



ANEXO

RESPUESTA A LAS ALEGACIONES EFECTUADAS POR OPERADORES, INSTITUCIONES Y ASOCIACIONES

En el trámite de información pública efectuado en el marco de la tramitación del Anteproyecto de Circular efectuaron alegaciones un total de 15 entidades:

- Entidades públicas: Ayuntamiento de Barcelona, Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación (COIT), Consorcio Local Localret (LOCALRET), Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y Generalitat de Catalunya.
- Operadores de telecomunicaciones: Abertis Telecom, S.A.U. (ABERTIS), Colt Technology Services, S.A.U. (COLT), France Telecom España, S.A. (ORANGE), Fundació Privada per la Xarxa Oberta, Lliure i Neutral Guifi.net (GUIFINET), Let's Gowex, S.A. (GOWEX), Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles España, S.A.U. (ambas, TELEFÓNICA) y Vodafone España, S.A. (VODAFONE).
- Asociaciones y Fundaciones sectoriales: Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL), Asociación Española de Operadores de Telecomunicaciones (REDTEL) y Asociación Nacional de Operadores de Telecomunicaciones y Servicios de Internet (AOTEC).

Asimismo, han presentado informe a instancia de esta Comisión la Comisión Europea (Dirección General de Competencia), la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI), así como de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC).

1.- Alegaciones sobre el objeto, ámbito y alcance de la Circular (artículo Primero del Anteproyecto de Circular).

1.1.- Sobre el ámbito objetivo de la Circular.

La Generalitat de Catalunya, el Ayuntamiento de Barcelona, LOCALRET y COLT han alegado que mientras que en la consulta pública previa la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se limitaba a analizar el despliegue y explotación de redes inalámbricas "wifi" por las Administraciones Públicas (Expediente MTZ 2009/97), se ha ampliado el ámbito de la Circular a la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, sin diferenciar la tecnología ni la red soporte de unas y otros, lo cual, a su juicio, sería incongruente.

Por su parte, ORANGE aboga por el principio de neutralidad tecnológica, sin diferenciar por tecnologías de soporte de las redes o de los servicios.

A estas alegaciones hay que responder que el alcance material del Anteproyecto de la Circular en sus actuales términos es coherente con el principio de neutralidad tecnológica (artículo 3.f) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones) y se ha sometido a consulta pública, cumpliendo con el requisito



procedimental establecido en el artículo 26 del Reglamento de Régimen Interior de esta Comisión y en el artículo 86 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por lo que todos los interesados directos e indirectos han podido conocer todos los elementos de juicio que van a ser tenidos en cuenta y han podido efectuar alegaciones al texto del Anteproyecto. El informe previo y la consulta pública sobre las redes “wifi” no vincula en absoluto a esta Comisión a la hora de adoptar una Circular, sino que es simplemente un elemento de juicio más a la hora de tramitar el Anteproyecto, pero legalmente ni vincula ni restringe el alcance del mismo.

En cuanto a la alegación de ABERTIS sobre la necesidad de coordinar la Circular que se apruebe con el documento *“La actividad de las AAPP en el sector de las telecomunicaciones. Catálogo de buenas prácticas”* elaborado por esta Comisión en el año 2005, hay que responder que es un catálogo de recomendaciones, no una Resolución ni una Circular con efectos imperativos, y su contenido es compatible con el Anteproyecto de Circular objeto del presente Informe.

1.2.- Sobre el ámbito subjetivo de la Circular.

La CNC considera necesario ampliar el ámbito subjetivo de la Circular más allá de la participación mayoritaria en el capital. Señala que sería más adecuado utilizar el concepto de empresa pública contenido en el artículo 2.b) de la Directiva 2006/111/CE de la Comisión Europea de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, y propone aplicarlo a la Circular para ampliar su ámbito subjetivo a todas las empresas públicas en las que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen. ABERTIS, REDTEL y TELEFÓNICA, en la misma línea, proponen ampliar el ámbito subjetivo a las entidades en las que las Administraciones Públicas ejerzan un control efectivo.

COLT, sin embargo, propone extender el ámbito subjetivo a todas las sociedades y entidades participadas de alguna manera por Administraciones Públicas, sin perjuicio de que junto con VODAFONE entienden innecesaria la Circular porque la intervención de las Administraciones Públicas en el mercado distorsiona la competencia, por lo que debería ser residual y sólo se justificaría para dar acceso a sus propios servicios y en casos en los que se constate que los operadores privados no puedan atender la demanda (en zonas remotas).

Esta Comisión está de acuerdo con la propuesta de la CNC sobre la aplicación tanto el concepto de control societario establecido en el artículo 42.1 del Código de Comercio (al que se remite el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 24 de julio, del Mercado de Valores), como los conceptos de empresas públicas y de influencia dominante en las mismas definidos en el artículo 2.b) de la Directiva 2006/111/CE de la Comisión Europea de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas.

Sólo en aquellos casos en que se ostente la mayoría del capital, de los derechos de voto o del derecho a nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de administración, debe entenderse que se da la existencia de una participación otorga la



existencia de control efectivo o de influencia dominante; y que en los demás casos en los que no existe un control efectivo, en los que existe una mera presencia minoritaria y no decisiva ni de control directo ni indirecto de la sociedad en cuestión, no se aplicará la Circular.

Por lo tanto, se ha modificado el inciso y limitado el alcance de la Circular a las Administraciones Públicas y las entidades en las que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante y un control efectivo de conformidad con las normas antes señaladas.

