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 29/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 10 de septiembre de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se da contestación a la consulta formulada por la Mancomunidad Intermunicipal del Sureste de Gran Canaria sobre distintos aspectos de la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (RO 2009/846)

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de mayo de 2009, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito del Presidente de la **MANCOMUNIDAD INTERMUNICIPAL DEL SURESTE DE GRAN CANARIA**, en el que formula una consulta sobre diversas cuestiones en relación con la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas de acceso a Internet mediante tecnología Wi-Fi.

En concreto, en primer lugar la Mancomunidad formada por el Ayuntamiento de la Villa de Ingenio, el Ayuntamiento de la Villa de Agüimes y el Ayuntamiento de Santa Lucía plantea a esta Comisión la posibilidad de llevar a cabo un procedimiento abierto para la obtención de una concesión administrativa que autorice al futuro concesionario el uso de determinadas farolas para la instalación de transceptores de una red Wi-Fi en dichos municipios.

Asimismo, la Mancomunidad está interesada en conocer la posibilidad de exigir un canon al futuro concesionario por el uso de estas farolas y si esta medida afecta al derecho de los operadores al uso del dominio público.

En segundo lugar, la Mancomunidad plantea diversas cuestiones en relación con la red Wi-Fi a instalar, en concreto las siguientes:

- Posibilidad de que la Mancomunidad licite la contratación de un proyecto técnico de instalación y montaje de una red inalámbrica Wi-Fi que proporcione cobertura a los tres municipios que la integran asumiendo la Mancomunidad la gestión y explotación de la red (titularidad).

- Posibilidad de que la Mancomunidad preste el servicio de acceso a Internet de la futura red inalámbrica y procedimiento a llevar a cabo.

- Posibilidad de que la Mancomunidad de acceso gratuito a las páginas Webs municipales en todo el territorio de la Mancomunidad a los futuros abonados.

SEGUNDO.- Por no resultar clara la consulta planteada ante esta Comisión, con fecha 23 de junio de 2009 mediante escrito del Secretario se solicitó determinada información a la Mancomunidad del Sureste de Gran Canaria para que aclarara los supuestos en los cuales solicitaba asesoramiento con las particularidades de cada uno de ellos.

Con fecha 8 de julio de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la Mancomunidad del Sureste de Gran Canaria por el cual daba contestación a las cuestiones planteadas. En concreto, manifestó lo siguiente:

- Que en el caso de llevar a cabo un procedimiento abierto para la concesión administrativa por el uso de farolas municipales para la instalación de transceptores para una red Wi-Fi, el adjudicatario sería el titular de la red así como el responsable de la instalación y montaje de la red Wi-Fi.

- Que en caso de licitar la contratación del proyecto técnico de instalación y montaje de la red inalámbrica Wi-Fi, el adjudicatario prestaría además el servicio de comunicaciones electrónicas, siendo el titular de la red la propia Mancomunidad.

TERCERO.- Los Ayuntamientos que integran la Mancomunidad que plantean la presente consulta no están inscritos en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas cuya llevanza corresponde a esta Comisión, por tanto, no son operadores de telecomunicaciones.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial 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 (en adelante, LGTel), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene por objeto *"el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos"*. Para el cumplimiento de este objeto, la Ley atribuye a esta Comisión determinadas funciones, además de cualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Concretamente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.3 h) de la LGTel, la Comisión podrá asesorar a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones locales, a petición de los órganos competentes de cada una de ellas, en relación con el ejercicio de competencias propias de dichas Administraciones públicas que entren en relación con la competencia estatal en materia de telecomunicaciones.

SEGUNDO.- Análisis de las cuestiones planteadas por la Mancomunidad Intermunicipal del Sureste de Gran Canaria.

II.1 RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL SOBRE EL DERECHO DE LOS OPERADORES A LA OCUPACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

La actual LGTel, siguiendo el marco normativo europeo de comunicaciones electrónicas, califica en su artículo 2 las telecomunicaciones como servicios de interés general, esta consideración conlleva, entre otras, a que a los operadores de comunicaciones electrónicas les son exigibles el cumplimiento de determinadas obligaciones –principalmente recogidas en el Capítulo I de la LGTel- y les son reconocidos determinados derechos, entre los que destacan a efectos de esta Resolución, los recogidos en el Capítulo II del título III de la LGTel sobre los *"Derechos de los operadores a la ocupación del dominio público, a ser beneficiario en el procedimiento de expropiación y al establecimiento a su favor de servidumbres y de limitaciones a la propiedad"* y más concretamente en los artículos 26, 28 y 29.

