las actividades desarrolladas.

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, exigiendo a cambio la correspondiente remuneración.

Las Administraciones Públicas para el desempeño de su actividad como operadores 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.

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 que puedan distorsionar la libre competencia y que no estuvieran justificadas objetivamente. 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 competencia, dificultando su ocultación.

No obstante, 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*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*distorsión de la libre competencia, podrá imponer condiciones específicas a dichas entidades en la prestación de los servicios conforme al párrafo anterior” (el subrayado es nuestro).*

En función de que se exija o no contraprestación, la actividad en materia de comunicaciones electrónicas por una Administración Pública estará sujeta a las siguientes obligaciones:

a) **A cambio de una contraprestación:**

- Separación de cuentas.
- Respeto de los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación.
- Sujeción a las condiciones especiales que, en su caso, imponga la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para garantizar la no distorsión de la libre competencia.

b) **Gratuita.** Además del respeto a las condiciones establecidas para los supuestos de actividades realizadas a cambio de contraprestación económica, las Administraciones Públicas deberán:

- Comunicar previamente a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la voluntad de prestar el servicio de forma gratuita y la duración de la misma, dando así cumplimiento a las exigencias de comunicación y “*transitoriedad*” previstas en el artículo 4.1 del Reglamento de Prestación de Servicios.

Dicha comunicación podrá realizarse conjuntamente con la notificación de inicio de la prestación del servicio prevista en el artículo 6.2 de la LGTel o bien de forma separada, pero siempre antes del inicio de la actividad.

- Sujetarse a las condiciones específicas que, cuando la actividad afecte al mercado, esta Comisión imponga para la prestación de esos servicios en función de: (i) la importancia de los servicios prestados, (ii) la existencia en ese ámbito territorial de condiciones de mercado que permitan el acceso a dichos servicios o (iii) la distorsión de la libre competencia (artículo 4.1 del Reglamento de Prestación de Servicios).

Un supuesto concreto sobre el que ya se ha pronunciado la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el que se «*refiere a la utilización de una red inalámbrica (WIFI) por parte de un Ayuntamiento para prestar a sus ciudadanos, de forma gratuita, un servicio de “acceso a bases de datos”*»



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*(acceso a determinadas páginas web públicas), es conveniente recordar la doctrina de la Comisión Europea en este terreno (por todos véase la Decisión de la Comisión Europea, de 30 de mayo de 2005, en el caso de Ayuda de Estado nº NN 24/2007 –República Checa, sobre la Red inalámbrica del Municipio de Praga) en el sentido de que no constituye una ayuda de estado contraria al artículo 87 del Tratado de la Unión Europea el establecimiento y operación, por parte de la autoridad local, de una red radio que permita a todos los ciudadanos de las áreas de cobertura el tener **acceso gratuito** en banda ancha (usando su ordenadores portátiles, sus terminales móviles, ...) **limitado a las “websites” del sector público y a su contenido**»<sup>8</sup>.*

Para este caso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha considerado que si la Administración Pública cumple el requisito de la notificación de la intención de establecer una red WIFI con el fin de que sus ciudadanos puedan tener, de forma transitoria, acceso gratuito a servicios de información ciudadana que la misma entidad u otro organismo oficial quiera establecer, se tendrá presente esa doctrina y no se establecería ninguna de las condiciones previstas en el artículo 4.1 del Reglamento de Prestación de Servicios *in fine*<sup>9</sup>.

### V.3. Concepto de temporalidad de la prestación gratuita.

Por lo que se refiere a la delimitación de la duración del periodo transitorio previsto en el artículo 4.1 del Reglamento de Prestación de Servicios, se debe partir de que este requisito no se cumple limitando la prestación a un número de horas al día, sino que exige que se limite a un número determinado de días, es decir, que el servicio se preste por un año, unos meses, etc. En este mismo sentido, esta Comisión ha señalado que la transitoriedad *“se refiere al período en que estará disponible el servicio con carácter general y no a la concreta utilización que cada ciudadano pueda hacer del mismo. Por tanto el mero hecho de que el servicio descrito se ofrezca por tiempo restringido no supone el cumplimiento del requisito de la transitoriedad”*<sup>10</sup>.

Dado el elevado número de Entidades Locales que están notificando la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas con carácter gratuito, empieza a percibirse como necesario la delimitación de la duración de la transitoriedad.