Respecto a las alegaciones de COLT y VODAFONE, se debe señalar que las Administraciones Públicas no están legalmente excluidas del mercado ni por la normativa comunitaria ni por la nacional, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 8.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones pueden operar cumpliendo con todos los requisitos exigidos a los demás operadores, y además las obligaciones adicionales que se le impongan por la normativa y, en aplicación de la misma, por esta Comisión.

1.3.- Sobre la exclusión de la explotación de las estaciones terrestres de TDT.

La SETSI alega que al establecerse como objeto de la Circular cualquier tipo de explotación de red y de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, debería haberse excepcionado el supuesto concreto del despliegue de emisores y repetidores de la TDT para dar cobertura en municipios rurales aislados que están fuera de los compromisos de cobertura de los radiodifusores privados, que en su mayor parte han sido ejecutados por las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos al amparo de lo establecido en la Disposición Adicional Duodécima del Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la TDT. En consecuencia, propone que se restrinja el ámbito de la Circular a los servicios de telefonía vocal y de banda ancha, o alternativamente que se excepcione expresamente de la aplicación de la Circular a este tipo de servicios o que se incluyan en el Anexo de actividades que no afectan a la competencia.

Esta Comisión coincide con la propuesta de la SETSI sobre la aplicación del citado precepto reglamentario sectorial que habilita expresamente a las Administraciones Públicas a establecer y explotar redes de difusión de servicios de TDT a sus vecinos para ayudar al despliegue de la nueva red nacional de televisión en zonas donde no llegue la señal, por lo que se les excluye expresamente del ámbito de la Circular mediante la adición de un nuevo párrafo al artículo Primero.

2.- Respecto a la obligación de inscripción en el Registro de Operadores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y los supuestos de autoprestación (artículos Segundo y Tercero del Anteproyecto de Circular).

2.1.- Sobre la obligatoriedad de la inscripción registral.

Varios operadores y entidades han expuesto sus dudas sobre el alcance de la obligación de inscripción de las actividades contempladas en el Anexo del



Anteproyecto de la Circular. En concreto, la FEMP plantea que se exima también de la inscripción registral a los operadores que lleven a cabo cualquiera de las actividades enumeradas en el Anexo. El COIT solicita que para la inscripción se exija presentar junto con la notificación una “*memoria técnica firmada por técnico competente*”. Por su parte TELEFÓNICA quiere que sea obligatorio notificar todas las actividades y que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones califique *ex post* si son o no autoprestación, con audiencia a otros interesados y con un control periódico *a posteriori* de dichos servicios. Por último, VODAFONE opina que deben inscribirse todas las Administraciones Públicas que operen directa o indirectamente (por concesión, concurso, control de operadores, etc.).

En respuesta a estas alegaciones hay que señalar que el principio general de la normativa comunitaria y nacional es el de la obligatoriedad de notificar el inicio de la actividad (artículo 6.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones), salvo en los supuestos de autoprestación y en los otros supuestos señalados en el artículo 5.2 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 los usuarios. En la Circular se ha propuesto extender la exención a las bibliotecas (punto 2 del Anexo) por sus características especiales; pero en el resto de supuestos se produce una prestación de servicios en el mercado, por lo que no existe razón jurídica alguna para eximirles del trámite registral; y *sensu contrario*, tampoco existe fundamento legal para obligar a los supuestos de autoprestación a inscribirse en el Registro de Operadores, así como a entidades que no exploten redes ni presten servicios en el mercado, han de tener alguna vinculación con la actividad de telecomunicaciones.

Y en cuanto a la solicitud del COIT de que se exija una memoria técnica firmada por técnico competente, la normativa vigente actualmente (en concreto 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 los usuarios) no lo exige en general para ningún operador, por lo que no existe razón alguna para exigirselo a las Administraciones Públicas.

2.2.- Sobre el concepto de autoprestación.

Varios operadores y entidades (la CNC, REDTEL, ORANGE y TELEFÓNICA) proponen definir restrictivamente el concepto de servicios en autoprestación de los centros educativos y de los usos internos de las Administraciones Públicas a los efectos de la Circular, para que únicamente se provea el acceso a contenidos relacionados con sus actividades directas y a páginas web de Administraciones y Entes Públicos con control de la identidad del usuario y sin proveer acceso general a Internet y que las redes en autoprestación no puedan conectar diferentes sedes entre sí ni prestar sobre las mismas servicios mayoristas a otros operadores.

Por otra parte, la Generalitat de Catalunya, el Ayuntamiento de Barcelona y LOCALRET alegan:

- Que la distinción entre centros escolares y educativos y bibliotecas y centros culturales a la hora de considerarlos incluidos o no en los supuestos de autoprestación a efectos de la Circular es artificial y que no existen diferencias



significativas porque todos ellos tienen objetivos culturales y educativos en el uso de Internet y ninguno tiene fines comerciales ni un objetivo de operar en el mercado; por tanto solicitan que se incluya a las bibliotecas y centros culturales en los supuestos de autoprestación o, subsidiariamente, en el Anexo pero sin obligaciones de inscripción registral.

- Asimismo, el Ayuntamiento de Barcelona y LOCALRET mencionan la Decisión de la Comisión Europea de 30 de mayo de 2007 sobre la validez del proyecto de red pública del Ayuntamiento de Praga para proveer el acceso a páginas web de todas las Administraciones y Entes Públicos por su carácter no comercial.
- Estas entidades solicitan que el control de la identidad de los usuarios no se realice únicamente mediante la expedición de carnet *ad hoc* sino que valga cualquier medio que permita acreditar la identidad.

Al respecto, debe diferenciarse entre las bibliotecas y los centros culturales.

