

ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA PLANTEADA POR EL AYUNTAMIENTO DE ZUMAIA EN RELACIÓN CON UN CONVENIO DE COLABORACIÓN CON LA FUNDACIÓ GUIFI.NET Y LA CONCESIÓN DE UNA SUBVENCIÓN PARA EL DESPLIEGUE DE REDES DE FIBRA ÓPTICA EN SU MUNICIPIO

CNS/DTSA/1294/20/ZUMAIA COLABORACIÓN GUIFI.NET

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Secretaria

D.^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 16 de junio de 2021

Vista la consulta formulada por el Ayuntamiento de Zumaia en el expediente de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I. OBJETO Y ANTECEDENTES DE LA CONSULTA

PRIMERO.- Con fechas 14 de septiembre y 3 de noviembre de 2020, tuvieron entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) dos escritos idénticos del Ayuntamiento de Zumaia (Gipuzkoa) mediante los que plantea una consulta relacionada con el despliegue de redes de fibra óptica en su municipio.

El Ayuntamiento de Zumaia afirma que *“actualmente no hay ningún operador que ofrezca fibra óptica”* en el término municipal y, por ello, *“quiere promover las condiciones adecuadas para facilitar la llegada de operadores que instalen y exploten redes de fibra que alcancen el 100% del municipio. En este sentido, la Fundació Guifi.net ha manifestado su interés en el despliegue de una red compartida de fibra óptica neutra, abierta y libre gestionada según un modelo económico colaborativo”*.

Por este motivo, la entidad local se plantea dos posibles escenarios para promover el despliegue de redes de fibra óptica en el término municipal: (i)

formalizar un convenio de colaboración con la Fundació Privada per a la Xarxa Oberta, Lliure i Neutral, Guifi.Net¹ (en adelante, Guifi.net) para el despliegue de una red compartida de fibra neutra y abierta o, (ii) conceder ayudas públicas, en forma de subvención, en régimen de concurrencia competitiva.

En concreto, el Ayuntamiento de Zumaia formula las siguientes preguntas:

1. *“Para el supuesto de formalizar el convenio: ¿el uso de tramos de esa red privada para los servicios de autoprestación por el Ayuntamiento entraría en conflicto con el principio de inversor privado?”*
2. *¿La concesión de subvenciones (en concurrencia competitiva) con el fin de fomentar el uso por operadores privados del dominio público, para la instalación de una red privada de carácter “neutra, abierta y compartida” (como señala la Fundació Guifi.net) podría calificarse como una intervención administrativa que distorsiona la competencia? ¿si se concediera la subvención a los operadores, el Ayuntamiento podría hacer uso de ciertos tramos de esa red subvencionada? Y ¿recibirlos en propiedad?”*
3. *Si el Ayuntamiento descarta la fórmula de la subvención y quisiera participar en esa red neutra y compartida (haciendo aportaciones como el resto de las operadoras) ¿debería necesariamente conforme al principio de inversor privado constituir un ente instrumental e inscribirse en el Registro de Operadores?”*

SEGUNDO.- Con fecha 23 de febrero de 2021, el Ayuntamiento de Zumaia aportó copia del convenio de colaboración suscrito con Guifi.net (el convenio) el día 25 de septiembre de 2020 y de la *“Ordenanza municipal para el despliegue de redes de acceso a servicios de telecomunicaciones de nueva generación (RASTING) en formato universal”*.

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

Las competencias de la CNMC para contestar la presente consulta resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial de telecomunicaciones.

De conformidad con el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), esta Comisión actuará como órgano consultivo sobre las cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos. En este sentido, los artículos 14 y 20 de la citada Ley, así como el artículo 8.1 del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, atribuyen a la Sala de Supervisión

¹ La Fundació Guifi.net consta inscrita en el Registro de Operadores para la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Véase expediente RO 2009/468.

Regulatoria de la CNMC, entre otras, las funciones consultivas previstas en la LCNMC.

Del mismo modo, el artículo 5.3 de la LCNMC establece que, en los mercados de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, la CNMC estará a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley, atribuyendo a este organismo el artículo 6.5 “realizar las funciones atribuidas por la [Ley General de Telecomunicaciones], y su normativa de desarrollo”. A estos efectos, el artículo 70.2.l) de la LGTel establece la competencia de esta Comisión para ser consultada por el Gobierno y el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (MAETD) en materia de comunicaciones electrónicas, particularmente en aquellos aspectos 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.

La CNMC es por consiguiente el organismo competente para responder a la consulta formulada el Ayuntamiento de Zumaia en relación con el fomento al despliegue de redes de fibra óptica en su municipio.

Atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, el órgano decisorio competente para la resolución del presente expediente es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

III. SOBRE EL CONVENIO DE COLABORACIÓN SUSCRITO ENTRE EL AYUNTAMIENTO DE ZUMAIA Y GUIFI.NET

Zumaia es un municipio de la provincia de Gipuzkoa con una población de 9.827 habitantes². El Ayuntamiento de Zumaia suscribió con Guifi.net, el día 25 de septiembre de 2020, el convenio antes referido, que consta de una parte expositiva y siete (7) cláusulas³.

De acuerdo con los manifiestos B) y E) del convenio, el proyecto de Guifi.net “consiste en el desarrollo de la red Procomún, (...) por parte de personas individuales, empresas y administraciones”. De manera que Guifi.net “necesita incorporar la red existente o desplegar nueva [en Zumaia], ocupando espacios, pasos subterráneos y aéreos en el municipio”.

Para la consecución del objeto del convenio, el Ayuntamiento se compromete a (i) “poner a disposición de la Fundació Guifi.net infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas, cableados, ubicaciones y canalizaciones propiedad del Ayuntamiento para la instalación e implantación de

² Según el Instituto Vasco de Estadística a fecha 1 de enero de 2019.

³ Relativas al objeto, compromisos de las partes, publicidad y difusión del acuerdo, vigencia, rescisión, modificación y jurisdicción.

la red Procomún” y (ii) “no establecer ningún derecho preferente o exclusivo en beneficio de ninguna empresa, operador privado, particular o de la Fundació Guifi.net que en lo que gestiona, garantice el acceso a todos los operadores en condiciones neutras, objetivas, transparentes, equitativas y no discriminatorias”.

Por su parte, Guifi.net ejercerá el derecho de ocupación de dominio público para la instalación y puesta en funcionamiento de su red.

Asimismo, el convenio prevé dos posibilidades distintas en relación con el impulso y fomento de la sociedad de la información y las tecnologías de la información y comunicación de la Administración local con los ciudadanos del municipio⁴:

- El Ayuntamiento de Zumaia se beneficia de la red desplegada por Guifi.net en el municipio para relacionarse con sus ciudadanos.
- Se reconoce expresamente que el Ayuntamiento pueda desplegar, con sus propios medios, su propio tramo de red y aportarlo a la red común de Guifi.net como un participante más.

El convenio tiene una duración inicial de un año desde la fecha de su firma (25 de septiembre de 2020) y es prorrogable tácitamente por sucesivos periodos anuales⁵.

La CNMC se ha pronunciado en repetidas ocasiones acerca de la posibilidad de que las Administraciones públicas suscriban un convenio de colaboración que regule el acceso a la infraestructura de titularidad municipal para articular su relación con los operadores de comunicaciones electrónicas (véase, entre otras, la Resolución de 24 de enero de 2017⁶).

Así, la normativa sectorial de telecomunicaciones no se opone a la firma de un convenio de colaboración entre un Ayuntamiento y un operador de comunicaciones electrónicas, siempre y cuando dicho convenio no excluya el derecho de otros operadores a la ocupación del dominio público local, se prevea la instalación de recursos asociados y otras infraestructuras de obra civil para facilitar el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas y se tengan plenamente en cuenta los principios fundamentales del ordenamiento sectorial de telecomunicaciones, como los principios de transparencia, igualdad y no discriminación entre operadores, tal como establecen los artículos 30 y 37

⁴ Apartado Segundo.B).5 del convenio.

⁵ En la actualidad, según la página web de Guifi.net (https://fundacio.guifi.net/es_ES/operadores-zoz), ofrecen servicios en Zumaia sobre la red de Guifi.net en este municipio los siguientes operadores: Ekin Elektrizitatea, S.L., Evel New Technologies, S.L., Bikotek Telecomunicaciones, S.L. Unipersonal y Abaila, Koop. Elk

⁶ Expediente CFT/DTSA/009/16 TORELLO-GUIFI.NET:
https://www.cnmc.es/sites/default/files/1538376_7.pdf.

de la LGTel y, en el caso de contemplarse el despliegue de una red de alta velocidad, el Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad⁷ (Real Decreto 330/2016).

En el presente caso, el convenio suscrito no concreta qué tipo de red de comunicaciones electrónicas desplegará Guifi.net mediante el uso de las infraestructuras físicas municipales, sino que únicamente se hace referencia a “cableados” en el apartado Segundo.A).1 del convenio. Sin embargo, el escrito de consulta señala que el Ayuntamiento de Zumaia quiere promover el despliegue de redes de fibra óptica en el municipio ya que no hay ningún operador que ofrezca fibra óptica en Zumaia. El convenio se refiere, por tanto, a una red de alta velocidad -aunque se puedan utilizar las infraestructuras asimismo para otras redes desplegadas por Guifi.net-.

El concepto de red de comunicaciones electrónicas de alta velocidad está definido en el Real Decreto 330/2016 como “*red de comunicaciones electrónicas, incluyendo tanto redes fijas como móviles, capaz de prestar servicios de acceso de banda ancha a velocidades de al menos 30 Mbps por abonado*” (artículo 3.2).

Este Real Decreto solo establece la obligación de conceder acceso a las infraestructuras desplegadas en un territorio respecto de las redes de alta velocidad. Por motivos de transparencia y con objeto de que quede claro el régimen jurídico aplicable, se recomienda al Ayuntamiento de Zumaia que se especifique en el convenio el detalle de la red que Guifi.net desplegará en el municipio, que incluirá una red de fibra óptica o, al menos, una red de alta velocidad que ofrezca velocidades superiores a 30 Mbps.

IV. CONTESTACIÓN A LAS CUESTIONES PLANTEADAS

La primera y tercera preguntas están relacionadas con la colaboración con Guifi.net, por lo que estas dos preguntas se valorarán teniendo en cuenta lo dispuesto en el convenio ya firmado.

4.1 Para el supuesto de formalizar el convenio ¿el uso de tramos de la red privada de Guifi.net para los servicios de autoprestación por el Ayuntamiento entraría en conflicto con el principio de inversor privado?

Como se ha señalado anteriormente, el convenio contempla que la aportación del Ayuntamiento de Zumaia a Guifi.net consista en la puesta a disposición de las infraestructuras municipales susceptibles de alojar la red de Guifi.net en el municipio. Como se indica en la consulta, el convenio se formaliza para extender

⁷ Dicho Real Decreto incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/61/UE, de 15 de mayo, relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.

una red de fibra óptica en el municipio. El convenio permite al Ente Local hacer uso de la red que despliegue Guifi.net.

A este respecto, procede realizar las siguientes consideraciones desde un doble punto de vista: (i) el uso por el Ayuntamiento de Zumaia de la red de fibra óptica que despliegue Guifi.net, y (ii) el acceso a las infraestructuras físicas públicas de titularidad municipal, por tratarse ambas cuestiones de actividades distintas.

4.1.1 Uso de la red desplegada por Guifi.net

Como se ha señalado, una de las posibilidades recogidas en el convenio consiste en que Guifi.net despliega la red en el municipio y el Ayuntamiento de Zumaia se beneficia de dicha red para relacionarse con sus ciudadanos⁸.

El convenio no da más detalles y no queda claro si se cederá parte de la red desplegada por Guifi.net al Ayuntamiento de Zumaia para que este soporte y gestione sobre la misma sus propios servicios de comunicaciones para el cumplimiento de las funciones propias de la entidad local (por ejemplo, la conexión de edificios municipales, la red de semáforos, bibliotecas, etc.)⁹ o si el Ayuntamiento contratará con Guifi.net como un usuario final un servicio minorista de conectividad entre los distintos edificios municipales.

En cualquiera de los casos, no se consideraría al Ayuntamiento de Zumaia como un operador de comunicaciones electrónicas. En tal contexto, el uso de tramos de la red de Guifi.net por el Ayuntamiento no entraría en conflicto con el principio de inversor privado, en la medida en que el Ayuntamiento no presta un servicio a terceros que tenga que remunerar para cubrir su coste.

En este caso, se recuerda al Ayuntamiento de Zumaia que debería contratar la red siguiendo las previsiones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y del resto de la normativa de contratación aplicable.

⁸ El convenio no recoge ninguna referencia a los importes que la entidad local pagaría a Guifi.net por la utilización de sus fibras, ni por el operador al Ayuntamiento de Zumaia por el acceso a sus infraestructuras, ni se cuantifica la aportación que va a realizar este último a Guifi.net ni se concreta si se va a llevar a cabo.

⁹ 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”.

4.1.2 Acceso a las infraestructuras físicas municipales para el despliegue de la red de fibra óptica por Guifi.net

El convenio regula principalmente la cesión de las infraestructuras a Guifi.net. El acceso a las infraestructuras físicas de titularidad pública susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas es un derecho de los operadores reconocido con carácter general en el artículo 37 de la LGTel según el cual:

“Las administraciones públicas titulares de infraestructuras susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas facilitarán el acceso a dichas infraestructuras, siempre que dicho acceso no comprometa la continuidad y seguridad de la prestación de los servicios de carácter público que en dichas infraestructuras realiza su titular, en condiciones objetivas, de transparencia y no discriminación a los operadores que instalen o exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas, sin que en ningún caso pueda establecerse derecho preferente o exclusivo alguno de acceso a las infraestructuras citadas en beneficio de un operador determinado o de una red concreta de comunicaciones electrónicas. En particular, el acceso a dichas infraestructuras para la instalación o explotación de una red no podrá ser otorgado o reconocido mediante procedimientos de licitación”.

La Administración titular de las infraestructuras debe garantizar el acceso a sus infraestructuras físicas, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, en condiciones neutrales, objetivas, transparentes, equitativas y no discriminatorias. El convenio suscrito indica expresamente que no establecerá ningún derecho preferente o exclusivo en beneficio de Guifi.net y/o de su red de comunicaciones electrónicas, ni de cualquier tercer operador.

No obstante, el apartado Segundo.A).2 del convenio señala que el ente local pone a disposición de Guifi.net infraestructuras susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas y “(...) *encarga a la Fundació Guifi.net que en lo que gestiona, garantiza el acceso a todos los operadores en condiciones neutrales, objetivas, transparentes, equitativas y no discriminatorias*”. Esto es, parece que se encarga a Guifi.net la gestión de las infraestructuras municipales. A este respecto, sin corresponder a esta Comisión decidir sobre la figura del convenio utilizada, se recuerda la necesidad de seguir la regulación contenida en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RBEL), y demás normativa de patrimonio aplicable -normativa que debe interpretarse teniendo en cuenta la normativa sectorial de telecomunicaciones reciente-, a la hora de adjudicar estos derechos de gestión de los bienes.

Por ello, se recuerda que el acceso a las infraestructuras para el despliegue de una red de alta velocidad debe ajustarse a las previsiones del Real Decreto 330/2016, que precisamente desarrolla las obligaciones relativas al acceso a las infraestructuras pasivas que tienen los ayuntamientos -entre otros- para el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, estableciendo los procedimientos, plazos, requisitos y condiciones aplicables.

El convenio establece que el Ayuntamiento “*pondrá a disposición de la Fundació Guifi.net infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas, cableados, ubicaciones y canalizaciones propiedad del Ayuntamiento para la instalación e implantación*” de la red de telecomunicaciones de dicho operador.

Por un lado, se recuerda que, de acuerdo con la definición del artículo 3 del Real Decreto 330/2016, el cableado que se cita en el convenio como uno de los elementos que se ponen a disposición de Guifi.net quedaría excluido de la consideración de infraestructura física¹⁰, y las ubicaciones a las que hace referencia no están identificadas.

En virtud de los principios de transparencia y de no discriminación, se recomienda al Ayuntamiento de Zumaia la elaboración de un inventario detallado de la naturaleza, la disponibilidad y el emplazamiento geográfico de las infraestructuras físicas municipales que son susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas, el cual debe ser puesto a disposición, a través de su página web, tanto de Guifi.net como del resto de operadores de redes de comunicaciones electrónicas, para que puedan ser tenidas en cuenta en sus planes de despliegue de redes de comunicaciones electrónicas y reducir sus costes de inversión.

Por otro lado, el convenio no prevé ninguna contraprestación por la cesión de infraestructuras municipales. A este respecto, se informa de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37, apartados sexto y séptimo, de la LGTel, el Ayuntamiento de Zumaia y Guifi.net deben negociar libremente las condiciones contractuales y económicas del acceso a las infraestructuras municipales destinadas a albergar la red de fibra óptica de dicho operador. Esta Sala ha señalado, en su ya citada resolución de 24 de enero de 2017, que corresponde al Ayuntamiento establecer los cauces legales (tasas, tarifas, precios públicos, etc.) a través de los cuales podrá instrumentalizarse el abono de dicha compensación.

Ante la ausencia de contraprestación, parece que la cesión de la infraestructura municipal se compensase con la cesión del uso de algunos tramos de fibra óptica que despliegue Guifi.net. Si esto fuera así, el Ayuntamiento de Zumaia deberá asegurarse de que hay un equilibrio entre ambos elementos. De otro modo, se podría estar otorgando una ayuda a ese operador¹¹, consistente en la diferencia

¹⁰ Lo cual no es un inconveniente para la cesión, simplemente tiene un régimen distinto. Vid. apartado 4.3 para consideraciones sobre el cableado o la fibra que se despliegue.

¹¹ En función de la cuantía, podría tratarse de una ayuda *de minimis* (Reglamento de la Comisión (EU) No 1407/2013 de 18 diciembre 2013 relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis) exenta de la obligación de notificación establecida en el artículo 108, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

entre el importe que debería pagar por el uso de las infraestructuras físicas municipales y el de la fibra que cede a la entidad local¹².

Más aun, se recomienda un control de este aspecto en la medida en que, en virtud del artículo 37.1 de la LGTel, la administración local debe otorgar acceso a sus infraestructuras a los operadores en condiciones no discriminatorias.

Por otro lado, se recomienda al Ayuntamiento de Zumaia adecuar la “Ordenanza municipal para el despliegue de redes de Acceso a Servicios de Telecomunicaciones de Nueva Generación (RASTING) en formato UNIVERSAL” al contenido del Real Decreto 330/2016. De tal manera que, si otro operador de comunicaciones electrónicas solicita por escrito un acceso razonable al Ayuntamiento de Zumaia, se regule el procedimiento para dar curso a dicha solicitud¹³ en condiciones equitativas y razonables (ej. el precio) y atendiendo principalmente a las exigencias establecidas en los artículos 4 y 5 del citado real decreto.

En particular, se deberá tener en cuenta que la denegación de la solicitud de acceso (artículo 4.7 del Real Decreto 330/2016) por parte del Ayuntamiento de Zumaia debe justificarse de manera clara al solicitante en el plazo máximo de dos (2) meses desde su recepción, exponiendo sus motivos, entre los que se encuentran, (i) la falta de idoneidad técnica de la infraestructura, (ii) la falta de espacio, (iii) los riesgos de integridad, seguridad y de sufrir interferencias en la red de comunicaciones electrónicas, (iv) la disponibilidad de medios alternativos viables y adecuados en condiciones justas y razonables y (v) la no garantía de la continuidad del servicio que se viene prestando a través de dicha infraestructura.

Además, el Ayuntamiento de Zumaia también está obligado a suministrar, a cualquier operador que lo solicite, determinada información mínima sobre sus infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones

¹² En la Decisión de la Comisión Europea [SA.33063](#) – Italy – Trentino NGA, la Comisión Europea expresó serias dudas de que el proyecto cumpliera los criterios para ser considerado de acuerdo con las condiciones de mercado, que alegaba Italia -el proyecto finalmente fue retirado. El proyecto se refería a una asociación público-privada entre la provincia de Trento – que aportó 50 millones de euros- y Telecom Italia -realizó contribuciones en especie- para el despliegue de una red FTTH en áreas remotas de la provincia. Además, Telecom Italia iba a ser nombrado proveedor de servicios de conectividad a la provincia. Vid. nota al pie 24 de la “Guiding template: Measures to support the deployment and take-up of fixed and mobile very high capacity networks, including 5G and fibre networks”. (https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/template_RFF_broadband_roll_out_and_demand_side_measures.pdf.)

¹³ El Ayto. de Zumaia sería “sujeto obligado”, conforme indica el artículo 3.5.d) del citado Real Decreto.

electrónicas y estudios sobre el terreno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto 330/2016.

Se desconoce, por falta de detalles, si la Corporación municipal está valorando que las posibles solicitudes de acceso a las infraestructuras se instrumenten a través de Guifi.net. A este respecto se recuerda únicamente que los distintos operadores que deseen prestar servicios en el municipio han de poder desarrollar su oferta comercial libremente, sin tener que hacerlo a través del proyecto de la asociación firmante del convenio -esta consideración se formula por el contenido del apartado Segundo.B).3, cuyo alcance no está claro, pero en el que Guifi.net se compromete a velar porque *“los operadores que desarrollen actividades económicas con ánimo de lucro contribuyan a la sostenibilidad de forma proporcionada, lo hagan en condiciones de libre mercado, respetuosos con la ética y las buenas prácticas comerciales, ofrezcan y proporcionen unos niveles de servicio claros y razonables a sus clientes y usuarios, e implementar una gobernanza para que todo ello se cumpla”*.-

4.2 Sobre la concesión de ayudas públicas en régimen de concurrencia competitiva

De forma alternativa, el Ayuntamiento de Zumaia plantea la posibilidad de conceder ayudas públicas en forma de subvención en régimen de concurrencia competitiva para el despliegue de una red de fibra óptica en el municipio.

A tal efecto, pregunta: *“¿La concesión de subvenciones (en concurrencia competitiva) con el fin de fomentar el uso por operadores privados del dominio público para la instalación de una red privada de carácter neutral, abierta y compartida podría calificarse como una intervención administrativa que distorsiona la competencia? ¿si se concediera la subvención a los operadores el Ayuntamiento podría hacer uso de ciertos tramos de esa red subvencionada? Y ¿recibirlos en propiedad?”*

La concesión de ayudas públicas constituye una forma de intervención del sector público en la economía que, sin perjuicio de la persecución de ciertos objetivos de interés general, si se utiliza de forma innecesaria o desproporcionada, puede afectar a la competencia. La Comisión Europea (CE) tiene encomendada la vigilancia de la compatibilidad con el mercado de las ayudas públicas.

Por tanto, si el Ayuntamiento de Zumaia opta por la concesión de ayudas al despliegue de una red de banda ancha deberá cumplir con la normativa de ayudas de Estado entre la que se incluye, entre otros, la siguiente: (i) los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), (ii) el Reglamento 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 (RGEC), en su caso, y (iii) el 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 ancha¹⁴, cuyo cumplimiento corresponde supervisar a la CE y al MAETD, respectivamente.

Asimismo, se deberán tener en cuenta las Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales para el despliegue rápido de redes de banda ancha (Directrices comunitarias de ayudas)¹⁵. Estas directrices orientan sobre los criterios que sigue la CE para considerar las ayudas públicas a la banda ancha compatibles con el TFUE, las condiciones y el procedimiento de concesión de las mismas, que será objeto de evaluación por parte de la CE.

En la actualidad, la extensión de las redes de banda ancha de muy alta velocidad (más de 300 Mbps simétricos, escalables a 1 Gbps) a las zonas más rurales y de menor densidad de población, en donde existe un fallo de mercado, se realiza en su mayor parte a nivel estatal a través del Programa Nacional de Extensión de la Banda Ancha de Nueva Generación (PEBA-NGA)¹⁶. Este programa está gestionado por el MAETD a través de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales (SETID) y cuenta con financiación del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

No obstante, concurren otras iniciativas públicas llevadas a cabo por otras Administraciones Públicas -varias de ellas por administraciones del País Vasco¹⁷- que complementan al citado PEBA-NGA y que contribuyen a la consecución de los objetivos de interés general establecidos en la Brújula Digital para Europa para 2030¹⁸ y España Digital 2025¹⁹. La Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC siempre ha valorado positivamente este tipo de medidas de apoyo directo a la extensión de redes de banda ancha NGA en zonas con déficit en los despliegues, si se aprueban y ejecutan con las medidas adecuadas para la promoción de la competencia en el territorio.

La gran mayoría de los proyectos de ayudas analizados por esta Sala constituyen subvenciones a fondo perdido que se conceden en régimen de concurrencia competitiva en zonas donde no hay otros despliegues de este tipo

¹⁴ El Real Decreto 462/2015 establece el procedimiento de notificación al MAETD de las medidas de ayuda a las redes de banda ancha y las excepciones.

¹⁵ 2003/C 25/01 DOUE de 26 de enero de 2013.

¹⁶ <https://www.mincotur.gob.es/PortalAyudas/banda-ancha/Paginas/Index.aspx>

¹⁷ Entre otros, véase los informes a las ayudas en Bizkaia

(<https://www.cnmc.es/sites/default/files/3196479.pdf>), Gobierno Vasco

(<https://www.cnmc.es/sites/default/files/2945276.pdf>), Guipuzkoa

(<https://www.cnmc.es/expedientes/infdtsa21117>),

o los municipios de Arratzu (<https://www.cnmc.es/expedientes/infdtsa20317>) y Zírbena

(https://www.cnmc.es/sites/default/files/1754242_5.pdf)

<https://www.cnmc.es/expedientes/infdtsa01520>.

¹⁸ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_21_983.

¹⁹ <https://advancedigital.mineco.gob.es/programas-avance-digital/Paginas/espana-digital-2025.aspx>.

de redes de alta velocidad²⁰. De tal manera que la red de banda ancha NGA desplegada por el operador beneficiario de la ayuda es de su titularidad y sin reversión a la Administración concedente de la ayuda.

Si este fuera el caso, no habría problema desde la perspectiva de telecomunicaciones para que el Ayuntamiento subvencionara el despliegue -con respeto de la normativa de ayudas- y, con posterioridad, alquilara algún tramo de la red subvencionada al beneficiario de la ayuda, titular de la red, para la prestación de sus propios servicios de comunicaciones electrónicas, o le prestase directamente el servicio²¹, pero sería un cliente final más del operador adjudicatario.

Se recuerda que, en este modelo, el operador beneficiario de la ayuda debería ofrecer acceso mayorista a cualquier operador que se lo solicite al menos por un periodo de siete años y con carácter indefinido a los conductos que sean objeto del despliegue de la red subvencionada²².

Como se ha señalado, las ayudas solo pueden dirigirse a despliegues en zonas donde no haya ninguna otra red de alta velocidad desplegada, si no fuera así debería notificarse a la CE para que declare su compatibilidad con el TFUE con anterioridad a su concesión. La entidad local señala en su escrito que *“en el municipio de Zumaia (Gipukoa) actualmente no hay ningún operador que ofrezca fibra óptica”*. Según los datos que proporciona el Gobierno Vasco, la mayor parte del municipio carece de despliegues de alta velocidad, pero hay alguna zona donde se han desplegado redes FTTH²³.

En este mismo sentido, según consta en el mapa de cobertura del PEBA-NGA, el municipio de Zumaia no es considerado en su totalidad como zona blanca NGA ni tiene zonas grises (2020). Es decir, la SETID considera que sólo determinadas zonas del municipio de Zumaia no disponen de cobertura de redes de banda ancha de nueva generación, ni previsiones para su dotación por algún operador en el plazo de 3 años, en base a planes de inversión creíbles²⁴ (zonas blancas NGA)²⁵. En consecuencia, el Ayuntamiento de Zumaia únicamente

²⁰ En el último PEBA, se incluyeron también zonas con redes que ofrecían alta velocidad hasta 100 Mbps.

²¹ Vid por ejemplo el supuesto autorizado por la CE en N 407/2009 - Optical fibre Catalonia (Xarxa Oberta)

²² Vid el apartado 78.g) de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha.

²³ Véase <https://www.euskadibandazabala.eus/gis/index.php?idm=#15/43.2957/-2.2438>. Por ejemplo en el Polígono de la Estación se otorgaron en 2016 ayudas para despliegue de una red FTTH.

²⁴ Véase <https://avancedigital.gob.es/banda-ancha/zonas-blancas-NGA/Paginas/2020.aspx>.

El siguiente enlace web visualiza la capa de zonas blancas NGA como la capa de zonas grises NGA <https://avancedigital.maps.arcgis.com/apps/webappviewer/index.html?id=1f63f6fc84b443dc996346c5e32657b8>.

²⁵ El PEBA también contempla ayudas a zonas en las que hay desplegadas redes de alta velocidad que ofrecen velocidades de hasta 100 Mbps (zonas grises). En la relación definitiva de zonas blancas NGA y zonas grises NGA (2020) las entidades singulares de población incluidas de Zumaia son todas zonas blancas.

podría conceder ayudas al despliegue de redes de banda ancha NGA en las zonas blancas identificadas por la SETID en su mapa de cobertura si quiere que el proyecto encaje dentro del RGEC (y en cuyo caso estaría exento de notificación previa)²⁶.

Por último, en cuanto a la posibilidad de que el Ayuntamiento pudiera quedarse parte de la red subvencionada en propiedad, la CE ha aprobado algunos programas de ayudas que responden al modelo de concesión. A este respecto, puede servir como orientación la “*Guía de la inversión en banda ancha de alta velocidad*” de la Comisión Europea, en la que recoge algunos ejemplos de iniciativas de despliegue de Administraciones públicas en otros países²⁷. Una posibilidad es convocar un concurso en el que el adjudicatario construye una red con dinero público y la explota a terceros entre los que se incluye la propia administración concedente de la ayuda. Transcurrido el periodo de tiempo que se determine en la convocatoria, la red revierte a la Administración. En estos casos, para conocer el importe exacto de la ayuda, se deben diferenciar los costes correspondientes a ambas actividades -la de ayudas y la de servicios de banda ancha a la administración- mediante separación de cuentas para evitar subvenciones cruzadas²⁸.

Sin embargo, el Ayuntamiento de Zumaia plantea un supuesto algo distinto pues parece que el operador subvencionado desplegaría una parte de la red para explotarla y otra parte para entregarla a la Administración otorgante de la ayuda -que mantendría la titularidad de esa parte de la red-. Para este caso, para evitar problemas de delimitación de los importes que constituyen ayuda y cuales suponen inversión en la red de la entidad local, sería recomendable separar ambos supuestos en contratos diferenciados o, en cualquier caso, tener en cuenta el principio de separación de cuentas.

²⁶ En el caso de que el proyecto quisiera ir dirigido a zonas grises o negras, hay que tener en cuenta que no encajaría en el RGEC y requeriría aprobación previa de la CE, siempre que cumpliera los requisitos establecidos en las Directrices comunitarias de ayudas (y las condiciones establecidas, en su caso). Finalmente, y en cualquier caso, si por razón de la cuantía encajara en los requisitos previstos en el Reglamento de *minimis*, no haría falta notificación a la CE.

²⁷ https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=12898 (vid punto 4.4). muchos de ellos siguen un modelo de negocio de red abierta (véase el capítulo 5.2) con buenos niveles de competencia; otros prefieren actuar como operadores verticalmente integrados o recurrir a los servicios de un operador durante cierto número de años.

²⁸ Vid. Párrafos 205 y 206 COMMUNICATION FROM THE COMMISSION Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) TFEU: <https://files.m17.mailplus.nl/user317000154/50807/state%20aid.pdf>

4.3 Si el Ayuntamiento descarta la fórmula de la subvención y quisiera participar en esa red neutra y compartida (haciendo aportaciones como el resto de las operadoras) ¿debería necesariamente conforme al principio de inversor privado constituir un ente instrumental e inscribirse en el Registro de Operadores?

El convenio de colaboración también reconoce expresamente la posibilidad de que el Ayuntamiento de Zumaia despliegue, con sus propios medios, su propio tramo de red de fibra óptica para conectar los edificios o dependencias municipales y aportarlo (cederlo) a la red de Guifi.net como un participante más.

En este supuesto, el Ayuntamiento de Zumaia se convertiría en titular de una red de comunicaciones electrónicas de fibra óptica cuya explotación cedería parcialmente a Guifi.net, lo que supondría que la red estaría disponible a terceros, es decir, al público y, por tanto, el Ente Local actuaría como operador de comunicaciones electrónicas²⁹.

El Ayuntamiento debería cumplir los requisitos establecidos en el artículo 9.3 de la LGTel, esto es, debería constituir una entidad o sociedad que sería el operador titular de la red de fibra óptica municipal, apartados 1 y 3 del citado artículo, la cual debería notificar la explotación de la red definida al Registro de Operadores.

Como señaló esta Sala en su Acuerdo de fecha 11 de diciembre de 2014 en relación con una consulta del Principado de Asturias, la Administración pública tiene tres posibilidades:

*“(...) si se decidiese por una fórmula de gestión pública, el Principado de Asturias deberá o bien **crear una entidad o sociedad** cuyo objeto o finalidad sea la explotación de la red Asturcón y que ostente su titularidad, o bien seguir explotándola a través de Gitpa o, por último, **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.”*

Por tanto, puesto que el Ayuntamiento de Zumaia -según ha confirmado- no dispone en la actualidad de ninguna entidad que tenga entre su objeto o finalidad la explotación de una red de comunicaciones electrónicas, si explotara una red de fibra, tendría dos posibilidades: (i) crear una entidad o sociedad cuyo objeto o finalidad sea la explotación de la red de fibra, o (ii) 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.

²⁹ El modelo que plantea Guifi.net supone la compartición de la red por varios operadores. Por ejemplo, como se explica en la página web de Guifi.net (https://fundacio.guifi.net/es_ES/zuntz-optikoa-zumaia), la red que se va a desplegar en el municipio de Zumaia en el ámbito de este proyecto va a ser utilizada por cuatro operadores (https://fundacio.guifi.net/es_ES/operadores-zoz) y los usuarios eligen entre ellos al que más se ajusta a sus necesidades.

Asimismo y en línea con lo manifestado esta Sala en reiteradas ocasiones³⁰, la cesión de la explotación de una red de comunicaciones electrónicas debe realizarse conforme al principio de inversor privado -artículo 9.2 de la LGTel- porque conlleva el ejercicio de una actividad de carácter económica y, por tanto, debe realizarse a cambio de una remuneración económica. Dicho de otro modo, la entidad o sociedad municipal titular de la red de fibra óptica debería cobrar a la Fundació Guifi.net un precio de mercado por la cesión parcial de la red de fibra óptica que le permita recuperar la inversión realizada con un pequeño beneficio.

En este sentido, se recuerda que, tal como ha señalado la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC en las contestaciones a las consultas planteadas por el Principado de Asturias en 2014 y 2019³¹, la red de fibra óptica tiene la consideración de bien patrimonial, con independencia de encontrarse en el dominio público local, al no destinarse a un uso o servicio público -artículo 79.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local y artículos 3 y 4 del RBEL 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.

Además, se recuerda el principio de no discriminación previsto en el artículo 9.4 de la LGTel, según el cual los operadores controlados directamente o indirectamente por las administraciones públicas deben garantizar el derecho de acceso a sus redes (incluidas las infraestructuras y recursos asociados) en condiciones no discriminatorias.

³⁰ Véase por ejemplo Acuerdo de 9 de octubre de 2014:
<https://www.cnmc.es/expedientes/cnsdtsa56014>.

³¹ Véanse los expedientes núm. CNS/DTSA/1460/14/GESTIÓN RED ASTURCÓN y CNS/DTSA/060/19/AMPLIACIÓN Y TITULARIDAD RED ASTURCÓN.