

ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA PLANTEADA POR EL AYUNTAMIENTO DE ALCÁZAR DE SAN JUAN SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY 9/2014, DE 9 DE MAYO, GENERAL DE TELECOMUNICACIONES, Y LA IMPOSICIÓN DE UN PRECIO PÚBLICO POR EL ALQUILER DE SU FIBRA A OTROS OPERADORES

CNS/DTSA/303/16/ALCÁZAR DE SAN JUAN PRECIO PÚBLICO FIBRA

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

D. Benigno Valdés Díaz

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 23 de febrero de 2017

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) ha acordado dar la presente contestación a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Alcázar de San Juan, en relación con el procedimiento a seguir para la notificación de la explotación de una red de fibra mediante gestión directa por la entidad local y la posibilidad de establecer un precio público para su alquiler.

I. DESCRIPCIÓN DE LA CONSULTA Y OBJETO

Con fecha 5 de agosto de 2016, tuvo entrada en el registro de la CNMC¹ un escrito remitido por el Ayuntamiento de Alcázar de San Juan (Ciudad Real) en el que plantea una consulta sobre *“los procedimientos que debería seguir para comunicar en primer lugar la gestión directa de la instalación de la fibra óptica en Alcázar de San Juan, que transcurre por dominio público (documentación a*

¹ Autoridad Administrativa Independiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

enviar, organismo competente y trámites para legalizar la instalación), y en segundo lugar, solicitar informe sobre si esta administración local a través de sus Ordenanzas Fiscales, puede establecer un precio público y alquilar directamente a entidades capacitadas que lo soliciten”.

II. COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Las competencias de la CNMC para contestar la presente consulta resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, Ley CNMC), corresponde a este Organismo “realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”. Esta remisión a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, ha de entenderse efectuada en la actualidad a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), que ha derogado la anterior ley.

En este sentido, el artículo 70 de la LGTel, en su apartado I), establece la competencia de esta Comisión para ser consultada por el Gobierno y el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital en materia de comunicaciones electrónicas, particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado. Igualmente, la CNMC podrá ser consultada en materia de comunicaciones electrónicas por las comunidades autónomas y las corporaciones locales.

Por su parte el artículo 8.1 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto orgánico de la CNMC, atribuye al Consejo de este organismo, entre otras, las funciones consultivas previstas en la Ley.

En particular, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC resulta competente para emitir este acuerdo, en virtud de lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley CNMC y los artículos 8.1 y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

III. CONTESTACIÓN A LA CONSULTA PLANTEADA

III.1.- Antecedentes

Alcázar de San Juan es un municipio de la provincia de Ciudad Real con una población de 31.918 habitantes². Según señala en su escrito de consulta, la entidad local dispone de una red de fibra óptica en anillo que gestiona

² Fuente: [página web del Ayuntamiento](#). Población correspondiente al año 2016.

directamente y que desea abrir a otros operadores de comunicaciones electrónicas, alquilándola. Con esta finalidad, ha fijado un precio público para este servicio en una Ordenanza aplicable desde el 1 de enero de 2015³.

La entidad local considera que el artículo 9.3 de la LGTel contradice la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante, la Ley 27/2013) que, a juicio del Ayuntamiento, le prohíbe la creación de entidades o sociedades y, en cierto modo, le obliga a llevar una gestión directa por la propia entidad local.

Tomando como punto de partida la situación descrita y teniendo en cuenta las previsiones del artículo 9 de la LGTel, el Ayuntamiento de Alcázar de San Juan consulta sobre los siguientes extremos:

- a) Procedimiento a seguir *“para comunicar la gestión directa de la instalación de la fibra óptica en Alcázar de San Juan, que transcurre por dominio público (documentación a enviar, organismo competente y trámites para legalizar la instalación)”*.
- b) Si es posible establecer un precio público, a través de sus Ordenanzas, y alquilar directamente su red a los operadores que lo soliciten.

III.2.-Procedimiento a seguir por una Administración Pública para explotar una red de comunicaciones electrónicas de fibra óptica desplegada en su municipio

Con carácter previo, ha de indicarse que la administración local consultante formula algunas cuestiones en relación con la comunicación de su proyecto al Registro de Operadores, cuya gestión, de conformidad con el artículo 7.1 de la LGTel, depende del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital. No obstante, en tanto no se realice el traspaso de esta competencia al citado Ministerio, ésta seguirá siendo ejercida por la CNMC en virtud de la disposición transitoria décima de la LGTel, por ser el organismo competente hasta el momento.