En relación con las primeras, esta Comisión está de acuerdo con la propuesta de la Generalitat de Catalunya, el Ayuntamiento de Barcelona y LOCALRET de excepcionar a este servicio de la obligación de notificación para su inscripción en el Registro de Operadores por los motivos siguientes:

- La evidente vinculación del servicio de acceso a Internet prestado en las bibliotecas con los fines de promoción de la cultura y el conocimiento que le son propios, sin ánimo alguno de convertirse en operadores en el mercado, teniendo además las bibliotecas como obligación legal específica suministrar el servicio de acceso a la información a través de Internet. En este sentido, la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas establece en su artículo 12.1 que *“1. Las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, garantizarán el acceso de los ciudadanos a las bibliotecas con la finalidad de promover la difusión del pensamiento y la cultura contribuyendo a la transformación de la información en conocimiento, y al desarrollo cultural y la investigación. Asimismo, las bibliotecas contribuirán a la promoción de las tecnologías de la información y las comunicaciones, procurarán de forma activa su mejor conocimiento y manejo y fomentarán su uso por parte de todos los ciudadanos.”*; y en su artículo 13, apartados 4 y 5, que *“4. Se consideran servicios básicos de toda biblioteca pública los siguientes: (...) d) Acceso a la información digital a través de Internet o las redes análogas que se pueden desarrollar, así como la formación para su mejor manejo.”* y que *“5. Los ciudadanos accederán a los servicios básicos de las bibliotecas públicas de forma libre y gratuita”*. Parece a todas luces desproporcionado que por el hecho de cumplir con esta obligación legal, que además se vincula a su función cultural y no a ninguna voluntad de operar en el mercado de los servicios de telecomunicaciones con fines comerciales, se obligue a las bibliotecas a realizar trámites burocráticos adicionales derivadas de la normativa sectorial reguladora del mercado de las comunicaciones electrónicas.
- En estos casos, la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por la Administración Pública ha de tener un vínculo con algún otro servicio municipal que presta la Administración de que se trate. Como se exige en el Anexo del



Anteproyecto de la Circular el servicio debe resultar *“indispensable para cumplir sus fines (la Administración) y siempre que los usuarios acrediten su vinculación con el servicio mediante algún documento que permita su identificación”*. De forma que se trata de una actividad instrumental de otra que presta la Administración.

- La escasa o nula incidencia en el mercado que tiene el servicio de acceso a Internet prestado desde las bibliotecas, normalmente con el acceso restringido a los servicios de navegación y correo electrónico, y limitado en el tiempo y a los socios o usuarios del centro en cuestión, a los que además usualmente se les exige una vinculación específica mediante carnets u otros medios de identificación.

Respecto de los centros culturales, la variedad de su tipología, y el hecho de no existir una normativa específica, no permiten sin embargo llegar a la misma conclusión, por lo que debe mantenerse la obligatoriedad de su inscripción.

En cuanto a la alegación de la improcedencia de la distinción entre centros escolares y educativos y bibliotecas y centros culturales hay que poner de manifiesto que el artículo Tercero, al enumerar los centros educativos incluidos en el concepto de autoprestación, hace referencia a los centros de educación reglada del sistema educativo, es decir, de los previstos en el artículo 3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación y en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, con el fin de diferenciarlos de otro tipo de centros educativos y culturales que desarrollen otro tipo de actividades educativas y culturales no previstas en el sistema educativo reglado español y que, por lo tanto, no podrían acogerse al concepto de autoprestación a los efectos de la Circular. No obstante, y para clarificar este aspecto, se ha incluido en el artículo Tercero la mención expresa de que serán los centros de enseñanza reglada regulados por la normativa educativa antes citada.

Finalmente, en cuanto a la alegación de que las redes en autoprestación no puedan conectar diferentes sedes entre sí ni prestar sobre las mismas servicios mayoristas a otros operadores, deben diferenciarse ambos supuestos. En cuanto a la primera cuestión, debe señalarse que el carácter de autoprestación o no de una red no viene determinado por su tamaño, sino por su finalidad, por lo que no puede atenderse a la primera de las alegaciones. En cuanto a la segunda, asiste la razón a los alegantes, pues desde el momento en que una red es utilizada, aunque sea parcialmente, para proveer servicios a terceros (sean mayoristas o minoristas), deja de ser en autoprestación. Se procede a introducir esta aclaración en la Circular.

3.- Respecto a los principios generales de actuación (artículo Cuarto del Anteproyecto de Circular).

Varias entidades, asociaciones y operadores (CNC, ASTEL, REDTEL, COIT, ABERTIS, ORANGE, TELEFÓNICA y VODAFONE) han solicitado que la Circular incluya una mención expresa a la obligación de las Administraciones Públicas que operen en el mercado de telecomunicaciones de cumplir, dentro de las obligaciones legales generales exigibles al resto de operadores y de las obligaciones específicas que le imponga la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, las relativas a la conservación de datos y las referidas a la regulación del espectro radioeléctrico y los límites de exposición a las emisiones radioeléctricas. Por su parte, GUIFINET ha



solicitado que se incluya como obligación que las redes ofrezcan la interconexión como red neutra y abierta, no sólo comercial.

El apartado 4 del artículo Cuarto prevé que las Administraciones Públicas, en cuanto operadores de telecomunicaciones, tienen que cumplir con todas las obligaciones inherentes a dicha condición y con las demás normas vigentes, enumerando algunas con carácter de *numerus apertus* por la práctica imposibilidad de recoger la totalidad de las existentes, lo que incluye las relativas a la normativa de desarrollo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en la que se incluye la relativa a la gestión del dominio público radioeléctrico y de límites a las emisiones radioeléctricas, así como ofrecer la interconexión y el acceso en las condiciones establecidas en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones – *artículo 11.2, garantizar la interoperabilidad de los servicios-*, artículos 16.1 y 18, letras a) y e), 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 los usuarios). Igualmente el artículo 2 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, establece que su cumplimiento es obligatorio para los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o exploten redes públicas de comunicaciones, en los términos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

No obstante lo anterior y aunque no sea estrictamente necesario, se ha modificado el proyecto incluyendo una referencia expresa a la obligatoriedad de cumplir con lo establecido en la citada Ley 25/2007, dada la especial trascendencia de la materia a regular.

4.- Respecto a los criterios y requisitos para considerar que una Administración Pública opera bajo el principio de inversor privado en una economía de mercado (artículo Quinto del Anteproyecto de Circular).

En general varias entidades y operadores (CNC, ASTEL, TELEFÓNICA y VODAFONE) solicitan que las Administraciones Públicas tengan la obligación de presentar documentación adicional para poder comprobar si operan bajo el principio de inversor privado en una economía de mercado. En concreto, la CNC propone que tenga que comunicarse a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones una Memoria de Competencia. Por su parte los operadores mencionan también la necesidad de un Plan de Negocio en el que se reflejen los ingresos previstos, las fuentes de financiación, los costes reales a imputar, las ayudas públicas disponibles y la repercusión proporcional de los costes imputables al uso de medios públicos para explotar la red y prestar el servicio.

VODAFONE considera en sus alegaciones que *“la dificultad de los modelos de negocio reside no tanto en los costes de instalación y despliegue de infraestructuras sino en los costes recurrentes de gestión, mantenimiento y de red de acceso que normalmente son subestimados”*. Así, considera que para evaluar si un proyecto cumple con el principio de inversor privado en una economía de mercado se deben incluir *“todos los costes reales en condiciones de competencia”*. En este sentido afirma que *“en muchos de los proyectos de redes Wifi, se utilizan los medios municipales*



para reducir las mayores partidas de coste como mantenimiento de las antenas y equipamientos necesarios, utilización de servicios de atención al cliente del Ayuntamiento, utilización de líneas de acceso, ubicación en instalaciones municipales, utilización de suministro eléctrico, publicidad, etc.”.

Como ya establecía el propio Anteproyecto de Circular, a la hora de valorar si una Administración Pública cumple con el principio de inversor privado en una economía de mercado esta Comisión velará para que el Plan de Negocio remitido sea plausible y viable desde esa óptica, lo que implica que se contemplen adecuadamente, y de forma no discriminatoria por parte de la Administraciones Públicas, todas las fuentes de coste en las que incurriría un inversor privado a la hora de explotar una red y prestar servicios de comunicaciones electrónicas: 1) Por un lado, deben tenerse en cuenta todas las actividades de soporte necesarias para explotar una red y que la Administraciones Públicas podrían estar soportando sobre estructuras organizativas ya creadas¹; 2) por otro lado, y de acuerdo con el principio de no discriminación, se deberá imputar como coste aquél referido a la ocupación del dominio público en que un agente privado debería hacer frente para poder realizar su actividad.

Esta Comisión juzga conveniente eliminar la referencia a los fondos públicos de este artículo por considerar, como apunta la CNC en sus alegaciones, que *“con independencia de la naturaleza jurídica de los fondos percibidos, lo trascendente es que la financiación que se obtenga, se perciba en condiciones de mercado, porque sólo así podrá de verdad acreditar su asimilación a un inversor privado”*.

Por otro lado, aunque se considera adecuado para las actuaciones de las Administraciones Públicas no ajustadas al principio de inversor privado aceptar la alegación de la CNC de establecer la exigencia de que se acompañe una Memoria de Competencia en la que *“se incluya un juicio de ponderación acerca de si la medida está justificada y resulta proporcional al fin que pretende perseguir. (...) Se trataría, en definitiva, de que se responda justificadamente a los principios de necesidad, adecuación y proporcionalidad de la medida propuesta”* cuando una Administración Pública participa en el mercado en las mismas condiciones que el resto de los operadores no se estima necesaria. Sin embargo, sí resulta conveniente la remisión de un Plan de Negocio que contemple los aspectos antes apuntados, como solicitan algunos operadores.

Por otra parte, las asociaciones AOTEC, ASTEL y REDTEL y los operadores ORANGE y VODAFONE opinan que en el Anteproyecto no se regula el control *ex post* a las Administraciones Públicas operadoras sobre el grado de cumplimiento de lo que se establezca en la Circular y de las obligaciones adicionales que pueda imponer la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en cada caso, por lo que solicitan que se regule dicho control periódico.

Frente a esta alegación hay que responder que, por un lado, en la Circular se establecen obligaciones de remisión de información que permitirán detectar determinados incumplimientos, y, por otro lado, que el incumplimiento de cualquier resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es sancionable, por

¹ Por ejemplo, deberá computarse como coste aquella parte del servicio de mantenimiento, atención al usuario o utilización de espacio de oficina que se vaya a emplear para prestar el servicio de comunicaciones electrónicas.



lo que cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones los detecte actuará en consecuencia.

Por su parte la SETSI sugiere que puesto que el artículo 8.4 de la LGTel es de aplicación a todas las Administraciones Públicas incluso cuando actúen de conformidad con el principio de inversor privado en una economía de mercado, deberían detallarse las condiciones adicionales previstas en este artículo para este supuesto y no sólo para las actividades que se presten sin sujeción a ese principio.