El término *“transitoriedad”* utilizado por el artículo 4.1 del Reglamento de Prestación de Servicios constituye un concepto jurídico indeterminado. Este artículo junto con el artículo 8.4 de la LGTel otorgan a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones facultades para concretar la duración del periodo de prestación gratuita del servicio en base a la determinación de las condiciones

<sup>8</sup> RO 2007/1339.

<sup>9</sup> RO 2008/435.

<sup>10</sup> RO 2008/594.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que se pueden imponer en función de cómo afecte al mercado la actividad de comunicaciones electrónicas objeto de análisis.

Precisamente será la incidencia de la actividad de comunicaciones electrónicas desarrollada por las Administraciones Públicas en el mercado la que constituya el factor determinante de la actuación por esta Comisión. No puede tener la misma consideración la prestación de un servicio de acceso a Internet en una localidad donde presten este servicio múltiples operadores constatándose la existencia de competencia, que en un municipio aislado al que no llegue la banda ancha y no existan otros operadores que den ese servicio.

Por tanto, habrá que contemplar caso por caso las diferentes condiciones de prestación del servicio en el ámbito territorial concreto de que se trate para establecer la duración del periodo de prestación gratuita de los servicios de comunicaciones electrónicas de que se trate.

### VI. RÉGIMEN SANCIONADOR

De las distintas actividades descritas a lo largo de este informe, podría hablarse de tres tipos de conductas que constituyen infracciones tipificadas en la LGTel y, en consecuencia, su realización podría dar lugar a la apertura del correspondiente procedimiento sancionador y a la imposición de sanciones:

- a) Explotación de redes o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin haber sido notificadas a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.
- b) Prestación transitoria por las entidades locales de servicios de comunicaciones electrónicas de interés general sin contraprestación económica sin haber comunicado dicha circunstancia previamente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.
- c) Incumplimiento de las condiciones impuestas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a las Administraciones Públicas para garantizar la no distorsión de la libre competencia o por afectar la actividad al mercado (incumplimiento de las condiciones del art. 8.4 de la LGTel y 4.1 del Reglamento de Prestación de Servicios).

#### **VI.1. Explotación de redes o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin haberlos notificado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.**

El apartado 2 del artículo 6 de la LGTel establece como un requisito exigible para la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, que los interesados en la explotación de una determinada red o en la prestación de un determinado servicio de



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 se pretenda realizar.

A estos efectos, debe tenerse en cuenta el alcance legal del concepto de “*Servicio de comunicaciones electrónicas*”, que viene definido en el Anexo II de la Ley General de Telecomunicaciones, de la siguiente forma:

*“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...”*

El régimen legal actualmente en vigor que regula el procedimiento para adquirir la condición de operador está diseñado de tal forma que cualquier actividad que pueda ser encuadrada dentro de la definición anteriormente transcrita deberá ser objeto de la notificación previa a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel. Esto es así porque la habilitación para realizar estas actividades dimana directamente de la propia Ley y los interesados que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 6.1 de la Ley para constituirse en operadores sólo han de cumplir, de forma previa al inicio de la actividad, con la obligación de realizar la citada notificación en los términos señalados en el Reglamento de Prestación de Servicios.

Por tanto, la explotación de una red o la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas sin haber realizado la notificación prevista en el artículo 6.2 de la LGTel constituye una infracción administrativa tipificada en el artículo 53.t) de la LGTel que califica como infracción muy grave la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en la LGTel y su normativa de desarrollo.

A tal efecto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha tramitado 10 procedimientos sancionadores por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6.2 de la LGTel, de los cuales en tres resultaron infractores Ayuntamientos o sociedades mercantiles participadas en su totalidad por Administraciones Públicas<sup>11</sup>.

En la actualidad la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones está tramitando un total de 13 procedimientos sancionadores contra Ayuntamientos por el incumplimiento de la obligación de notificar fehacientemente con carácter previo el inicio de la actividad al amparo del artículo 6.2 de la LGTel.

<sup>11</sup> RO 2004/57, RO 2004/412, RO 2005/1401.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **VI.2. Prestación transitoria por las entidades locales de servicios de comunicaciones electrónicas de interés general sin contraprestación económica sin haber comunicado dicha circunstancia previamente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.**

El artículo 4.1 del Reglamento de Prestación de Servicios obliga a comunicar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad al inicio de la actividad, la prestación transitoria por las entidades locales a sus ciudadanos de servicios de comunicaciones electrónicas de interés general sin contraprestación económica.