En este sentido, el artículo 26.1 de la LGTel y el 57 del Reglamento de Servicio Universal reconocen el derecho de los operadores a la ocupación del dominio público en la medida en que ello sea necesario para el establecimiento de la red pública de comunicaciones electrónicas.

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).

Los citados artículos establecen que, además de lo recogido en la normativa sectorial, para la ocupación del dominio público se tendrá que tener en cuenta la normativa específica relativa a la gestión del dominio público de que se trate. En esta consideración, la Administración titular del mismo podrá imponer condiciones al ejercicio de este derecho únicamente fundamentadas en razones de medio ambiente, la salud pública, la seguridad pública, la defensa nacional o la ordenación urbana y territorial, debiendo ser la entidad de la limitación del ejercicio de este derecho proporcionada en relación con el interés público a salvaguardar.

Del contenido de estos preceptos, y más concretamente del 29, se debe concluir, que aun cuando el titulo de este artículo sea "*limites de la normativa a que se refiere el artículo anterior"* no nos encontramos ante un precepto que *per se* habilita a la Administraciones a coartar el ejercicio de este derecho a los operadores, sino más bien lo contrario, es decir, la limitación de ese derecho es algo excepcional y únicamente por las razones previstas en la Ley. De hecho, este precepto comienza asentando que la normativa que puede ser aducida para imponer condiciones *"deberá, en todo caso, reconocer el derecho de ocupación del dominio público o la propiedad privada para el despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas".*

Asimismo se establece en dicho artículo que estas condiciones o límites no podrán implicar nunca restricciones absolutas al derecho de ocupación del dominio público y privado por los

operadores, siendo ésta la doctrina que ha asentado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de marzo de 2000:

> *"(...) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede traducirse, en ningún caso, en restricciones absolutas al derecho de los operadores al uso u ocupación del dominio público municipal, ni siquiera en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas. Por ello, puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar."*

Por tanto, la regla general es que los operadores tienen derecho a la ocupación del dominio público. Si bien, para el ejercicio de este derecho se debe tener en cuenta la normativa propia de las Administraciones titulares del espacio físico, la imposición de condiciones al ejercicio de este derecho a los operadores por las Administraciones debe ser excepcional y estar suficientemente justificado por los requisitos establecidos en la LGTel, todo ello bajo el principio de proporcionalidad entre la entidad de la limitación y el interés público a proteger.

En consecuencia, en el caso que, y justificado en los motivos anteriormente establecidos, la Administración titular del dominio público impusiera una condición que pudiera implicar la imposibilidad, por falta de alternativas, de llevar a cabo la ocupación del dominio público o la propiedad privada, el establecimiento de dicha condición deberá ir acompañado de las medidas necesarias, entre ellas, el uso compartido de infraestructuras, para garantizar el derecho de ocupación de los operadores y su ejercicio en condiciones de igualdad.

II.2 RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL APLICABLE A LAS ENTIDADES LOCALES EN CUANTO QUE OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES

La prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas constituye, tal y como ya se ha manifestado por esta Comisión en otras ocasiones[1], una actividad liberalizada y no un servicio de titularidad pública. Un Ayuntamiento, 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.

[1] Entre otras: Resolución de 18 de septiembre de 2008 por la que se aprueba el informe en relación con el régimen jurídico aplicable a la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas, Resolución de 3 de julio de 2008 por la que se da contestación a la consulta planteada por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife sobre la necesidad de inscribirse como operador para la prestación del servicio de acceso a Internet, así como la posible gratuidad del servicio (RO 2008/435), Resolución de 23 de julio de 2008 por la que se da contestación a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Málaga sobre la necesidad de constituirse en operador para la prestación del servicio de acceso a Internet, así como sobre la posible gratuidad del servicio (RO 2008/594), Resolución por la que se da contestación a la consulta formulada por el Instituto Municipal de Informática sobre si la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso a Internet en determinados centros puede considerarse incluida en el régimen de autoprestación (RO 2009/193).

En este caso, su actividad estará sometida tanto a la normativa sectorial de las telecomunicaciones como al resto de la normativa reguladora de la libre competencia que pueda ser de aplicación a estas actividades desarrolladas por los Ayuntamientos.

Por ello, las Corporaciones Locales, dada su condición de 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.

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.

Con carácter general, 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.

No obstante, el régimen general apuntado, es decir, la exigencia de contraprestación económica por los servicios de comunicaciones electrónicas prestados por una Entidad local, admite una excepción recogida en el artículo 4.1 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril (en adelante, Reglamento de Prestación de Servicios) en el que se dispone que:

> *«La prestación transitoria por las entidades locales a sus ciudadanos de servicios de comunicaciones electrónicas de interés general sin contraprestación económica*[2] *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*».

Por lo que se refiere a los requisitos a los que deberán sujetar su actuación en el ámbito de las comunicaciones electrónicas las Administraciones Públicas, como ha señalado la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la Resolución de 18 de septiembre de 2008[3], la explotación de red o la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas por una Administración Pública *"estará sujeta a las siguientes obligaciones:*

[2] El subrayado es nuestro.

[3] Resolución por la que se aprueba el *"Informe en relación con el régimen jurídico aplicable a la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas".*

a) [Explotación de redes o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas] ***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) [Explotación de redes o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas] ***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)"*

II.3 ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS POR LA MANCOMUNIDAD INTERMUNICIPAL DEL SURESTE DE GRAN CANARIA

En atención a los escritos presentados por la Mancomunidad Intermunicipal del Sureste de Gran Canaria la consulta parece referirse a tres posibles escenarios en los que dicha Mancomunidad actuaría de diferente manera y no de forma complementaria. En base a estos tres escenarios, esta Comisión procederá a dar contestación a las cuestiones planteadas.

a) Primer escenario: sobre el posible sometimiento a concurso público del uso de farolas municipales para la instalación de una red Wi-Fi descrito por la Mancomunidad Intermunicipal del Sureste de Gran Canaria y la exigencia de un posible canon

La Mancomunidad formada por el Ayuntamiento de la Villa de Ingenio, el Ayuntamiento de la Villa de Agüimes y el Ayuntamiento de Santa Lucía plantea a esta Comisión la posibilidad o no de llevar a cabo un procedimiento abierto para la obtención de una concesión administrativa que autorice al futuro concesionario el uso de determinadas farolas para la instalación de transceptores de una red Wi-Fi en dichos municipios. Posteriormente, la Mancomunidad aclara que en este supuesto dicho Consistorio no tendría intención de explotar el servicio de comunicaciones electrónicas, siendo el futuro adjudicatario el encargado del montaje e instalación de la red Wi-Fi en las farolas municipales así como de la explotación de la red.

Asimismo, la Mancomunidad está interesada en conocer la posibilidad de exigir un canon al futuro concesionario por la prestación del servicio señalado.

Respecto a la primera cuestión relativa a la instalación de transceptores para explotar una red Wi-Fi, cabe señalar tal y como esta Comisión ha manifestado en anteriores ocasiones que existe un gran interés en fomentar y respaldar las iniciativas de las Administraciones Públicas en la utilización del dominio público en términos generales, y más concretamente, aquél que por la naturaleza de su creación no fue concebido para abarcar redes de comunicaciones electrónicas.

La ocupación del dominio público, así como el uso compartido de infraestructuras que, en principio, no estaban destinadas a las comunicaciones electrónicas supone una ventaja fundamental desde el punto de vista del mercado, pues genera la posibilidad de que la mayoría de operadores puedan ejercer su derecho a la ocupación y desplegar su propia red derivando de todo ello un mayor número de agentes en el mercado y por tanto, mayores alternativas y competencia para el usuario final. Asimismo, dicha ocupación tendría resultados positivos, pues desde el punto de vista de la ordenación territorial, el fomento del uso de este tipo de infraestructuras (instalación de transceptores en las farolas municipales) por parte de las Administraciones conlleva a una mayor armonía en el entramado de derechos y obras existentes en los territorios competentes.

No obstante, este tipo de medidas deben establecerse dentro del ámbito jurídico propio de los servicios de comunicaciones electrónicas, es decir, se debe partir del hecho de que estos servicios son servicios de interés general de titularidad estatal de los que deriva el derecho de los operadores a la ocupación del dominio público, y cuya limitación por las Administraciones, como anteriormente se ha mencionado, sólo cabe en supuestos tasados y auspiciado bajo el principio de proporcionalidad.

Es por ello, que resulta necesario analizar si el adjudicatario de un concurso que permita únicamente a éste obtener el derecho al uso del dominio público de parte del alumbrado del municipio, tal y como plantea la consulta, puede suponer una restricción al derecho de ocupación del dominio público del resto de operadores.

Como se ha establecido anteriormente, el derecho de los operadores a ocupar el domino público está reconocido por la normativa de comunicaciones electrónicas, concretamente en la LGTel. Este derecho no puede ser coartado por las Administraciones Públicas titulares del domino público *per se*, sino que solamente podrá verse limitado por los criterios del artículo 29.1.a), no pudiendo suponer tales limitaciones nunca una restricción absoluta al derecho de la ocupación del dominio público.

En este sentido, se debe señalar que si bien se pretende realizar por la Mancomunidad Intermunicipal un procedimiento abierto de adjudicación de una concesión administrativa por la que se dotará en exclusiva al adjudicatario de la ocupación de parte del dominio público durante un determinado periodo, dicho procedimiento podría suponer en realidad una negativa *de facto* al resto de operadores al uso de ese dominio público, pudiendo dicha negativa llegar a ser considerada como una restricción carente de justificación objetiva, contraria al derecho de ocupación de bienes demaniales que recoge tanto el artículo 26 como el 29 de la LGTel.

Llegados a este punto resultaría necesario analizar cual sería el procedimiento correcto que debería llevar a cabo la Mancomunidad Intermunicipal para usar el domino público del alumbrado de los municipios integrantes de la misma.

El artículo 28 de la LGTel recoge literalmente respecto de la normativa aplicable a la ocupación del domino público y la propiedad privada, que deberá utilizarse como título jurídico para la ocupación del dominio público la autorización, señalando en su apartado primero que *"en la autorización de ocupación del dominio público será de aplicación, además de lo previsto en esta ley, la normativa específica relativa a la gestión del domino público concreto de que se trate y la regulación dictada por su titular en aspectos relativos a su protección y gestión".*

Es decir, cuando los operadores soliciten el ejercicio de su derecho de ocupación del domino público, la Administración competente debe conceder la consiguiente autorización al operador para poder ejercitar este derecho, y en caso de que no se otorgue este título habilitante por las condiciones establecidas en el artículo 29 de la LGTel, deberá declarar el uso compartido de las infraestructuras conforme a lo establecido en el artículo 30 de la misma norma.

Tal y como ya se ha estudiado en otras Resoluciones de esta Comisión[4] mientras que las concesiones administrativas suponen un reconocimiento de derechos que previamente el administrado no ostenta, las autorizaciones tienen como misión la declaración del ejercicio de ese derecho que el administrado ya tiene reconocido. En el caso concreto de las comunicaciones electrónicas, la LGTel expresamente reconoce este derecho al uso del dominio público a los operadores, y por ello opta por establecer expresamente la figura de la autorización para su disfrute.

De esta manera, la propia LGTel ha querido determinar qué tipo de título administrativo necesitarán los operadores para el uso del dominio público, concretándose éste en el de la autorización.

Es por ello, que la licitación para la ocupación del dominio público no puede vincularse tal y como pretende la Mancomunidad Intermunicipal del Sureste de Gran Canaria a concurso puesto que, una vez aclarada la naturaleza del título habilitante de la Administración competente (autorización), no puede condicionarse la misma a un procedimiento de concurrencia donde al final haya únicamente un adjudicatario, puesto que esta situación soslayaría el derecho de los operadores a la ocupación del dominio público.

En este sentido se pronunció esta Comisión[5] al establecer que *"estas autorizaciones de uso no se otorgarán mediante concurso, sino de forma directa a todos los operadores de telecomunicaciones debidamente habilitado […]".*

En conclusión, el ejercicio del derecho a la ocupación del dominio público no puede realizase vía concurso, pues iría en contra de la propia naturaleza de las autorizaciones y del derecho de los operadores a ocupar bienes demaniales, por tanto, su adjudicación debería ser directa vía autorización.

Por otro lado, y teniendo en cuenta que el futuro autorizado será el encargado de explotar la red Wi-Fi instalada, tal y como manifiesta la Mancomunidad Intermunicipal, el autorizado deberá tener la condición de operador antes de iniciar dicha actividad.

[4] Resolución por la que se da contestación a la consulta planteada por Cableuropa, S.A.U. sobre la adecuación del pliego de claúsulas administrativas y económicas del concurso convocado por el Excmo. Ayuntamiento de Mérida al marco regulatorio vigente de comunicaciones electrónicas (RO 2007/663).

[5] Resolución de 15 de febrero de 2001, por la que se da contestación a la consulta planteada por Mediterránea Norte Sistemas de Cable, S.A. y Mediterránea Sur Sistemas de Cable S.A. acerca de la ocupación del domino público local con el objeto de instalar redes públicas de telecomunicaciones.

Por último, quedaría por dar respuesta a lo planteado por la Mancomunidad Intermunicipal del Sureste de Gran Canaria respecto del canon que pretende exigir la Administración y que debería satisfacer el futuro concesionario.

El Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo de, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, Ley de Haciendas Locales), establece en su artículo 24.1.c) que el *"importe de las tasas previstas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local ser fijará de acuerdo con las siguientes reglas: c) cuando se trate de tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquéllas consistirá, en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal la referidas empresas".*

Como ha señalado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de julio de 2007 *"[…] El párrafo tercero del artículo 24.1.c) LRHL sólo excluye de su ámbito de aplicación los servicios de telefonía móvil, por lo que no existe ningún impedimento para que las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones (excepción hecha del régimen especial de compensación de Telefónica de España, SA) queden sometidas a la tasa del 1,5%, y máxime a la luz de las sentencias de este Tribunal de fechas 9,10 y 18 de mayo de 2005, en las que se ha entendido que todas las empresas de suministro de electricidad, gas, telecomunicaciones, agua y otros servicios que utilicen o disfruten del dominio público local con líneas, canalizaciones, redes etc, en su vuelo, suelo o subsuelo, con independencia de que sean titulares o no de aquellos soportes a través de los que se realiza el suministro y con independencia de que éste afecte a la generalidad o no del vecindario.*

[…]Como tuvo ocasión de señalar esta Sala en la reciente Sentencia de 18 de junio de 2007, […] la utilización privativa o aprovechamiento especial se refiere específicamente al suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, cuantificable en el 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas […]".

Por lo tanto, y según establece la jurisprudencia al respecto, la tasa por aprovechamiento especial constituida en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas suministradoras de servicios de telecomunicaciones, tal y como es el presente caso, será la establecida en el artículo 24.1 c) de la Ley de Haciendas Locales y no cualquier otra que pretendan establecer dichos municipios.

Tal y como se establece en el artículo 23.1.a) del la Ley de Haciendas Locales la condición de sujeto pasivo sólo exige que disfruten, utilicen o aprovechen especialmente el dominio público local en beneficio particular, por lo que cualquiera que sea la forma en que se conciban las relaciones entre los titulares de las redes y quienes ostentan derechos de acceso con el dominio público se traduce en la sujeción a la tasa descrita.

b) Segundo escenario: sobre la posibilidad de que la Mancomunidad Intermunicipal licite la contratación del proyecto técnico de instalación y montaje de una red inalámbrica Wi-Fi asumiendo la Mancomunidad Intermunicipal la gestión y explotación de la red.

Respecto a la posibilidad de que la Mancomunidad Intermunicipal licite la contratación del proyecto técnico de instalación y montaje de una red inalámbrica Wi-Fi asumiendo ella misma la gestión y explotación de la red, no existe impedimento alguno para llevarla a cabo siempre que se atenga a lo establecido en la normativa sectorial, tal y como se ha señalado anteriormente.

Esta normativa no impone una determinada forma jurídica para ser operador y permite que las Administraciones Públicas elijan la forma de ofertar el servicio a los ciudadanos siempre que se excluya el carácter de servicio público y, por el contrario, se le caracterice como un servicio de interés general que se presta en régimen de libre competencia.

Según la información aportada en el escrito presentado por la Mancomunidad Intermunicipal, en el supuesto que nos ocupa se pretende establecer una red que va a ser utilizada para prestar el servicio de acceso a Internet a los particulares. Se trata, por tanto, de una red pública de comunicaciones electrónicas.

En este sentido tal y como hemos señalado anteriormente, el artículo 6.2 de la LGTel establece que los interesados en la explotación de una determinada red deberán, con anterioridad al inicio de la actividad, notificarlo fehacientemente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Siendo el titular de la red la Mancomunidad formada por tres Municipios, ésta deberá notificar de forma fehaciente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la intención de explotar una red de comunicaciones electrónicas en los mismos, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 6.2 de la LGTel, procediendo a su inscripción en el Registro de Operadores.

Por otro lado, según se desprende del escrito de 2 de julio de 2009 remitido a esta Comisión, la instalación y montaje de la red así como la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas se llevarían a cabo por un tercer adjudicatario, el cual deberá asimismo estar inscrito en el Registro de Operadores en base a lo establecido en el artículo 6.2 de la LGTel.

c) Tercer escenario: sobre la posibilidad de que la Mancomunidad Intermunicipal preste el servicio de acceso a Internet de la futura red inalámbrica y el procedimiento para llevarlo a cabo.

A pesar de que en el escrito aclaratorio de 2 de julio de 2009 la Mancomunidad del Sureste de Gran Canaria señalaba que el titular de la red inalámbrica sería ella misma y el servicio de comunicaciones electrónicas sería prestado por un tercero (tal y como y se ha estudiado en el apartado anterior), de acuerdo con el escrito de 14 de mayo de 2009 presentado por la Mancomunidad Intermunicipal, se plantea un nuevo escenario en el que parece ser que la prestación del servicio de acceso a Internet sería prestado por la Mancomunidad.

En este caso, cabe señalar que el servicio de Proveedor de acceso a Internet es un servicio de comunicaciones electrónicas consistente en la transmisión de datos, pudiendo ser ofrecido el mismo como servicio disponible para el público o en régimen de autoprestación.

La prestación del servicio general de Proveedor de acceso a Internet se considera como autoprestación en aquellos supuestos en que dicha prestación sea necesaria o complementaria para satisfacer las necesidades de los servicios municipales prestados en tales ubicaciones. En consecuencia, la prestación del servicio general de acceso a Internet

en bibliotecas, centros culturales y centros de fomento de actividades sociales y culturales, en los espacios y para las actividades destinados a cursos o funciones educativo-culturales, se considera autoprestación y, por tanto, no está sujeta al régimen de notificación de la Ley General de Telecomunicaciones.

Fuera de los supuestos anteriores, la prestación del servicio de acceso general a Internet no se encuadra en el régimen de exención de la autoprestación toda vez que no se constata que la prestación de dicho servicio sea necesaria o complementaria para satisfacer las necesidades de los servicios municipales prestados en tales dependencias. En estos supuestos, la prestación del servicio general de acceso a Internet implica prestar un servicio de comunicaciones electrónicas disponible al público, lo que supone que la red sobre la que se prestan los mismos será una red pública de comunicaciones electrónicas, en el sentido del apartado 26 del Anexo de la LGTel, debiendo estar inscrito el interesado en prestar dicho servicio en el Registro de Operadores de esta Comisión.

Por último, la Mancomunidad Intermunicipal del Sureste de Gran Canaria se interesa por el servicio de acceso limitado a páginas web de las Administraciones Públicas, en relación con el cuál plantea *¿Puede la Mancomunidad dar acceso gratis en todo el territorio de la Mancomunidad a los futuros abonados, a las páginas web municipales?*

El servicio de transmisión de datos consistente en el acceso limitado a las páginas web municipales o a las de distintas Administraciones Públicas mediante tecnología Wi-Fi ha sido examinado por esta Comisión en diversas consultas[6]. Este servicio constituye un auténtico servicio de comunicaciones electrónicas de transmisión de datos que se presta al público en general (a terceros) y, por tanto, será necesario notificar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la prestación del servicio de conformidad con el artículo 6.2 de la LGTel, salvo en aquellos casos en los que se realice en régimen de autoprestación.

La Resolución de 6 de marzo de 2008 y más recientemente la Resolución de 5 de marzo de 2009 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones han dado contestación a la cuestión que plantea la Mancomunidad Intermunicipal del Sureste de Gran Canaria a cerca de la posible gratuidad del servicio de acceso a bases de datos, señalando que:

«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" (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****».*

Para este caso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha considerado que si la Administración Pública cumple el requisito de notificar su intención de establecer una red Wi-Fi y prestar el servicio de comunicaciones electrónicas de acceso a bases de datos con el fin de que sus ciudadanos puedan tener, sin límite temporal algunoacceso gratuito a

[6] RO 2007/1339, RO 2008/435, RO 2008/594.

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[7], previa comunicación de dicha circunstancia a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 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 presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.

[7] Resolución por la que se da contestación a la consulta planteada por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife sobre la necesidad de inscribirse como operador para la prestación del servicio de acceso a Internet, así como la posible gratuidad del servicio (RO 2008/435).