A esta alegación hay que responder que el artículo Cuarto de la Circular contempla los principios de aplicación a las Administraciones Públicas cuando realicen actividades de telecomunicaciones con o sin sujeción al principio del inversor privado en una economía de mercado por lo que esta Comisión estima que no es necesario reiterar las previsiones del artículo 8.4 de la LGTel.

5.- Sobre la financiación de la actividad (artículo Sexto del Anteproyecto de Circular).

La Generalitat de Catalunya, el Ayuntamiento de Barcelona, la FEMP, LOCALRET y GOWEX consideran excesivamente rígida y desproporcionada la prohibición de que actúen como anunciantes o patrocinadores aquéllas entidades que hayan recibido cualquier tipo de fondos públicos o que hayan firmado algún tipo de contrato con la Administración Pública que realice la actividad de comunicaciones electrónicas o con cualquier entidad adscrita a la misma (establecido en la letra b) del artículo Sexto del Anteproyecto). En consecuencia, proponen la eliminación o la modulación de dicha limitación.

Por el contrario, varios operadores (TELEFÓNICA y VODAFONE) y REDTEL quieren limitar al máximo la posibilidad de que se pueda recurrir a la publicidad o el patrocinio como fórmulas de financiación de la red o del servicio y de que se controle dicha actividad, incluyendo la comunicación periódica a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones del listado de anunciantes y patrocinadores y de las entidades que reciban fondos o que contraten con la Administración Pública en cuestión o con sus entes. TELEFÓNICA llega a sugerir la prohibición total de acudir a estas fuentes, y VODAFONE propone condicionar la percepción de las ayudas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (Plan Avanza) o del Gobierno (Plan E) a la previa obtención de una “autorización” de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre la idoneidad de la financiación de la red o del servicio.

La CNC alega por su parte que debería prohibirse expresamente la publicidad institucional de la propia Administración Pública operadora o la de sus entes o empresas públicas, y que debería especificarse que la financiación de la actividad se realice preferentemente mediante la percepción de un precio.

La presente Circular prevé con carácter general la posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan financiar sus redes y servicios de telecomunicaciones mediante la publicidad o el patrocinio, y si bien somete tales fuentes a ciertas limitaciones no pueden ser las mismas tan estrictas que, en la práctica, puedan causar el fracaso de esta vía de financiación utilizada habitualmente en sectores conexos al de las telecomunicaciones, como por ejemplo de de los



servicios audiovisuales de radio y televisión en abierto, o en los servicios de correo electrónico (todos ellos sin contraprestación directa abonada por el usuario, sino que se financian habitualmente mediante las fórmulas de publicidad y patrocinio).

En cuanto a la posibilidad de que sean la propia Administración Pública o sus sociedades participadas y controladas, las que patrocinen, en línea con lo que señala la CNC, se trata de una cuestión que no puede ser admitida, en tanto que sería una aplicación directa de fondos públicos para la financiación de la red o del servicio por lo que se incluye una referencia a este supuesto. Parecidas consideraciones deben realizarse respecto a las entidades que reciban subvenciones directas o indirectas de la Administración Pública operadora, pues ahí también puede haber un trasvase indirecto de fondos públicos “de ida y vuelta” a través de la empresa subvencionada, por lo que en este caso sí se estima adecuada la restricción para evitar un fraude de Ley con respecto a lo establecido en el artículo 8.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

Por contra, se estima la alegación relativa a no prohibir publicitarse a las entidades que hubieran firmado algún tipo de contrato con la Administración Pública, puesto que las propias normas de contratación garantizan la elección de la oferta más ventajosa lo que limita la posibilidad de un uso incorrecto de fondos públicos, y la gran variedad de servicios que reciben las Administraciones Públicas limitaría mucho las posibilidades de obtener patrocinio.

6.- Sobre la separación de cuentas (artículo Séptimo del Anteproyecto de Circular).

REDETEL, TELEFÓNICA y VODAFONE alegan que las Administraciones Públicas operadoras deberían presentar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones anualmente sus cuentas auditadas y que esta Comisión debería publicarlas en su página web.

Con el objeto de facilitar la revisión del cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 8.4 de la LGTel, esta Comisión considera conveniente tener esa información anualmente a su disposición. Sin embargo, resulta recomendable establecer una graduación de la obligación por lo que se excepcionan a las Administraciones Públicas que realicen las actividades descritas en el Anexo de la Circular, y que sólo que sólo deberían presentarlas a requerimiento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En cuanto a la obligación de que las cuentas sean auditadas, parece, al menos a priori, desproporcionada.

7.- Sobre las condiciones aplicables a la prestación gratuita o a precios por debajo de costes (artículos Octavo, Noveno, Décimo, Undécimo y Decimotercero, y Disposición Adicional Primera, del Anteproyecto de Circular).

7.1.- Sobre la gratuidad y transitoriedad del servicio.



Por una parte ASTEL y los operadores VODAFONE y COLT alegan que la gratuidad del servicio prestado ha de ser en todo caso transitoria y muy excepcional, para casos límite donde no haya oferta privada y previo análisis de competencia por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. COLT afirma además que *“no hay soporte legal para la gratuidad del servicio”*, mientras que por el contrario la SETSI señala que la Circular extiende la gratuidad expresamente prevista en el artículo 4.1 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 los usuarios a los que se presten a precio inferior al coste.

Frente a estas alegaciones hay que responder en primer lugar que sí que existe soporte legal en el artículo 8.4 de la LGTel y que, en todo caso, se propone que, para reafirmar el carácter transitorio de la prestación de servicios de acceso a Internet de carácter gratuito o a precio subvencionado se añada un nuevo párrafo en el que se imponga además la obligación de informar de la duración del periodo de gratuidad o del precio subvencionado y del precio que se exigirá a los mismos al finalizar este periodo transitorio.

7.2.- Sobre la “doble autorización” de las ayudas públicas proyectadas.

Varias entidades y operadores (CNC, SETSI, Generalitat de Catalunya, Ayuntamiento de Barcelona, LOCALRET, ABERTIS y TELEFÓNICA) critican el sistema de *“doble autorización”* de la Comisión Europea y de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que parece desprenderse del Anteproyecto de la Circular, y en especial:

- La SETSI critica la *“intromisión”* de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en los procedimientos comunitarios sobre Ayudas de Estado, la inseguridad jurídica que se genera y el incremento de la carga burocrática para el solicitante con el sistema de doble autorización e informe previo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.
- La CNC señala que las condiciones adicionales a imponer por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones estarán en todo caso condicionadas por la Resolución de la Comisión Europea, sin perjuicio de las competencias de la CNC (artículo 11 de la Ley de Defensa de la Competencia).
- En cuanto a los operadores, TELEFÓNICA propone que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones suspenda su actividad *“autorizatoria”* hasta que se pronuncie la Comisión Europea; VODAFONE propone que la Circular exija que las eventuales ayudas que pueda otorgar el Ministerio de Industria y otras Administraciones se condicionen a la previa obtención de la autorización de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones; y ORANGE propone que se establezca la obligación para la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de solicitar un informe previo y vinculante de la CNC sobre los proyectos que según la Circular no tengan que ser comunicados a la Comisión Europea.

Por su parte, la Comisión Europea ha señalado en su informe que le parece oportuna la intervención *ex ante* de las autoridades nacionales de regulación asesorando a las Administraciones Públicas en el diseño de medidas de banda ancha que sean



compatibles con lo estipulado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como en el proceso de notificación ante la Comisión Europea. Asimismo, considera adecuada la labor de supervisión e implementación de las medidas en los términos en que han sido autorizadas por la Comisión Europea.

Por otro lado matiza que, en base a la supremacía de la normativa comunitaria sobre el derecho nacional, una autoridad nacional no puede obstaculizar la implementación de una Decisión de la Comisión Europea o pedir la modificación de una medida ya aprobada por esta Comisión.

En respuesta a todas estas alegaciones hay que señalar que, es cierto que la normativa general (la comunitaria² y nacional³ reguladora de las Ayudas de Estado) y sectorial aplicable (el artículo 3 de la Directiva de autorización, el artículo 6 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y los artículos 4 y 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 los usuarios) no prevén la existencia de esa autorización administrativa adicional de los reguladores sectoriales como requisito necesario para la validez de las Ayudas de Estado a la explotación de redes y prestación de servicios de telecomunicaciones. Sin embargo, el artículo 8.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, sí que habilita a esta Comisión a imponer obligaciones a las Administraciones Públicas y a los operadores para salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones.

Por lo tanto, se eliminan todas las menciones a la “autorización” de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones respecto de las ayudas públicas proyectadas y se sustituyen por la obligación de comunicar dichas ayudas a esta Comisión junto con la notificación del inicio de actividad en los términos establecidos en la normativa sectorial y en la Circular, para que en el plazo de tres meses desde la comunicación (artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), se pronuncie, previo análisis de sustituibilidad, sobre las condiciones en las entienda que dicha explotación de red o prestación de servicio no afectará negativamente a la competencia en el mercado. Se entiende que, pasados esos tres meses sin un pronunciamiento expreso, operará el silencio administrativo positivo (artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Cuestión distinta es si dicha notificación e hipotética imposición de condiciones debe realizarse antes o después de la notificación a la Comisión Europea en caso de ser ésta preceptiva. En el anteproyecto sometido a consulta pública se preveía que dicha actuación fuera posterior. Frente a esto, y en línea con lo señalado por la Comisión Europea, parece más conforme con las competencias de esta última articular un procedimiento que garantice que esta Comisión cumpla con su obligación de ejercer las competencias que tiene atribuidas, con carácter irrenunciable, ex artículo 8 de la LGTel sin interferir en las que son exclusivas de la CE en materia de ayudas públicas

² Los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea (actuales artículos 107 a 109 del texto consolidado), reguladores de las Ayudas de Estado, y del Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999 de desarrollo y aplicación.

³ El artículo 11 “Ayudas públicas” de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.



y, todo ello en beneficio de la seguridad jurídica de los operadores; con este fin, la presente Circular articula un procedimiento análogo al establecido por la propia CE en sus *“Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha”* de manera que cuando la notificación a la Comisión Europea sea preceptiva, la notificación a la Comisión del Mercado de las telecomunicaciones a los efectos previstos en el artículo 8 LGTel habrá de realizarse con carácter previo a la notificación a la Comisión Europea.

En cuanto a la alegación de ASTEL de que se prevea expresamente la potestad de adoptar medidas cautelares, hay que responder que es innecesaria pues ya está prevista en la normativa sectorial de aplicación (artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones) y en el artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por último, y en relación con la alegación de la CNC de que las especificaciones a la aplicación del Reglamento CE 1998/2006, relativo a ayudas de *minimis*, hace aconsejable modificar la redacción de este artículo en el sentido propuesto por esta entidad, es decir, con un sentido más general reemplazando la referencia a *“el conjunto de las Ayudas de Estado no supere el límite máximo de 200.000 Euros concedidas durante un período de tres años”* por *“estén exentas de ser notificadas”*, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comparte esta apreciación.