El artículo 4 del Reglamento de Prestación de Servicios titulado “*Requisitos generales*” se encuadra dentro del capítulo I del título II bajo el epígrafe “*Régimen general de explotación de redes y de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas*”. Por tanto, la exigencia de comunicación previa a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de la prestación transitoria por las entidades locales a sus ciudadanos de servicios de comunicaciones electrónicas de interés general sin contraprestación económica constituye un requisito exigible para que las entidades locales desarrollen esta actividad.

En consecuencia, la falta de esta notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones constituye una infracción establecida en el artículo 53.t) que califica como muy grave “*la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta ley y su normativa de desarrollo*”.

### **VI.3. Incumplimiento de las condiciones impuestas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a las Administraciones Públicas para garantizar la no distorsión de la libre competencia o por afectar la actividad al mercado de las telecomunicaciones (incumplimiento de las condiciones del art. 8.4 de la LGTel y 4.1 del Reglamento de Prestación de Servicios).**

El artículo 8 de la LGTel, denominado “*condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas*”, recoge en su apartado 4 las condiciones aplicables a las Administraciones públicas que, directamente o a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente, exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas, que son:



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a) Separación de cuentas y respeto a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación.

El incumplimiento de estas condiciones constituye la comisión de una infracción tipificada en el artículo 54 letra p) de la LGTel como infracción grave, pudiendo calificarse como infracción muy grave si concurren los requisitos de gravedad o reiteración de conformidad con lo dispuesto en la letra s) del artículo 53 de la LGTel que tipifica como infracción muy grave “*el incumplimiento grave o reiterado por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas*”.

b) “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia”.

En el caso de que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acuerde imponer condiciones especiales a las Administraciones Públicas para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a través de una resolución, el incumplimiento de las mismas supondrá la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel por incumplimiento de una resolución adoptada por al Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

Asimismo, al constituir estas condiciones “*condiciones para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas*”, les resulta aplicable 53.s) y 54.p) de la LGTel, en cuyo caso procedería aplicar la regla del concurso de normas que permite, ante la aparente existencia de dos preceptos infringidos por un mismo hecho, la concreción de la norma aplicable (artículo 53.s) o 53.r). En este supuesto ante la concurrencia de leyes sancionadoras, habría de darse preferencia al precepto especial que a su vez es más complejo que, en este caso, se corresponde con el artículo 53.s) en el que se tipifica el incumplimiento de las *condiciones para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas*.

c) Condiciones especiales que se impongan a las entidades locales que presten el servicio de comunicaciones electrónicas de carácter gratuito.

Por último, queda por examinar el incumplimiento de las condiciones específicas que se impongan a las entidades locales que presten el servicio de comunicaciones electrónicas de carácter gratuito por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 4.1 párrafo tercero del Reglamento de Prestación de Servicios).

El incumplimiento por las entidades locales que presten el servicio de comunicaciones electrónicas de las condiciones específicas impuestas por la



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en virtud de lo previsto en el artículo 4.1 párrafo tercero del Reglamento de Prestación de Servicios supone, al igual que en el caso anterior, la comisión de una infracción muy grave del artículo 53.s) por incumplimiento de las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

### VI.4. Sanciones.

De conformidad con el artículo 58 de la LGTel, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene la competencia sancionadora para conocer las referidas infracciones muy graves, de los artículos 53 r), s), así como de la infracción grave tipificada en el artículo 54 p) de la LGTel.

El artículo 56 de la LGTel prevé que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer por la comisión de las mencionadas infracciones las siguientes sanciones:

a) Infracciones muy graves (artículo 53 s) y t) LGTel.

Por la comisión de las infracciones muy graves tipificadas en el artículo 53 r) y t) LGTel, se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción.

En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de dos millones de euros.

Las infracciones muy graves, en función de sus circunstancias, podrán dar lugar a la inhabilitación hasta de cinco años del operador para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

b) Infracción grave (artículo 54 p) LGTel.

Por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 54 p), se impondrá multa por importe de hasta el duplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones que constituyan aquéllas o, en caso de que no resulte aplicable este criterio, el límite máximo de la sanción será de 500.000 euros.

La infracción grave, en función de sus circunstancias, podrá llevar aparejada amonestación pública, con publicación en el *Boletín Oficial del Estado* y en dos periódicos de difusión nacional, una vez que la resolución sancionadora tenga carácter firme.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En todo caso, la cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta, además de lo previsto en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo siguiente:

- a. La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.
- b. La repercusión social de las infracciones.
- c. El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.
- d. El daño causado.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera