

Conclusiones de la consulta pública sobre determinadas propuestas regulatorias en relación con la explotación de redes públicas inalámbricas basadas en la utilización de dominio público radioeléctrico a través de bandas de uso común y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas

25 de marzo de 2010

## ÍNDICE

1. Introducción .....	3
2. Tipos de actividades que llevan a cabo las Administraciones Públicas en el ámbito de las comunicaciones electrónicas: explotación de redes y prestación de servicios. Su incidencia en el mercado.....	5
2.1. Explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas.....	6
2.2. Prestación de servicios de comunicaciones electrónicas .....	7
3. Condiciones generales a las que debe sujetarse la explotación de redes públicas y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas .....	7
3.1. Regla general: prestación conforme al principio del inversor privado. Condiciones aplicables.....	9
3.2. Condiciones en el caso de prestación de servicios con sujeción al principio del inversor privado .....	10
3.3. Condiciones en el caso de prestación de servicios sin sujeción al principio del inversor privado .....	11
4. Competencia para la definición de obligaciones de servicio público y de las prestaciones incluidas en el servicio universal .....	11
5. Competencias de la Comisión Europea: Ayudas de Estado .....	13
6. Competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones .....	15
6.1. Supuestos en que no estamos ante servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público: la autoprestación .....	16
6.2. Supuestos de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público: afectación al mercado .....	17
7. Actuación que se propone: elaboración de una Circular .....	20

# Conclusiones de la consulta pública sobre determinadas propuestas regulatorias en relación con la explotación de redes públicas inalámbricas basadas en la utilización de dominio público radioeléctrico a través de bandas de uso común y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas

## 1 Introducción

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones viene observando en los últimos años la creciente expansión de las redes inalámbricas basadas en la utilización de dominio público radioeléctrico a través de bandas de uso común (en adelante, RIBUC), en especial mediante el empleo de tecnología Wifi. Este crecimiento se debe, en gran medida, a su utilización por las Administraciones Públicas, generalmente Entidades Locales, con el objeto de ofrecer al público servicios de comunicaciones electrónicas. Como consecuencia de este aumento de la actividad por los entes públicos, se han planteado numerosas consultas que han dado lugar a diferentes actuaciones por parte de esta Comisión dirigidas a clarificar diversos aspectos regulatorios sobre la materia.

El artículo 2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTel) califica las telecomunicaciones como servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia, manteniéndose como servicio público el establecimiento de un servicio universal que garantice el acceso de todos los ciudadanos a determinados servicios. Este cambio ha supuesto la eliminación de las barreras regulatorias para acceder al mercado y ha traído consigo dos importantes consecuencias:

- a) Con carácter general y con los matices que se señalarán más adelante, la realización de estas actividades deberá financiarse por medio de los rendimientos de la explotación de la actividad, no pudiendo neutralizarse pérdidas con transferencias de fondos públicos. La única financiación externa permitida es la que cumpla con el principio del inversor privado en una economía de mercado, que se produce cuando una Administración Pública que intervenga en el mercado lleve a cabo su actividad en las mismas condiciones y asumiendo los mismos riesgos que un operador privado de forma que responda a un proyecto empresarial asumible.
- b) No le es de aplicación el régimen concesional previsto para los servicios públicos. Por tanto, las Administraciones Públicas no podrán contratar servicios de comunicaciones electrónicas a través de contratos de gestión de servicio público, sino que deberán acudir a otras formas de contratación.

La actividad de las Administraciones Públicas en este mercado debe, así, producirse en condiciones tales que no genere distorsiones en las condiciones competitivas; de ahí que, en consonancia con lo establecido en las Directivas comunitarias, nuestra LGTel somete la participación de Entidades Públicas tanto a las reglas generales

como a condiciones específicas recogidas en su artículo 8.4, con el objeto de garantizar que la misma no perjudica ni inhibe la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Esas condiciones específicas resultan, por una parte, de lo establecido en la LGTel y su normativa de desarrollo y, por otra, del régimen de ayudas públicas, desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y la doctrina de la Comisión Europea.

El respeto de dichas condiciones aplicables resulta esencial para el correcto desenvolvimiento del mercado con el fin último de garantizar los mejores resultados para los usuarios, tanto en términos de disponibilidad de servicios como de variedad de precios y calidades.

En sus respuestas a la Consulta pública planteada en junio de 2009<sup>1</sup>, los operadores han puesto de manifiesto que las actividades de telecomunicaciones realizadas por las Administraciones Públicas afectan a sus redes y servicios. En concreto, la mayoría ha coincidido en señalar que la prestación de servicios de acceso general a Internet perjudica a la competencia. Sin embargo, cuando este acceso se vincula a la actividad de la Administración Pública, como en el caso de acceso a sus propias páginas Web, los operadores no se muestran disconformes con su prestación por las entidades públicas, admitiendo incluso su gratuidad.

Por lo que respecta al empleo de fondos públicos, los operadores admiten su uso en zonas en las que no llegue ningún operador y como incentivo a la demanda siempre que se oferte en condiciones comerciales. Se muestran en total desacuerdo con su empleo para que las Administraciones Públicas se constituyan en operadores explotando redes u ofreciendo servicios en cualquier ubicación fuera de las dependencias municipales y especialmente en zonas residenciales y en zonas abiertas como parques y jardines.

Además, reclaman que el análisis y las condiciones que la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones aplique resulten congruentes con las establecidas por la Comisión Europea en las Directrices en materia de ayudas públicas, de manera que la aplicación de unas y otras ofrezca un tratamiento plenamente consistente de las intervenciones de las Administraciones Públicas en estos mercados.

Por su parte, las Administraciones Públicas justifican su intervención en la satisfacción de un interés general que en ocasiones identifican con el servicio universal, cuestión que será examinada con posterioridad.