7.3.- Sobre la información a comunicar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por las Administraciones Públicas que actúen como operadores empleando fondos públicos.

La CNC y también TELEFÓNICA consideran que se debería obligar a las Administraciones Públicas que actúen como operadores de comunicaciones electrónicas disponibles al público empleando fondos públicos a facilitar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en todos los casos, información detallada sobre ingresos y fuentes de financiación o ayudas públicas recibidas. ASTEL también propone la fijación en la Circular de un listado exhaustivo de documentos y su contenido.

Esta Comisión considera razonable la remisión de la documentación e información relativa a los ingresos y las fuentes de financiación (en parte coincidente con el Plan de Negocio exigido en el artículo Quinto).

7.4.- Sobre la consulta pública a realizar por las Administraciones Públicas operadoras que utilicen fondos públicos.

ASTEL, REDTEL y ORANGE consideran necesaria la participación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la consulta pública prevista en este artículo, y sugieren que esta Comisión la coordine o que al menos se publique en su página web para que todos los operadores pudieran conocer fácilmente las consultas que se hayan propuesto y unificar su publicación a través de un mismo medio.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones estima adecuada la alegación por lo que procede modificar el texto del precepto para incorporar la previsión de que



las Administraciones Públicas que actúen como operadores empleando fondos públicos remitan el anuncio de las consultas públicas que efectúen en aplicación de la Circular a esta Comisión para su publicación en su página web de forma que sea más fácil su conocimiento por parte de los operadores interesados.

7.5.- Sobre la Disposición Adicional Primera.

La SETSI y la CNC alertan del riesgo de intromisión en los procedimientos de la Comisión Europea sobre Ayudas de Estado y solicita que se suprima la Disposición Adicional Primera de la Circular, o que su contenido se incorpore al artículo Undécimo. Por su parte ABERTIS considera que debería eliminarse el primer párrafo relativo a los operadores privados, tanto por ser competencia exclusiva comunitaria como porque está fuera del objeto de la Circular.

Esta Comisión entiende que el hecho de someter estos supuestos a un doble examen de imposición de condiciones podría generar problemas jurídicos, por lo que ha sustituido lo previsto en el anteproyecto por un régimen más acorde con la práctica de la Comisión Europea, consistente en la necesidad de que se solicite de esta Comisión un previo informe cuando se pretenda conceder una Ayuda de Estado así, el establecimiento de un trámite obligatorio para que se tenga que solicitar un informe previo preceptivo pero no vinculante tanto cuando se solicite la autorización a la Comisión Europea de una ayuda pública, como cuando ello no es exigible es legalmente posible en base a las genéricas competencias del artículo 48.3 de la LGTel y no interfiere en las funciones de la Comisión Europea de ninguna manera, pues no condiciona su Decisión y, en cambio, proporciona elementos de juicio a la Administración interesada que le puedan ayudar a decidir.

8.- Sobre la modificación del Anexo (artículo Duodécimo del Anteproyecto de Circular).

La SETSI y LOCALRET critican la posibilidad de modificar el Anexo de la Circular por Resolución del Consejo.

A esta alegación hay que responder que la previsión es perfectamente legal y no supone ninguna suerte de “deslegalización” pues se realiza por el mismo órgano que aprobaría una nueva Circular (el Consejo), y porque, además, afecta a un simple Anexo con unos datos concretos sujetos a revisión periódica, recomendando que se añada la obligación de que esa Resolución que modifique el Anexo se publique igualmente en el Boletín Oficial del Estado, para garantizar la publicidad y la seguridad jurídica.

9.- Sobre el régimen sancionador (artículo Decimocuarto del Anteproyecto de Circular).

ASTEL, REDTEL y ORANGE realizan una serie de consideraciones sobre el régimen sancionador recogido en el Anteproyecto de Circular, sin cuestionarlo formalmente, y señalando en especial la dificultad de calcular las sanciones cuando las Administraciones Públicas operadoras presten el servicio de forma gratuita.



En respuesta a estas alegaciones se pone de manifiesto que esta Comisión acepta la propuesta y ha limitado el contenido de este precepto a la remisión el régimen de infracciones y sanciones contenido en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

10.- Sobre la Disposición Adicional Primera del Anteproyecto de Circular.

TELEFÓNICA solicita que se enumere formalmente a qué mercados relevantes afecta la Circular, y que se revise la misma tras cada revisión de mercados, o en su defecto que se elimine la disposición adicional segunda.

La revisión periódica prevista incluye el segundo inciso de la alegación. Será cuando se analice cada uno de lo mercados el momento de determinar si resultan los mismos afectados por actuaciones de las Administraciones Públicas y si procede por tanto modificar la Circular en dicho sentido.

11.- Sobre la necesidad de una Disposición Transitoria en el Anteproyecto de Circular.

Varias entidades y operadores (Ayuntamiento de Barcelona, LOCALRET, ABERTIS y TELEFÓNICA, entre otros) solicitan que se regule el régimen transitorio de la Circular para las Administraciones Públicas operadoras que ya estén operando redes y prestando servicios a la entrada en vigor de esta Circular.

Esta Comisión comparte las alegaciones citadas, por lo que se incluyen dos Disposiciones Transitorias en las que se otorga un plazo razonable, seis meses desde la entrada en vigor de la Circular, para que remitan la documentación exigida en el apartado 4 del artículo Quinto y, letras d) y f) del apartado 1 del artículo Décimo de la Circular que corresponda en cada caso.