Por lo que se refiere a la cuestión a) referenciada anteriormente, el Ayuntamiento plantea su consulta sobre una instalación ya construida –un anillo de fibra óptica- y menciona en su escrito los artículos 7.3 y 9.3 de la LGTel. Por ello, procede señalar desde el principio que la normativa de telecomunicaciones actual configura dos tipos de escenarios distintos en cada uno de estos artículos, como se verá a continuación.

³ [Precio público nº 12](#): prestación de tecnologías de la información y comunicaciones (TIC). Servicio de fibra óptica en galerías de servicio municipal. Aprobada por acuerdo del Pleno de 31 de octubre de 2014:

https://sede.alcazardesanjuan.es/portal/sede/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1_822_1.pdf

a) **Despliegue de fibra óptica para su explotación en régimen de autoprestación (artículo 7.3 LGTel)**

El artículo 7.3 de la LGTel, al que se refiere la administración local, obliga a las administraciones públicas (AAPP) a comunicar al Registro de operadores *“todo proyecto de instalación o explotación de redes de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación que haga uso del dominio público, tanto si dicha instalación o explotación vaya a realizarse de manera directa o a través de cualquier entidad o sociedad”*.

El proyecto sobre el que se plantea la consulta, y para el que se ha aprobado una Ordenanza estableciendo precios, no encaja en el artículo 7.3 de la LGTel, al no tratarse de una explotación de fibra en autoprestación. De hecho, el propio Ayuntamiento se refiere en su escrito a que dicha Administración está *“interesada en gestionarla [la red] directamente alquilándola a posibles empresas interesadas”*.

El artículo 3.1 de la Circular 1/2010, de 15 de junio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas (en adelante, Circular 1/2010) define la autoprestación en los siguientes términos:

“3.1.- Se considera autoprestación (...) la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por una Administración Pública para la satisfacción de sus necesidades, esto es, las vinculadas al desempeño de las funciones propias del personal al servicio de la Administración Pública de que se trate y que contribuyan al cumplimiento de los fines que le son propios”.

Por ello, si el Ayuntamiento de Alcázar de San Juan finalmente deseara llevar a cabo su proyecto de utilización de red exclusivamente en un régimen de autoprestación, deberá comunicar las características del proyecto a la CNMC.

No existe una norma que detalle el contenido de dicha comunicación, pero hasta que se desarrolle esta previsión, bastará con indicar la entidad titular y el tipo de red desplegada que incluiría, al menos, una referencia a la tecnología de la red, el tipo de despliegue, su ubicación y longitud.

Por otro lado, para los supuestos en que una administración pública explote su red a terceros y, al mismo tiempo, reserve una parte de la red para su utilización en régimen de autoprestación, el artículo 3.3 de la Circular 1/2010 señala lo siguiente:

“3.3.- En los supuestos en que aprovechando la misma infraestructura a través de la cual la Administración Pública se presta los servicios en régimen de autoprestación, se proveen servicios, mayoristas o minoristas, a terceros, la Administración Pública será considerada, en cuanto a estos últimos,

explotadora de redes o prestadora de servicios de comunicaciones electrónicas a terceros, quedando por tanto sujeta a lo establecido en la presente Circular”.

En estos casos mixtos, será suficiente la notificación al Registro de Operadores de la explotación de la red al público, sin que sea necesario comunicar la autoprestación.

b) Despliegue de fibra óptica para su explotación a terceros (artículo 9.3 de la LGTel)

En su escrito, el Ayuntamiento de Alcázar de San Juan se refiere expresamente a la posibilidad de alquilar la red a terceras empresas interesadas, para lo cual es preciso que se constituya en operador de comunicaciones electrónicas explotador de una red pública de telecomunicaciones, esto es, abierta a terceros operadores a través de su arrendamiento.

A este respecto, debe señalarse que a partir de la entrada en vigor de la LGTel, su artículo 9.3 exige a cualquier administración pública que desee operar en el mercado, explotando una red o prestando servicios de comunicaciones electrónicas a terceros, que lo realice a través de una entidad o sociedad que tenga *“entre su objeto social o finalidad la instalación y explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas”*, refiriéndose el artículo 9.2 del mismo texto legal a la prestación de estos servicios por *“operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas”*.

Como se ha señalado en anteriores ocasiones por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC⁴ y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 9.3 de la LGTel, se considera que el Ayuntamiento de Alcázar de San Juan no puede explotar su red ni prestar ningún servicio de telecomunicaciones a terceros directamente, sino que deberá constituir una entidad o sociedad que cumpla con la normativa sectorial de telecomunicaciones citada –o modificar el objeto social de una ya existente-.

La entidad local señala en su escrito que el artículo 9.3 de la LGTel *“contradice la prohibición legal establecida en la Ley 27/2013, de racionalización y*

⁴ Acuerdo de 9 de octubre de 2014 por el que se da contestación a la consulta planteada por el Ayuntamiento de Santander sobre su red WiFi (CNS/DTSA/560/14/Cesión red WiFi Ayto. Santander), Acuerdo de 11 de diciembre de 2014 por el que se da contestación a la consulta planteada por el gobierno del Principado de Asturias relativa a la nueva fórmula de gestión de la red Asturcón (CNS/DTSA/1460/14/GESTIÓN RED ASTURCÓN) y Acuerdo de 6 de octubre de 2016 por el que se da contestación a la consulta planteada por Vodafone España, S.A. sobre la aplicación del artículo 9 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, a los operadores privados de comunicaciones electrónicas con los que contratan las administraciones públicas (CNS/DTSA/063/16/VODAFONE WIFI MUNICIPAL).

sostenibilidad de la Administración Local, que prohíbe la creación de entidades o sociedades”. La citada Ley prohíbe la creación de una entidad o sociedad por parte de una administración local en dos supuestos: a) en todo caso, la de entidades instrumentales de segundo nivel, es decir unidades controladas por otras, que, a su vez, lo estén por las entidades locales, y b) mientras esté en vigor un plan económico financiero o un plan de ajuste (artículo 36 de la Ley 27/2013⁵ que modifica la disposición adicional novena de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL).

De la lectura anterior no se desprende que se imponga una prohibición general para constituir una nueva sociedad o entidad para la realización de actividades de comunicaciones electrónicas, sino únicamente en los supuestos que ese artículo especifica.

La normativa de régimen local recoge la posibilidad de la iniciativa pública de las entidades locales en el ejercicio de actividades económicas. Así, el artículo 86 de la LBRL señala lo siguiente:

“1. Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.

Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio”.

Estas actividades con carácter general se podrán realizar a través de algunos de los instrumentos de gestión recogidos en el artículo 85 de la LRBL⁶, sin que

⁵ Disposición adicional novena de la LBRL: *“1. Las Entidades Locales del artículo 3.1 [el municipio, la provincia y la isla en los archipiélagos balear y canario] de esta Ley y los organismos autónomos de ellas dependientes no podrán adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste.* (...).”

⁶ Tal y como indica el artículo 95 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

El artículo 85 se refiere a las siguientes formas de gestión de los servicios públicos de competencia local:

“A) *Gestión directa:*

a) *Gestión por la propia Entidad Local.*

b) *Organismo autónomo local.*

c) *Entidad pública empresarial local.*

d) *Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.*

corresponda a esta Comisión su determinación. Asimismo, el proyecto deberá ser sostenible financieramente, incluir un análisis del mercado, de la rentabilidad y del efecto de la actividad local sobre la concurrencia empresarial. En este mismo sentido, el artículo 96 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (en adelante, TRRL) justifica el ejercicio de actividades económicas por las entidades locales cuando sea de utilidad pública y en beneficio de los habitantes del término municipal⁷.

Las entidades locales que deseen emprender este tipo de iniciativas, a la hora de calcular la viabilidad financiera del proyecto, deberán excluir la parte del despliegue de red que destine a sus propios servicios, es decir, sujeta al régimen de autoprestación para la satisfacción de los fines que le son propios, en los términos señalados en el artículo 3 de la Circular 1/2010.

Estas previsiones han de completarse con las contenidas en la LGTel y, sin desconocer las dificultades que afrontan las administraciones territoriales para la organización de algunas actividades, no se observa una confrontación tan clara entre ambas normas, sin perjuicio de las limitaciones que impone la Ley 27/2013 para municipios en una situación financiera delicada.

Pues bien, en el caso de que la entidad local se hallara sujeta a un plan de ajuste o a un plan económico financiero, dadas las limitaciones señaladas, deberá examinar -o consultar con el Ministerio de Hacienda y Función Pública, puesto que es éste el que aprueba los citados planes- los instrumentos que quedan a su alcance para explotar la red de fibra ofreciendo servicios a terceros y cumplir con las determinaciones de la LGTel respetando la normativa local, presupuestaria y financiera mencionada. Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, una posibilidad, que se apuntó en el Acuerdo relativo a una consulta del Principado de Asturias, es la de *“ampliar el objeto social de alguna otra entidad o sociedad ya existente, incorporándose a dicho objeto la instalación y explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas”*.

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”.

⁷ Art. 96 del TRRL: *“La iniciativa de las Entidades locales para el ejercicio de actividades económicas, cuando lo sea en régimen de libre concurrencia, podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes”*.

En cuanto a las condiciones a las que este operador deberá sujetarse, en el ámbito de la normativa sectorial de telecomunicaciones, la LGTel –ley específica aplicable al sector y posterior a las normas de régimen local citadas– exige a las AAPP:

- Como ya se señaló, en virtud de su artículo 9.3, que la explotación de redes o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de prestación a terceros se haga a través de entidades o sociedades que tengan entre su objeto social o finalidad el desempeño de dichas actividades.

Esta previsión ha sido interpretada anteriormente por la Sala de Supervisión Regulatoria⁸ de forma muy flexible. El precepto únicamente exige que la entidad u organismo que desempeñe la actividad tenga personalidad jurídica independiente o separada de la de la administración local –en este sentido, la gestión por la propia entidad local contemplada en el artículo 85.2.A), apartado a), de la LBRL no tendría en principio encaje en el artículo 9.3 de la LGTel–.

Cabrían varias posibilidades, al referirse el artículo 9.2 de la LGTel a “operadores controlados directamente o indirectamente por las administraciones públicas” conviene como mínimo hacer alusión a los organismos públicos o sociedades mercantiles estatales o locales, o a otro tipo de entidades de carácter público. Sin perjuicio de que existen varias normas que se refieren al sector público estatal o local, con carácter general, en el ámbito local, ha de estarse a la LBRL, como anteriormente señala este acuerdo.

- De forma complementaria, el artículo 9.4 de la LGTel establece que las AAPP titulares del dominio público han de mantener una separación estructural entre los órganos encargados de la regulación y gestión de los derechos de utilización del dominio público correspondiente y los operadores sobre los que ostenten el control directo o indirecto.
- En su artículo 9.2, que las AAPP deberán desempeñar las actividades de telecomunicaciones de conformidad con el principio de inversor privado (en adelante, PIPEM).

Los criterios básicos, condiciones y requisitos del PIPEM (posteriormente recogido en la LGTel) se concretan en el artículo 5 de la Circular 1/2010; hasta que se apruebe el real decreto previsto en el artículo 9.2 de la LGTel

⁸ Acuerdo de 9 de octubre de 2014 por el que se da contestación a la consulta planteada por el Ayuntamiento de Santander sobre su red WiFi (CNS/DTSA/560/14/Cesión red WiFi Ayto. Santander).

–que recogerá las excepciones aplicables a este principio-, será de aplicación la Circular 1/2010.

- Asimismo de conformidad de su artículo 9.2, que actúen con la debida separación de cuentas, respetando los principios de neutralidad, transparencia, no distorsión de la competencia y no discriminación, y cumpliendo con la normativa sobre ayudas de Estado a que se refieren los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

En relación con el procedimiento a seguir, una vez constituida la correspondiente entidad o sociedad, se deberá, con anterioridad al inicio de la actividad, notificarlo fehacientemente a la CNMC, incluyendo la información que se señala en el artículo 5.5 del Reglamento de Prestación de servicios⁹ que dispone lo siguiente:

“En la notificación prevista en el apartado 1 el interesado deberá incluir la siguiente información, junto con la documentación que acredite su autenticidad:

(...)

b) Cuando se trate de persona jurídica:

1.º Razón social.

2.º Número de identificación fiscal y datos registrales.

3.º Domicilio en España a los efectos de notificaciones.

4.º Nombre y apellidos de la persona responsable a los efectos de notificaciones.

5.º Documentación que acredite la capacidad y representación del representante.

(...)

d) Descripción de la red o servicio que el interesado tiene intención de explotar o prestar, que deberá incluir:

1.º Breve descripción de la ingeniería y diseño de red, en su caso.

2.º Tipo de tecnología o tecnologías empleadas.

⁹ Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

3.º Descripción de las medidas de seguridad y confidencialidad que se prevén implantar en la red, en su caso.

4.º Descripción funcional de los servicios.

5.º Oferta de servicios y su descripción comercial.

e) La fecha prevista para el inicio de la actividad.

f) Sumisión a tribunales españoles y, si así lo desea el interesado, al arbitraje de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en los términos establecidos en su reglamento y en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, para resolver las controversias que surjan en el ejercicio de su actividad.

g) Declaración responsable de cumplimiento de los requisitos exigibles”.

Si la notificación no reúne los requisitos que se señalan en este artículo y no hubieran sido oportunamente subsanados en su caso los defectos formales, la CNMC, en un plazo no superior a 15 días, dictará resolución motivada, y la notificación se tendrá por no realizada. Contra dicha resolución podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, de acuerdo con la ley reguladora de dicha jurisdicción.

En el caso de que la notificación se ajustase a las previsiones anteriores, el interesado, en el presente supuesto, la entidad o sociedad constituida por el Ayuntamiento de Alcázar de San Juan adquirirá la condición de operador y podrá comenzar la explotación de la red.

III.3.- Aplicación de un precio público al alquiler de fibra óptica

El Ayuntamiento de Alcázar de San Juan tiene la intención de alquilar su fibra óptica a otras entidades que pudieran estar interesadas en su aprovechamiento.

De hecho, como se anunciaba al principio, en la página web del Ayuntamiento de Alcázar de San Juan está publicada una Ordenanza denominada “*Precio público nº12: prestación de tecnologías de la información y comunicaciones (TIC). Servicio de fibra óptica en galerías de servicio municipal*” en la que se regula el precio público aplicable a la explotación de su red de fibra. El Ayuntamiento se refiere en su escrito al “precio público” que aplica a la explotación de su red –no obstante, la nomenclatura no es clara pues el artículo 1 de la citada ordenanza lo califica como “tasa” mientras que el artículo 2 de esta ordenanza se refiere a él como precio público.

En relación con este supuesto, la entidad local pregunta si puede, a través de estas ordenanzas, “*establecer un precio público y alquilar directamente [su fibra] a entidades capacitadas que lo soliciten*”.

Tal como se ha señalado en otras ocasiones¹⁰, tanto para configurar la prestación del servicio como para establecer contraprestaciones económicas, ha de tenerse en consideración que las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia de conformidad con el artículo 2.1 de la LGTel. Por lo tanto, como anteriormente se señalaba, su prestación –salvo los supuestos reservados por la LGTel a las obligaciones de servicio público- se incardina en el ámbito de la actividad económica que pueden desarrollar las AAPP a la que se refieren los artículos 86 de la LBRL y 96 del TRRL anteriormente citados.

El carácter económico y, por tanto patrimonial, de esta actividad se apoya asimismo en el hecho de que la red de fibra que se pretende explotar a terceros tiene la consideración de elemento patrimonial, con independencia de encontrarse en el dominio público local, al no destinarse a un uso o servicio público (artículo 79.3 de la LBRL y artículos 3 y 4 del Reglamento de bienes locales¹¹ y artículo 5 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas) sino a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas que son servicios de interés general y, por tanto, no son servicios públicos municipales.

Como ha señalado la Sala de Supervisión Regulatoria en ocasiones anteriores¹², no le corresponde pronunciarse con carácter vinculante acerca del diseño de las vías legales que permitirán al Ayuntamiento de Alcázar de San Juan asegurar el abono de la correspondiente compensación económica y de la posible aplicabilidad de los instrumentos financieros (tarifas, precios públicos, etc.) puestos a disposición de una administración local en un supuesto de hecho como el presente, al trascender dicho análisis de las funciones que a nivel sectorial la CNMC tiene encomendadas.

El debate acerca del tipo de ingresos que puede cobrar la administración local por la prestación de una actividad económica es complejo y ha dado lugar a numerosa Jurisprudencia contencioso-administrativa. Únicamente se recuerda a efectos meramente ilustrativos la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2015 (Recurso Casación núm. 2042/2013) que se pronuncia a favor de la aplicación de precios privados cuando se produce una iniciativa pública para actividades de naturaleza patrimonial, en los siguientes términos:

¹⁰ Por todas, ver el Acuerdo de 6 de octubre de 2016 por el que se da contestación a la consulta planteada por Vodafone España, S.A. sobre la aplicación del artículo 9 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, a los operadores privados de comunicaciones electrónicas con los que contratan las administraciones públicas (CNS/DTSA/063/16/VODAFONE WIFI MUNICIPAL).

¹¹ Artículo 6 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio.

¹² Resolución de 24 de enero de 2017 del conflicto entre el Ayuntamiento de Torelló y Guifi.net sobre las condiciones de acceso a infraestructuras susceptibles de alojar una red pública de comunicaciones electrónicas (CFT/DTSA/009/16/TORELLO-GUIFI.NET).

«(...) la iniciativa pública en la actividad económica -como actividad meramente patrimonial que es- se ha de ejercer en el ámbito de la economía de mercado y con respeto a la libre competencia, de manera que la contraprestación por los bienes o servicios que constituyen su objeto son "per se" precios privados y de mercado, y quedan excluidos de cualquier tutela administrativa. No hace falta, por tanto, ninguna previsión legal para que las contraprestaciones de la actividad privada de la Administración queden excluidas de cualquier consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público. Consecuentemente, la expresión en régimen de derecho público tiene que referirse necesariamente a las formas de gestión en que la Administración actúa mediante su personalidad jurídico-pública ordinaria o bien adopta personalidades diferenciadas pero siempre de naturaleza pública, y siempre con la finalidad de ejercer una actividad pública o prestar un servicio público. Por tanto, han de quedar excluidas la realización de actividades y la prestación de servicios en régimen de derecho privado, incluyendo tanto las forma de gestión mediante personalidad diferenciada con naturaleza jurídico privada como la gestión contratada a particulares.

(...)

Por otra parte, la exclusión de la contraprestación por servicios públicos prestados mediante formas de gestión jurídico-privadas o por actuaciones de interés general realizada por personificaciones jurídico-privadas es plenamente coherente con la naturaleza de ingresos de derecho público que tienen las exacciones que regula la reiterada Ley 8/1989, ya que mal pueden ser ingresos de derecho público unos ingresos de los que es titular una persona jurídico-privada (sociedades mercantiles, concesionarios, etc.) o un ente que actúa en régimen de derecho privado.

En definitiva, el régimen de tarifas de los servicios públicos o de actuaciones de interés general realizadas por sociedades mercantiles con capital íntegra o parcialmente municipal se corresponde, más bien, con la naturaleza de los precios privados (...).».

No obstante, esta es una reflexión que ha de llevar a cabo la propia Corporación local.

En la segunda parte de la cuestión que se está analizando en este apartado, el Ayuntamiento de Alcázar de San Juan pregunta si puede alquilar directamente su red de fibra a "entidades capacitadas". Esta cuestión ya ha sido prácticamente tratada en el apartado anterior. Con la expresión de "entidades capacitadas" se entiende que la entidad local se refiere a operadores de comunicaciones electrónicas inscritos en el Registro de Operadores de comunicaciones electrónicas para la explotación de redes fijas, aunque no esté expresado así en la Ordenanza¹³. No obstante, si el Ayuntamiento considerase

¹³ El artículo 3º de la Ordenanza configura como sujetos pasivos contribuyentes las personas físicas o jurídicas que soliciten la prestación o se beneficien del servicio de la utilización de la red de fibra óptica neutra.

en algún momento alquilar la fibra también a usuarios finales, dicha actividad constituiría un servicio adicional que tendría que ser consultado con la CNMC.

La respuesta a esta segunda parte de la pregunta debe ser por tanto afirmativa. En el supuesto de que la entidad local constituya un operador para la gestión de la red de fibra, éste podrá alquilarla a cualquier operador inscrito en el Registro de Operadores con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia, no distorsión de la competencia y no discriminación (artículo 9.2 de la LGTel).

III.4 Otras cuestiones adicionales

De la lectura de la Ordenanza en la que se regula el servicio de fibra óptica han surgido una serie de cuestiones directamente relacionadas con la regulación de telecomunicaciones sobre las que se vierten las siguientes consideraciones con carácter adicional.

En primer lugar, el hecho imponible sujeto a “precio público” en la Ordenanza es *“la prestación del servicio de fibra óptica neutra a través de la red municipal de fibra óptica neutra a efectos de su utilización para servicios de telecomunicaciones u otros que resulten técnicamente compatibles”*.

El concepto de fibra óptica neutra, en principio, no responde a un servicio de comunicaciones electrónicas determinado, sino más bien a una forma de gestión de la red. En este sentido, como señaló la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en su acuerdo de archivo dirigido al Ayuntamiento de Miguelturra¹⁴, un operador neutro es *“el titular de la infraestructura que tiene como clientes a los operadores prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas, y que no ofrece sus servicios a los usuarios finales”*.

El operador neutro puede prestar a través de su red múltiples servicios que serán los que constituyan el hecho imponible. Sin ánimo de ser exhaustivo, en la Resolución del Ayuntamiento de Miguelturra se citaban, entre otros, los siguientes servicios mayoristas:

- «- Interconexión: consistentes en la conectividad a nivel físico y lógico entre la red del operador minorista que prestará servicios a clientes finales con la red del “operador neutro”.*
- Acceso: prestación de conectividad transparente entre el punto de interconexión con los operadores prestadores de servicios y el ONT¹⁵ de cada usuario.*

¹⁴ Resolución, de 2 de abril de 2009, por la que se pone fin al período de información previa a la apertura de un procedimiento sancionador contra el Ayuntamiento de Miguelturra y se acuerda no iniciar el mismo (RO 2008/1652).

¹⁵ ONT (Optical Network Termination): equipo terminal óptico del usuario final.

- *[Explotación de la fibra oscura]: reventa de capacidad de los cables pasados por los conductos del “operador neutro” (fibra oscura)».*

En esa misma resolución se destacaban como ventajas de una red de servicios exclusivamente mayoristas –que separa la explotación de la red de acceso de la prestación de servicios a los usuarios finales- que permite al “operador neutro” actuar bajo los principios de:

- «- *Máxima neutralidad posible evitando interferir en las posibles ofertas comerciales de los operadores prestadores de servicios en el mercado minorista.*
- *No discriminación entre operadores, puesto que todos acceden a la red con las mismas condiciones, diferenciándose entre ellos por los servicios de comunicaciones electrónicas prestados.*
- *Transparencia en el acceso de las ofertas mayoristas y acceso a los usuarios finales.*
- *Equidad entre todos los operadores interesados en acceder a usuarios finales en el ámbito de cobertura de la red del “operador neutro”».*

Estos principios como informadores de la intervención de las AAPP en las telecomunicaciones se mantienen vigentes y se recogen en el artículo 9.2 de la LGTel.

En consecuencia, se recomienda completar la redacción del artículo 2.1 de la Ordenanza “Precio público nº 12”, precisando que el hecho imponible es el servicio de alquiler de fibra óptica.

Tal y como se establecía anteriormente, si la prestación del servicio se va a realizar por un operador público deberá actuar conforme al principio del inversor privado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.2 de la LGTel, y establecer los precios de acuerdo a ese principio.

Se le informa de que en el supuesto de que no fuera así, es decir, si los precios fijados no permiten recuperar la inversión realizada con un pequeño beneficio, podría tratarse de una ayuda pública a la administración local (en la medida en que el Ayuntamiento estaría financiando la actividad con ingresos propios). En ese supuesto, se recuerda al Ayuntamiento el debido cumplimiento de las normas en esta materia establecidas en los artículos 107 y 108 del TFUE y disposiciones de desarrollo¹⁶. Básicamente, el Real Decreto 462/2015, de 5 de

¹⁶ Reglamento (UE) No 651/2014 de la Comisión de 17 de junio de 2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del TFUE. Y Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las

junio¹⁷, establece el procedimiento de notificación de medidas de ayuda a redes de banda ancha y las excepciones. Por lo tanto, si el Ayuntamiento estima en algún momento que no explota la actividad bajo el principio de inversor privado, se le recomienda que consulte a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC sobre este particular.

Comuníquese este acuerdo a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado.

normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha (2013/C 25/01-DOUE 23/01/2013).

¹⁷ Real Decreto 462/2015, de 5 de junio, por el que se regulan instrumentos y procedimientos de coordinación entre diferentes Administraciones Públicas en materia de ayudas públicas dirigidas a favorecer el impulso de la sociedad de la información mediante el fomento de la oferta y disponibilidad de redes de banda ancha.