Ahora bien, no siempre la actividad desarrollada por las Administraciones Públicas incide en las condiciones de mercado e, incluso incidiendo en ellas, no siempre es susceptible de hacerlo con la misma intensidad y efectos. De una y otros han de depender de las condiciones a que queda sometida la iniciativa pública y, consecuentemente, es necesario un análisis previo del tipo de actividad de que se trate en cada caso.

---

<sup>1</sup> Un resumen de las respuestas se recoge en los anexos 3 y 4 de este Informe.

---

Las conclusiones derivadas del proceso de Consulta pública ahora cerrado, permiten abordar, así, en su conjunto las cuestiones fundamentales para la correcta identificación por esta Comisión de las condiciones a imponer, a saber:

- Tipos de actividades que llevan a cabo las Administraciones Públicas en el ámbito de las comunicaciones electrónicas: explotación de redes y prestación de servicios y su incidencia en el mercado.
- Condiciones generales a las que debe sujetarse la explotación de redes públicas y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público por las Administraciones Públicas.
- Tratamiento de las obligaciones de servicio público y de las prestaciones incluidas en el servicio universal.
- Competencias de la Comisión Europea: Ayudas públicas.
- Actuaciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en los distintos supuestos.
- Propuesta de actuación.

## **2 Tipos de actividades que llevan a cabo las Administraciones Públicas en el ámbito de las comunicaciones electrónicas: explotación de redes y prestación de servicios. Su incidencia en el mercado**

A juicio de los operadores, las Administraciones Públicas sólo deberían intervenir impulsando el desarrollo de la administración electrónica, el fomento del uso entre la población de las tecnologías de la información y la comunicación y, en lo que afecta al despliegue de las redes, agilizando los trámites administrativos en la obtención de licencias de ocupación y facilitando, en la medida de lo posible, la actividad que lleven a cabo los operadores en ese campo. En el resto de los casos, su participación debería revestir un carácter excepcional, limitándose a aquellos supuestos de falta de viabilidad económica tanto en determinadas zonas geográficas como respecto a ciertos sectores de la población.

En su opinión, las Administraciones Públicas deberían centrar su actividad principalmente en el fomento de la demanda, dejando las actividades de incremento de la oferta de desarrollo de redes y servicios de banda ancha en manos de la iniciativa privada.

Por lo que respecta a las Administraciones Públicas, éstas consideran que la prestación de servicios de acceso a Internet a través de redes Wifi en espacios públicos y edificios municipales no afecta de manera relevante a la competencia, sino que, por el contrario, la estimula permitiendo a los usuarios el acceso a las nuevas tecnologías y fomentando su uso.

En definitiva, es evidente la necesidad de examinar las concretas actuaciones que llevan a cabo las Administraciones Públicas en el ámbito de la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, así como en el de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, habida cuenta de que será la calificación de la actividad que lleven a cabo la que determine el conjunto de condiciones a respetar.

Las Administraciones Públicas despliegan RIBUC tanto para cederlas a terceros como para prestar directamente sobre ellas servicios que satisfagan las necesidades de comunicación propias o del público, debiendo distinguirse entre la explotación de redes y la prestación de servicios.

## **2.1. Explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas**

Por lo que se refiere a las actividades en el mercado, en la actualidad, están inscritas en el Registro de Operadores cerca de 400 Administraciones Públicas (incluidas entidades de capital público), como explotadoras de redes públicas de comunicaciones electrónicas, de las cuales más de un 60% se basan en la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común (básicamente mediante tecnología Wifi). Asimismo, esta Comisión ha observado una tendencia de crecimiento sostenido del número de Administraciones Públicas que se inscriben para explotar RIBUC (aproximadamente un 50% de incremento en el último año).

### **i) Despliegue de redes neutras**

En un primer escenario, una Administración Pública aborda el despliegue de una red propia de comunicaciones electrónicas, cediendo su explotación a operadores que prestan los servicios de comunicaciones electrónicas al público.

Este tipo de intervención es considerado en los comentarios a la Consulta como adecuado en aquellos casos en los que se trate de zonas no cubiertas adecuadamente por la oferta privada y previo el análisis previsto para las ayudas públicas.

Al respecto, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones ha señalado de modo reiterado el carácter positivo que tiene este tipo de actuaciones, como por ejemplo el caso del Ayuntamiento de Miguelturra<sup>2</sup>.

### **ii) Despliegue de redes para la prestación de servicios por parte de las Administraciones Públicas**

En este segundo escenario, las Administraciones Públicas no se limitan a construir la red para que la utilicen otros operadores, sino que adoptan un papel activo en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas a los usuarios finales sobre las redes que explotan de forma análoga a como lo hacen los operadores de comunicaciones electrónicas, pudiendo utilizar una parte de dichas redes para servicios en autoprestación.

---

<sup>2</sup> Resolución de 3 de abril de 2009 por la que se pone fin al periodo 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).

Es el caso de las iniciativas del Ayuntamiento de Barcelona, a través del l'Institut Municipal d'Informàtica (IMI) o del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

## **2.2. Prestación de servicios de comunicaciones electrónicas**

El segundo tipo de actividad que realizan las Administraciones Públicas, que junto con el anterior, son los que generan mayor riesgo de distorsión en el mercado, es el de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas al público. A este respecto, las Administraciones Públicas han notificado principalmente dos tipos de actividades: el servicio de acceso a Internet y el de acceso a Internet limitado a páginas Web de las Administraciones Públicas. Ambos tipos de actividades serán objeto de estudio más adelante.

Como señalábamos anteriormente, los Ayuntamientos entienden que deben poder dar este tipo de servicios al público. Frente a esto, de los comentarios recogidos en las contestaciones a la referida consulta, se deriva que los operadores consideran estas intervenciones perjudiciales para el desarrollo de la libre competencia y, en general, sólo admiten dos supuestos en los que la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas prestados por las Administraciones Públicas no plantearía problemas: la prestación de servicios no comerciales, es decir, acceso a las páginas Web de la propia Administración Pública y la prestación en condiciones comerciales de servicios en zonas geográficas claramente delimitadas en los que no existe ni es previsible que exista una oferta comercial de los mismos.