12.- Sobre los servicios incluidos en el Anexo del Anteproyecto de Circular.

Por una parte el Ayuntamiento de Barcelona y LOCALRET solicitan que en el Punto 3 del Anexo se prevea expresamente la actualización al alza de velocidad de los servicios de acceso a Internet a través de redes inalámbricas "wifi".

Por otra parte, varios operadores (ABERTIS, COLT, ORANGE y TELEFÓNICA) y asociaciones (AOTEC, ASTEL y REDTEL) solicitan la supresión del Punto 3 del Anexo (TELEFÓNICA solicita la supresión de todo el Anexo) porque en su opinión las actividades descritas sí afectan a la competencia efectiva en el mercado, ya que:

- Técnicamente es muy difícil o imposible excluir de la cobertura del alcance de las redes "wifi" desplegadas en espacios públicos y edificios administrativos, educativos y culturales a las zonas residenciales o empresariales, así como limitar la navegación en Internet a páginas web exclusivamente públicas o de las Administraciones Públicas.



- La velocidad máxima prevista para las redes “wifi” (velocidad de descarga de 256 Kbps) es suficiente para navegar por Internet y desincentivaría la contratación de servicios comerciales equivalentes o superiores en prestaciones ofrecidos por los operadores en el mercado.

Subsidiariamente solicitan que al menos se impongan límites adicionales a los servicios incluidos en el Anexo: limitar la cobertura de las redes “wifi” a las zonas residenciales, suprimir el acceso a algunos servicios de gran demanda (por ejemplo, citan las redes de descarga de contenidos o la telefonía IP), y limitar la navegación en Internet a páginas web exclusivamente públicas o de las Administraciones Públicas.

Por último, la FEMP y GOWEX sugieren que el Anexo de la Circular debería prever también un nuevo Punto que incluya servicios básicos gratuitos o a precios reducidos para colectivos sociales con bajos ingresos y para desempleados.

A todas estas alegaciones hay que responder que con carácter general el Análisis Económico de Sustituibilidad realizado, que consta en los Antecedentes del Anteproyecto de Circular, ya ha contemplado todos los factores concurrentes y los aspectos tanto tecnológicos como de mercado que han de tenerse en cuenta, por lo que la lista de servicios incluida en el Anexo está adecuadamente justificada y ponderada:

- En concreto hay que señalar que en el análisis de sustituibilidad se han considerado las velocidades máximas comercializadas por los operadores en el mercado, sin entrar a comprobar en cada caso las velocidades efectivamente obtenidas por los usuarios al utilizar los servicios de cada operador concreto, pues las velocidades reales alcanzadas por los usuarios móviles dependen de muchos factores: de la tecnología desplegada por el operador, las características del medio de acceso (condiciones de cobertura, condiciones de propagación, número de usuarios conectados simultáneamente, velocidad a la que se desplaza el usuario, etc.), del dimensionamiento de la red de “backhaul” y troncal de operador, etc. Los distintos operadores móviles son conscientes de estos condicionantes y adecuan sus despliegues de red a la demanda existente al objeto de ofrecer a sus usuarios unas velocidades reales que cumplan con sus expectativas y se aproximen en la medida de lo posible a las velocidades máximas ofertadas.
- En este sentido, esta Comisión al realizar el análisis de sustituibilidad de los servicios de banda ancha móvil ha sido neutral tecnológicamente (teniendo en cuenta el acceso de banda ancha desde redes fijas y móviles) y ha tomado en consideración que el límite de velocidad de descarga de 256 Kbps se encuentra por debajo de la velocidad mínima comercial que se obtiene mediante la tecnología UMTS (384 Kbps) y las velocidades reales que ofrecen los operadores en el mercado según varios estudios de mercado recientes publicados en varios medios de comunicación se encuentran o muy cercanas o por encima de 1 Mbps, velocidades todas ellas muy superiores a los 256 Kbps señalados en el Punto 3 del Anexo del Anteproyecto de la Circular.
- Además la tecnología UMTS, que es la utilizada en los últimos años por los operadores de redes móviles, y que en la actualidad se encuentra en clara regresión como tecnología de banda ancha móvil, pues está siendo sustituida por



HSPA y en un futuro por LTE, con capacidades y velocidades reales por usuario significativamente mayores que las que se obtienen mediante la tecnología UMTS. De hecho, los operadores móviles cifran en sus ofertas la velocidad residual en 128 kpbs, circunstancia que no hace más que confirmar que la velocidad real percibida por el usuario es significativamente mayor a este valor.

- Finalmente en cuanto a la alegación de que no puede limitarse la radiación a los interiores de los edificios, debe señalarse que aunque es cierto que técnicamente no se puede evitar completamente, las limitaciones (potencia radiada) que marca el CNAF para el uso de la BUC conllevan que un despliegue orientado a exteriores tenga un impacto en interiores muy reducido, ya que las ondas se ven atenuadas al traspasar las paredes y demás obstáculos físicos, y por lo tanto, la calidad de la señal llegaría muy degradada condicionando la velocidad (que cabe recordar ya está claramente limitada). En todo caso, la orientación de las antenas indica la intencionalidad de la cobertura que se pretende ofrecer. Si fuera diferente (por ejemplo orientado a hogares) a la ubicación donde pretendidamente se quiere ofrecer cobertura, podría ser entendido por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como voluntad de incumplimiento.

En conclusión no se considera justificado modificar el Análisis de Sustituibilidad y el Anexo por meras alegaciones genéricas sin una justificación objetiva y basada en datos contrastables.