Pues bien, la medida de los riesgos señalados por los operadores dependerá de dos elementos: i) de si los servicios se prestan conforme al principio del inversor privado y ii) de la capacidad de sustitución que los servicios prestados por las Administraciones Públicas tengan en relación con los prestados por los operadores privados. Pasamos a referirnos al primero de dichos elementos, haciendo referencia al segundo al final de este documento.

## **3 Condiciones generales a las que debe sujetarse la explotación de redes públicas y la prestación de los servicios de comunicaciones al público por las Administraciones Públicas**

Las Administraciones Públicas, como cualquier otro interesado en la explotación de redes públicas o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, deben notificar el inicio de la realización de actividades de telecomunicaciones, conforme al régimen establecido con carácter general en el Capítulo I del Título II de la LGTel y sus disposiciones de desarrollo, con la consiguiente adquisición de los derechos y la sujeción a las obligaciones establecidas en la normativa. Como se señala en la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de febrero de 2010<sup>3</sup>:

---

<sup>3</sup> Resolución del procedimiento sancionador incoado contra el Ayuntamiento de Málaga por el presunto incumplimiento de los requisitos exigibles para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (RO 2009/229)

*«La inscripción en el Registro de Operadores conlleva que el operador sea titular de unos derechos y por lo que aquí importa, unas obligaciones que son anejas a dicha condición de operador. Así, los operadores, por el mero hecho de serlo, tienen que cumplir determinadas obligaciones que afectan al interés general, como por ejemplo: (i) garantizar la protección de los datos personales y la intimidad de las personas, (ii) garantizar el derecho de los consumidores y los usuarios finales, (iii) garantizar la interoperabilidad de los servicios, (iv) garantizar las obligaciones de calidad de servicio, (v) garantizar el secreto de las comunicaciones, (vi) mantener el secreto de las comunicaciones e interceptar las comunicaciones electrónicas en los supuestos legales, (vii) pagar las tasas de operadores. Y sólo si aparecen inscritos en el Registro de Operadores puede vigilarse dicho cumplimiento».*

Pero, junto con estas obligaciones, las Administraciones Públicas están sujetas al cumplimiento de requisitos adicionales. Las Administraciones Públicas son, en este sentido, operadores con un mayor nivel de exigencia respecto de las condiciones derivadas de la normativa de telecomunicaciones, en especial las que garantizan la libre competencia en estos mercados.

De nuevo debe tenerse en cuenta que la LGTel parte de la consideración de que los servicios de comunicaciones electrónicas se prestan siempre en condiciones de libre competencia... Asimismo, dicha norma atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones competencias para establecer condiciones a estas actividades, precisamente para evitar que la explotación de redes y la prestación de servicios por parte de las Administraciones afecte al mercado. En concreto, el artículo 8.4 de la LGTel recoge las condiciones a las que deberán ajustar las Administraciones Públicas su actividad y atribuye al mismo tiempo competencias a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para la fijación de condiciones especiales cuando su actividad afecte al mercado:

*“4. La explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones públicas, directamente o a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente, se ajustará a lo dispuesto en esta ley y sus normas de desarrollo y se realizará con la debida separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia.”*

Como ha señalado la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones<sup>4</sup>, la explotación de red pública o la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas disponibles para el público por una Administración Pública está sujeta a las condiciones, que serán analizadas en los apartados siguientes, en función de que

---

<sup>4</sup> Resolución de 18 de septiembre de 2008 por la que se aprobó el Informe en relación con el régimen jurídico aplicable a la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas; y Resolución de 28 de noviembre de 2008, por la que se da contestación a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Avilés.

las actividades de telecomunicaciones se realicen sujetándose o no al principio del inversor privado.

### **3.1. Regla general: prestación conforme al principio del inversor privado. Condiciones aplicables**

Un gran número de operadores ha puesto de relieve la importancia de aplicar en la mayoría de las intervenciones de las Administraciones Públicas el principio del inversor privado en una economía de mercado. Para algún operador, una oferta sustentada en fondos públicos por debajo de los precios de mercado para uso de una red Wifi por parte de la Administración Pública, supone en última instancia una forma de competencia "desleal", desde el momento en que la Administración Pública pasa a sustituir a la iniciativa privada, sin que rija el principio básico de todo inversor privado que es la necesaria rentabilización de las inversiones incurridas.

Asimismo, se ha señalado que los proyectos Wifi de las Administraciones Públicas, gratuitos o no, deberían evaluarse mediante el test del inversor privado en una economía de mercado; y si un proyecto no supera dicho test deberían de aplicarse todos los demás criterios establecidos por la práctica comunitaria en materia de Ayudas de Estado.

Algunos operadores han apuntado que la existencia de infraestructuras de redes y de prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas en el ámbito geográfico analizado debería ser considerada condición suficiente como para declarar que existe un impacto negativo sobre la competencia. Asimismo, la mayoría coinciden en que la actuación de las Administraciones Públicas en áreas geográficas en las que no llegan los operadores no incidiría en el mercado aunque debería realizarse siempre a cambio de un precio similar al de las zonas rentables por si en un futuro hubiera operadores interesados.

Esta Comisión coincide con lo señalado por los operadores. La realización de actividades de telecomunicaciones por una Administración Pública, como la de cualquier otro operador, está sujeta a las reglas del mercado. En este sentido, como regla general las Administraciones Públicas deberán explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas a cambio de una contraprestación, esperando el lógico retorno de sus inversiones como haría el resto de los agentes que desarrollan una actividad económica, es decir, con arreglo a los criterios que adoptaría cualquier inversor privado.

Teniendo en cuenta los criterios asentados por el TJUE<sup>5</sup>, podría definirse como inversor privado en una economía de mercado a aquél que realiza una actividad económica<sup>6</sup>, de acuerdo con los parámetros de cualquier operador con intereses comerciales, es decir, que financie su actividad a través de sus propios ingresos sin recurrir a fondos públicos. Debe tener un plan de negocio en el que los ingresos

---

<sup>5</sup> Sentencia Calafiori de 30 de marzo de 2006 (C-451/03).

<sup>6</sup> "A este respecto, la Jurisprudencia indica que constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia, 118/85, Rec. p. 2599, apartado 7, y sentencia Aéroports de Paris/Comisión, citada en el apartado 66 supra, apartado 107". Asunto T-196/04 Ryanair Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas.

superen lo necesario para cubrir los gastos ocasionados teniendo en cuenta un beneficio razonable de acuerdo a como lo haría una empresa media y bien gestionada. Y ello tanto si esos ingresos provienen de pagos de los usuarios, como si provienen de pagos de terceros en forma de publicidad o patrocinio, como se señaló en la Resolución sobre el Ayuntamiento de Avilés<sup>7</sup>.

De los diversos documentos elaborados por la Comisión Europea, puede señalarse que existen dos elementos que deben tomarse en cuenta para apreciar si una Administración actúa como un inversor privado:

- a) En primer lugar, la existencia de perspectivas de rentabilidad constituye un indicio del carácter de la intervención de la entidad pública. Las aportaciones realizadas a fondo perdido excluyen la calificación de la actuación como ajustada al mercado. Habrá que comprobar si existe un proyecto coherente, en el que se prevea un horizonte de rentabilidad.
- b) En segundo lugar, la Comisión Europea presume que una Administración Pública actúa como un inversor privado cuando hay una participación público-privada en un proyecto y la entidad pública actúa en condiciones idénticas al resto de los accionistas, de forma que no soporte mayores cargas financieras que impliquen la aparición de una Ayuda de Estado<sup>8</sup>.

En definitiva, si se cumple con lo anterior, el riesgo de que la actuación de las Administraciones Públicas distorsione la competencia es menor, por lo que, como expondremos a continuación, menores serán los requisitos o limitaciones a que debe sujetarse dicha actuación.

En consecuencia, pasamos a examinar las condiciones establecidas en la LGTel y en sus normas de desarrollo sobre la actuación de las Administraciones Públicas en este ámbito, distinguiendo las aplicables cuando la Administración actúa conforme al principio del inversor privado de las que, además de las anteriores, se le aplican cuando pretende no sujetarse a dicho principio:

### **3.2. Condiciones en el caso de prestación de servicios con sujeción al principio del inversor privado**

Cuando los servicios se prestan conforme al principio del inversor privado, la Administración Pública operadora estará sujeta, además de a las reglas generales de cualquier operador privado, a las siguientes condiciones adicionales:

- Separación de cuentas.
- Respeto a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación.

---

<sup>7</sup> Resolución de 28 de noviembre de 2008 por la que se da contestación a la consulta formulada por el ayuntamiento de Avilés en relación con la financiación por medio de publicidad o patrocinio del servicio de acceso a Internet sobre una red pública de comunicaciones electrónicas inalámbrica de titularidad municipal (RO 2008/848).

<sup>8</sup> Decisión sobre Apinguedam N 59/2005.

- Sujeción a las condiciones especiales que, en su caso, imponga la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para garantizar la no distorsión de la libre competencia.

Por tanto, la LGTel habilita a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para imponer condiciones a la prestación de servicios por parte de las Administraciones Públicas, aun en el caso en que los mismos se presten en condiciones de mercado.

### **3.3. Condiciones en el caso de prestación de servicios sin sujeción al principio del inversor privado**

Además del respeto a las condiciones establecidas para los supuestos de actividades realizadas conforme al principio de inversor privado, las Administraciones Públicas deberán:

- Comunicar el proyecto (con las excepciones que después desarrollaremos), a la Comisión Europea, en tanto que el mismo, presumiblemente, supondrá un caso de Ayuda de Estado.
- Comunicar previamente a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones las condiciones en las que se pretende prestar el servicio.
- Sujetarse a las condiciones específicas que, cuando la actividad afecte al mercado, esta Comisión imponga para la prestación de esos servicios en función de: (i) la importancia de los servicios prestados, (ii) la existencia en ese ámbito territorial de condiciones de mercado que permitan el acceso a dichos servicios o (iii) la distorsión de la libre competencia (artículo 4.1 del Reglamento de Prestación de Servicios).

Es decir, si los operadores no prestan sus servicios con arreglo al principio del inversor privado, nos podemos encontrar bien ante un supuesto de ayuda de Estado, bien ante uno de distorsión del mercado o bien ante ambos simultáneamente, por lo que se hace necesario referirnos a las respectivas competencias que tendrán la Comisión Europea y la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones. Sin embargo, antes de abordar dicha cuestión, conviene hacer referencia a la determinación de las obligaciones de servicio público, en tanto que muchos son los Ayuntamientos que entienden que la posibilidad de prestar servicios de comunicaciones electrónicas sin sujeción al principio del inversor privado vendría dada por su carácter de servicio público.

## **4 Competencia para la definición de obligaciones de servicio público y de las prestaciones incluidas en el servicio universal**

A pesar de la pérdida del carácter de servicio público de las telecomunicaciones, la necesidad de garantizar un nivel mínimo de servicios a toda la población ha requerido establecer excepciones dentro del régimen de la liberalización de las telecomunicaciones. Así, la LGTel contempla dos salvedades: el servicio universal y otras obligaciones de servicio público que pueda imponer el Gobierno.

En efecto, el artículo 25 señala lo siguiente:

*“1. El Gobierno podrá, por necesidades de la defensa nacional, de la seguridad pública o de los servicios que afecten a la seguridad de las personas o a la protección civil, imponer otras obligaciones de servicio público distintas de las de servicio universal a los operadores.*

*2. El Gobierno podrá, asimismo, imponer otras obligaciones de servicio público, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, motivadas por:*

- a) Razones de cohesión territorial.*
- b) Razones de extensión del uso de nuevos servicios y tecnologías, en especial a la sanidad, a la educación, a la acción social y a la cultura.*
- c) Razones de facilitar la comunicación entre determinados colectivos que se encuentren en circunstancias especiales y estén insuficientemente atendidos con la finalidad de garantizar la suficiencia de su oferta.*
- d) Por necesidad de facilitar la disponibilidad de servicios que comporten la acreditación de fehaciencia del contenido del mensaje remitido o de su remisión o recepción”.*

En las respuestas remitidas por las Administraciones Públicas se ha apuntado, como justificación a su intervención en el ámbito de las telecomunicaciones, el cumplimiento de determinadas finalidades de servicio público como la cobertura de zonas desabastecidas o la atención a determinados colectivos desfavorecidos. En esta línea, incluso se ha hecho referencia al cumplimiento de las obligaciones de servicio universal por las Entidades Locales. Sin embargo, no es ésta una competencia que pueda ejercerse al margen del reparto de competencias en la materia establecido por la LGTel.

Por su parte, los operadores sólo encuentran justificada la intervención desde una perspectiva de servicio público, cuando la Administración Pública emplee los servicios de comunicaciones electrónicas como una herramienta para que los usuarios accedan a sus servicios públicos, es decir, contenidos relacionados con los servicios que presta la Administración Pública en cuestión.

Pues bien, el artículo 2 de la LBRL<sup>9</sup> garantiza a los municipios la efectividad de su autonomía en la gestión de sus propios intereses, a través de las leyes que dicten el Estado o las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA). Por su parte, el artículo 25 de la LBRL relaciona las competencias que corresponden al Municipio, sin que puedan arrogarse nuevas competencias o declarar nuevas obligaciones de servicio público si no están amparados por una Ley que les otorgue dicha competencia (art. 25.3 LBRL).

Dado que la competencia en telecomunicaciones está reservada al Estado, ni los municipios ni las CCAA pueden o podrán definir obligaciones de servicio público. Tal y como se contempla en la LGTel, esta potestad corresponde al Gobierno.

---

<sup>9</sup> Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

Por lo que se refiere al servicio universal éste se define en el artículo 22 de la LGTel como *“el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible”*.

El artículo 23 de la LGTel atribuye al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio la competencia para designar al operador o a los operadores que deben garantizar la prestación del servicio universal de manera que quede cubierta la totalidad del territorio<sup>10</sup>. Asimismo, es el Ministerio el encargado del control del cumplimiento de las obligaciones de servicio universal.

Por su parte, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene atribuidas facultades para determinar si la obligación de la prestación del servicio universal puede implicar una carga injustificada para los operadores obligados a su prestación y, en su caso, las aportaciones que correspondan a cada uno de los operadores con obligaciones de contribución a la financiación de este servicio.

Por tanto, puesto que las Administraciones territoriales no tienen atribuida ninguna competencia en relación con el servicio universal, no pueden justificar su participación en el mercado de telecomunicaciones en la satisfacción de necesidades de servicio universal, ni este argumento puede servir de base para la utilización de fondos públicos con la finalidad de realizar actividades de comunicaciones electrónicas.

## **5 Competencias de la Comisión Europea: Ayudas de Estado**

El control del uso de fondos públicos en el ámbito de las telecomunicaciones tiene su fundamento en los artículos 107 del TFUE<sup>11</sup> relativo a Ayudas de Estado y 108 del TFUE que atribuye, en exclusiva, a la Comisión Europea la labor de control y la competencia para declarar la compatibilidad de la ayuda, sin perjuicio de las funciones informativas y de vigilancia que a nivel estatal tiene conferidas la Comisión Nacional de la Competencia. Así, tanto en Derecho comunitario como en derecho interno<sup>12</sup>, se establece que la notificación de los proyectos para el establecimiento, la concesión o la modificación de una subvención debe realizarse con anterioridad a su otorgamiento, que quedará suspendido hasta que la Comisión Europea se haya pronunciado sobre su compatibilidad con el mercado interior.

La Unión Europea ha definido el marco de las Ayudas de Estado en materia de comunicaciones electrónicas a través de la doctrina establecida por el TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea) y la Comisión Europea. En este sentido, la Jurisprudencia comunitaria ha desarrollado el concepto de Ayuda de Estado y los criterios para su consideración. Por su parte, la Comisión Europea ha delimitado las características que han de reunir las ayudas públicas para ser compatibles con el mercado interior.

---

<sup>10</sup> Esa designación se ha hecho por virtud de dos Órdenes Ministeriales de 23 de diciembre de 2008.

<sup>11</sup> Tras la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa, los artículos 87 y 88 del TCE han pasado a ser los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

<sup>12</sup> Artículo 9 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Con carácter general, la concesión de ayudas públicas o subvenciones que favorezcan de forma selectiva a determinadas empresas está prohibida por el artículo 107 del TFUE. Este artículo ha sido interpretado por la Jurisprudencia comunitaria<sup>13</sup> que, de forma resumida, ha considerado como elementos precisos para apreciar la existencia de Ayuda de Estado los siguientes de forma cumulativa: a) la medida debe provenir de fondos estatales; b) debe otorgar una ventaja económica a las empresas beneficiarias; c) la ventaja tiene que ser selectiva y falsear o amenazar con falsear la competencia; y d) tiene que afectar al comercio entre los Estados miembros.

La Comisión Europea ha examinado numerosos proyectos de despliegue de redes de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas bajo la perspectiva de la regulación de Ayudas de Estado. Esta actividad se realiza, con carácter general, a partir de las notificaciones realizadas por los Estados de conformidad con el artículo 108.3 del TFUE.

En estos análisis, además del caso ya estudiado en el que la Administración Pública interviene en las mismas condiciones que lo haría un inversor privado en el marco de una economía de mercado, la Comisión Europea ha determinado que existen supuestos en los que la aportación de fondos públicos no constituye una Ayuda de Estado. En concreto, estos supuestos son:

- a) Cuando la ayuda estatal se emplea en financiar un servicio de interés económico general previsto en el artículo 106 del TFUE<sup>14</sup>. Se entiende que su prestación, financiada con fondos públicos, no constituye Ayuda de Estado cuando dichas ayudas se limiten a compensar las cargas suplementarias impuestas por los Estados por razones de servicio público. Cuestión ésta que, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente en cuanto a las competencias en materia de servicio universal en el ámbito de las telecomunicaciones, no puede ser decidida más que por la Administración General del Estado a través de su Gobierno.
- b) Cuando son de aplicación las exenciones previstas en la normativa comunitaria. Se trata de las exenciones de los apartados 2 y 3 del artículo 107, las exenciones por categorías relativas a algunas ayudas destinadas a

<sup>13</sup> Altmark, Asunto C-280/00, de 24 de julio de 2003.

<sup>14</sup> Sentencia Altmark, Asunto C-280/00, de 24 de julio de 2003 en la que se estableció que las compensaciones por SIEG no constituyen ayuda de Estado cuando se cumplan cuatro criterios cumulativos:

- 1.- La empresa beneficiaria de la ayuda debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas.
- 2.- Los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente.
- 3.- La compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable.
- 4.- Cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso determinado, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria deberá calcularse sobre la base de un análisis de los costes que habría soportado una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas.

determinados sectores<sup>15</sup> y las exenciones en función del importe de la ayuda (Regla de minimis).

En la actualidad, y con carácter general, estas Ayudas de Estado no deben exceder de un límite máximo de 200.000 Euros concedidas durante un período de tres años<sup>16</sup>.

No obstante, el hecho de que una actividad realizada por una Administración Pública esté exenta de la regulación de las Ayudas de Estado en virtud de su consideración como servicio económico de interés general, o en virtud de los apartados 2 y 3 del artículo 107 y su reglamento de desarrollo, no la eximiría de su sujeción a la LGTel en general y al artículo 8.4 en particular.

## **6 Competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones**

Además de las competencias exclusivas que corresponden a la Comisión Europea en materia de Ayudas de Estado y en desarrollo de la previsión contenida en el artículo 8.4 de la LGTel, anteriormente transcrito, el artículo 4 del Reglamento de Prestación de Servicios establece, de forma expresa, una excepción al régimen general descrito a favor de las entidades locales, señalando la posible prestación gratuita de servicios de comunicaciones electrónicas por las mismas aunque únicamente de forma transitoria. En concreto, se señala que:

*“Conforme al artículo 8.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en la explotación de redes o servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas con contraprestación económica serán de aplicación las condiciones impuestas, en su caso, por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para garantizar la libre competencia.*

*La prestación transitoria por las entidades locales a sus ciudadanos de servicios de comunicaciones electrónicas de interés general sin contraprestación económica<sup>17</sup> precisará su comunicación previa a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Cuando ésta detecte que dicha prestación afecta al mercado, en función de la importancia de los servicios prestados, de la existencia en ese ámbito territorial de condiciones de mercado que permitan el acceso a dichos servicios o de la distorsión de la libre competencia, podrá imponer condiciones específicas a dichas entidades en la prestación de los servicios conforme al párrafo anterior.”*

Es decir, para el caso de que las Administraciones Públicas presten servicios que compitan con los de los operadores sin sujetarse a las condiciones de un inversor privado, la LGTel establece un régimen más estricto que el general de ayudas públicas. De esta manera, podría ocurrir que la Comisión del Mercado de

---

<sup>15</sup> Su concreción se realiza en el Reglamento CE 800/2008 de la Comisión de 6 de Agosto de 2008 por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común.

<sup>16</sup> Reglamento 1998/2006 de la Comisión de 15 de diciembre de 2006 relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas de *minimis*.

<sup>17</sup> El subrayado es nuestro.

Telecomunicaciones impusiera condiciones a un determinado proyecto que contuviera una Ayuda de Estado autorizada por la Comisión Europea (bien directamente, bien de manera indirecta por estar amparada por la regla “*de minimis*”).

Ahora bien, dado que esta protección se plantea para evitar interferencias en el mercado, estas condiciones habrán de depender, por tanto, del grado de sustituibilidad de los servicios que se pretendan prestar con los ofrecidos por los operadores comerciales así como del grado de competencia existente en el área geográfica correspondiente.

Si la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones entendiera bien que el servicio no es sustitutivo del que ofrecen los operadores, bien que no existe competencia afectada, podría autorizar la prestación sin sujeción al principio del inversor privado sin limitarla en el tiempo.

Pasamos a estudiar, por tanto, una serie de supuestos excepcionales en los que la prestación sin sujeción al principio del inversor privado puede hacerse por tiempo indefinido, bien por no tratarse de servicios de comunicaciones electrónicas prestados al público, o bien porque se entiende por esta Comisión que no afectan al mercado.

### **6.1. Supuestos en que no estamos ante servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público: la autoprestación**

En ocasiones y dentro de las actividades de telecomunicaciones, las Administraciones Públicas explotan RIBUC que soportan servicios dirigidos a satisfacer sus propias necesidades de comunicación. En estos supuestos, la LGTel contempla una excepción al régimen general de notificación.

En concreto, tras exigir la notificación fehaciente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para ser operador antes del inicio de la actividad, el artículo 6.2 de la LGTel establece que “*quedan exentos de esta obligación quienes exploten redes y se presten servicios en régimen de autoprestación*”.

Ni la vigente LGTel ni la anterior Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998) han definido expresamente el término “*autoprestación*” ni el alcance del mismo.

Sin embargo, los artículos 6.1 y 7.3 de la derogada Ley 11/1998 vinieron a contraponer el término “*autoprestación*” al de “*oferta a terceros*”, al establecer los principios aplicables a esta actividad específicamente para las Administraciones Públicas. Por lo que toda actividad de telecomunicaciones se puede prestar a terceros, es decir, al público en general o en autoprestación.

Con carácter general, es la vinculación del servicio de comunicaciones electrónicas con la satisfacción de las necesidades propias de los servicios prestados por la Administración de que se trate la que determina su calificación como de autoprestación.

Por tanto, únicamente constituyen supuestos de autoprestación aquellos servicios de comunicaciones electrónicas que una Administración Pública presta a su personal para que le sirvan de soporte o herramienta para el desempeño de sus funciones (servicios de videovigilancia, tráfico, etc.). En este supuesto quedarían incluidos también los casos de los centros de educación o formación como, entre otros, las escuelas, institutos, colegios y centros universitarios así como el área de sus campus, entendiendo que tanto el personal docente como el alumnado forman parte del personal indispensable para el desempeño de las funciones tanto docentes como discentes.

## **6.2. Supuestos de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público: afectación al mercado**

### **a) Acceso a Internet limitado a páginas Web de las Administraciones Públicas**

Junto con los supuestos anteriores, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha considerado la posibilidad de que las Administraciones Públicas ofrezcan de forma gratuita al público el servicio de proveedor de acceso Internet limitado a sus páginas Web.

En la Consulta pública planteada en el mes de junio de 2009, algunos operadores consideraron que la actuación de las Administraciones Públicas limitada a servicios propios, ciñéndose a su ámbito administrativo y excluyendo el acceso general a Internet, no afectaría a la competencia. Por tanto, consideran admisible la actuación municipal en materia de telecomunicaciones para la prestación de servicios vinculados a la e-administración, entendiendo por tal el conjunto de contenidos propios de las Administraciones Públicas que se transmiten por medios telemáticos. Se incluirían tanto las páginas de información sobre la actividad de las distintas Administraciones, como la realización de trámites administrativos a través de las mismas, recepción de avisos, etc.

En relación con esta actividad, surge una primera cuestión sobre su posible prestación gratuita mediante el empleo de fondos públicos. Este escenario fue examinado por la Comisión Europea en la Decisión sobre el proyecto Wifi de la ciudad de Praga<sup>18</sup>. En esta Decisión, la Comisión Europea no apreció la existencia de Ayuda de Estado puesto que, entre otros aspectos, consideró el hecho de que sólo iban a ser accesibles contenidos de servicios públicos y del sector público a través de la red, por lo que excluía su incidencia sobre otras actividades comerciales prestadas en libre competencia. Por tanto, esa Administración Pública no fue considerada por la Comisión Europea “empresa” en el sentido del artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE)<sup>19</sup> y la actividad no se calificó como Ayuda de Estado.

<sup>18</sup> NN 24/2007.

<sup>19</sup> Tras la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa, los artículos 87 y 88 del TCE han pasado a ser los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se ha manifestado<sup>20</sup> en el mismo sentido en diversas ocasiones no estableciendo ninguna de las condiciones previstas en el artículo 4.1 del Reglamento de Prestación de Servicios *in fine*<sup>21</sup>. Lo que ha permitido que sea financiado este servicio con cargo a fondos públicos de la Administración que lo oferte, por considerar que la prestación del servicio de Acceso a Bases de Datos (entendido como acceso a Internet limitado a páginas Web municipales o de otras Administraciones públicas) constituye una modalidad dentro del servicio de comunicaciones electrónicas de Proveedor de Acceso a Internet que puede ser prestado por tiempo ilimitado sin exigirse contraprestación económica por parte de los usuarios, siguiendo de este modo las directrices establecidas en la Decisión relativa al proyecto de la ciudad de Praga de la Comisión Europea.

Una segunda cuestión que se plantea en relación con este servicio es la relativa al alcance del concepto de Administraciones Públicas incluidas en esta actividad, es decir, si se debe limitar el acceso a las páginas Web de la Administración Pública que preste el servicio o si puede extenderse a las del resto de las Administraciones Públicas, no sólo nacionales, sino también de otros países.

En las Directrices comunitarias<sup>22</sup> se hace una referencia tangencial a este servicio en la que la Comisión Europea no distingue entre las páginas Web de distintas Administraciones Públicas, sino que únicamente toma en consideración el carácter no comercial que excluye la existencia de una ventaja económica a la empresa beneficiaria.

En concreto, la Comisión Europea señala que *“en casos excepcionales en los que la red así financiada [en referencia a la utilización de fondos públicos] no se utilice con fines comerciales (es decir, la red facilita acceso de banda ancha únicamente a páginas Web no comerciales, servicios e información), este tipo de intervención estatal no implicaría la concesión de una ventaja económica a las empresas y, por consiguiente, no constituiría ayuda estatal a tenor del artículo 87, apartado 1 del Tratado”*.

Por tanto, puesto que es la no incidencia sobre otras actividades comerciales prestadas en libre competencia lo que justifica la exclusión del ámbito de Ayudas de Estado, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considera que la referencia a páginas Web de las Administraciones Públicas debe entenderse que incluye las de todas aquéllas que tengan tal naturaleza de conformidad con lo establecido en la Ley 30/1992 de 26 de noviembre y ejerzan sus competencias sobre el territorio en el que se preste el servicio de acceso limitado a Internet. A modo de

---

<sup>20</sup> Resolución de 6 de marzo de 2008 por la que se da contestación a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Esplugues de Llobregat sobre la necesidad de constituirse en operador para la explotación de una red inalámbrica y la prestación del servicio de acceso a Internet, así como la posible gratuidad del servicio (RO 2007/1339) y Resolución de 28 de noviembre de 2008 por la que se da contestación a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Motril sobre distintos aspectos de la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (RO 2008/1233).

<sup>21</sup> Resolución por la que se da contestación a la consulta planteada por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife sobre la necesidad de inscribirse como operador para la prestación del servicio de acceso a Internet, así como la posible gratuidad del servicio (RO 2008/435).

<sup>22</sup> “Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha” publicadas el día 30 de septiembre de 2009.

ejemplo se podría dar acceso a páginas de la Administración del Estado y los diferentes organismos que la integran, la Administración Autonómica, el Ayuntamiento, la Provincia y la Administración de la Unión Europea en consideración a los objetivos de desarrollo de la Administración electrónica y de la ventanilla única.

## **b) Bibliotecas y centros educativo-culturales**

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha distinguido un conjunto de supuestos que, aun siendo usuarios del servicio al público en general (lo que requeriría en principio la inscripción en el registro de operadores), no distorsionan la libre competencia en el mercado. Se trata de la prestación del servicio de acceso a Internet en bibliotecas y centros con funciones formativas como los centros cívico-culturales.

Para estos casos, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones justifica su especial consideración por la existencia de una doble vinculación:

- a) Que la prestación del servicio de acceso a Internet sea necesaria, en todo o en parte, por la Administración Pública en el ejercicio de sus competencias. En este sentido, esta Comisión ha apreciado la existencia de esa necesidad en relación con el ejercicio de actividades docentes y educativo-culturales.

Es precisamente esa especial vinculación con el servicio, lo que justifica su excepción del régimen general al que están sujetos todos los operadores de telecomunicaciones, incluidos los de carácter público.

- b) Junto con esta exigencia, se ha puesto de manifiesto la necesidad de que exista una especial vinculación de los usuarios con el centro en el que se presta el servicio que limite el carácter general de la prestación a terceros, vinculación que deberá ser acreditada mediante la exigencia de algún requisito adicional (a modo de ejemplo carné de biblioteca, matrícula de curso o cualquier otro instrumento que le identifique y asocie con el centro en el que se presta el servicio).

Tradicionalmente la doctrina de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha señalado que la prestación del servicio de acceso a Internet en bibliotecas y en centros con funciones formativas cívico-culturales era autoprestación. Sin embargo, de la tramitación del procedimiento y, en especial de las alegaciones recibidas, esta Comisión considera que resulta aconsejable diferenciar las actividades de comunicaciones electrónicas que lleva a cabo una entidad pública en su ámbito interno de actuación de aquéllas que presta al público en general.

Esta modificación se justifica en la necesidad de garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones previstas en la normativa y aplicables únicamente a los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y a los explotadores de redes públicas (como secreto de las comunicaciones, protección de datos personales, interceptación legal etc.).

En consecuencia, la prestación de servicio de acceso a Internet en bibliotecas y en centros con actividades formativas cívico-culturales que se ofrecen al público debe ser calificada de servicio de comunicaciones electrónicas destinado al público.

Por tanto, en principio, la prestación a los usuarios finales de éstos, al igual que sucede en el caso de acceso limitado a páginas Web de las Administraciones Públicas, deberá notificarse a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por las entidades que las prestan para su inscripción en el Registro de Operadores.

Sin perjuicio de lo anterior, en función de la sustituibilidad que esta Comisión apreciara de estos servicios con los servicios comerciales, podría permitirse la prestación sin sujeción al principio del inversor privado.

### **c) Otros supuestos**

Fuera de los supuestos de acceso limitado a páginas Web de las Administraciones Públicas y, en su caso, de los servicios de comunicaciones electrónicas vinculados a la realización de actividades formativas cívico-culturales, la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas al público por las Administraciones Públicas deberá realizarse bajo el principio del inversor privado.

Como las competencias de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones están dirigidas a evitar que estas actividades de las Administraciones Públicas afecten negativamente al mercado, es necesario determinar hasta qué punto los servicios que se prestan gratuitamente o con un precio que no cubre el coste, a través de tecnologías que operan en las bandas de uso común, son sustitutivos de los que se prestan, a cambio de contraprestación, los operadores privados, de manera que, sólo serán admisibles cuando por no ser sustitutivos no distorsionen la competencia.

Por tanto, se puede distinguir aquellos casos en los que prestándose con una serie de condicionantes técnicos y operativos y tras un análisis de sustituibilidad se concluya que, en el momento actual, no distorsionan la competencia, de aquellos otros servicios que no se pueden enmarcar en los anteriores para los que habrá que realizar un análisis de sustituibilidad caso por caso con el fin de determinar si afectan o no a la competencia.

Así, los primeros serán concretados en la Circular que será objeto del apartado siguiente, mientras que los segundos serán determinados en Resoluciones concretas en las que se fijan sus condiciones de prestación.

## **7 Actuación que se propone: elaboración de una Circular**

En la Consulta pública lanzada por esta Comisión, se proponía la modificación del artículo 4.1 del Reglamento de Prestación de Servicios., sin embargo, dado que, como se ha señalado, esta Comisión entiende que si los servicios no son sustitutivos no operaría la limitación de la transitoriedad en la prestación de los servicios sin sujeción al principio del inversor privado por parte de las Administraciones Públicas, no parece necesaria la modificación del Reglamento de Prestación de Servicios.

Por lo que se refiere a las opiniones manifestadas en la Consulta pública, muchas de ellas hacen referencia a la incertidumbre del marco regulador actual por la indeterminación de las condiciones de desarrollo de las actividades de comunicaciones electrónicas derivada, en ocasiones, de la propia evolución del sector que hace necesario el examen caso por caso de las diversas situaciones que se presentan.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones toma en consideración la preocupación manifestada por los diferentes agentes sobre la inseguridad que plantea el marco regulatorio actual ante la indefinición de los escenarios en los que pueden llevar a cabo su actuación las Administraciones Públicas sin afectar a la competencia en los mercados, y ello no sólo en cuanto a las actuaciones de las Administraciones Públicas relacionadas con las RIBUC, sino en cuanto a la aplicación, en general de lo previsto en el artículo 8.4 de la LGTel.

En consecuencia, en base a las respuestas recibidas y al análisis realizado en el presente documento, se propone la elaboración de una Circular en la que se recojan las condiciones en las que las Administraciones Públicas podrán explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas al público en cada uno de los supuestos analizados anteriormente y en la que se incluirá un análisis de sustituibilidad que justifique las medidas que se adopten.