

Asunto: Informe xurídico sobre a forma de prestar o servizo Wifi gratuito por parte do Concello de Ponteareas, á luz do disposto no artigo 9.3 da Lei 9/2014, de 9 de maio, Xeral de Telecomunicacións .

Vista a solicitude presentada polo Concello de Ponteareas sobre o asunto arriba indicado, que tivo entrada no Rexistro Xeral da Deputación Provincial de Pontevedra o 13 de maio de 2015, nº de rexistro 2015059043, adxunto remítolle o informe emitido ao respecto polo Servizo de Asistencia Intermunicipal da Deputación Provincial de Pontevedra, no exercido das competencias provinciais de asistencia e cooperación xurídica aos concellos recollidas no art. 36 da Lei 7/1985, de 2 de abril, Reguladora das Bases de Réxime Local e nos artigo 109 e 113 da Lei 5/1997, de 22 de xullo, de

Asunto: Informe sobre a forma de prestar o servizo Wifi gratuíto por parte do Concello, á luz do disposto no artigo 9.3 da Lei 9/2014, de 9 de maio, Xeral de Telecomunicacións .

Vista a solicitude plantexada polo Concello de Ponteareas sobre o asunto arriba indicado, pola presente emíttese o seguinte

I

INFORME OBXECTO

O presente informe, de carácter xurídico-administrativo , ten por obxecto emitir

unha declaración de xuízo sobre as formas de prestar o servizo Wifi gratuíto por parte do Concello de Ponteareas, á luz do disposto no artigo 9.3 da Lei 9/2014, de 9 de maio, Xeral de Telecomunicacións .

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro. En data 13 de maio de 2015 o Concello de Ponteareas presenta un escrito no Rexistro da Deputación de Pontevedra co seguinte teor literal: "*...que segundo a Lei 9/2014, de 9 de maio, de Telecomunicacións, no seu artigo 9.3, onde se establece que unha Administración Pública só pode instalar e explotar redes públicas de comunicación electrónicas ou prestar servizos de comunicación electrónicas en réxime de prestación a terceiros a través de entidades ou sociedades que teñan entre o seu obxecto social ou finalidade a instalación e explotación de redes ou a prestación de servizos de comunicacións electrónicas, SOLICITO, asesoramento legal para axustarse a Lei 9/2014, de 9 de maio, e así continuar ofrecendo o servizo de WIFI municipal gratuíta do concello sen custo para o usuario ...*"

Segundo. Á vista do contido de dita solicitude, o 13 de maio de 2015 o Xefe do Servizo de Asistencia Intermunicipal remite a mesma ao Servizo de Novas Tecnoloxías aos efectos de emitir o correspondente informe técnico .

Terceiro. En data 21 de outubro de 2015 o Servizo de Novas Tecnoloxías emite informe técnico co seguinte teor literal:

"La Wifi pública de Pontearreas fue instalada inicialmente por las empresas (SANPOT, TECNOCOM y ADISIC) . Se instaló sin que la Diputación participas e ni aportase financiación alguna por medio de ningún proyecto o subvención.

Las características principales de la red facilitadas por el Ayuntamiento son las siguientes:

Tipo de Acceso: el sistema de registro facilita automáticamente un usuario y contraseña, sin límites de acceso salvo a contenido pornográfico.

Ancho de banda repartido según el número de usuarios conectados, actualmente 200 Mbps, para toda la red, sin límite adicional por usuario.

Ámbito: no existen límites geográficos determinados, se intenta dar la máxima cobertura difundiendo a todo el núcleo urbano de Pontearreas.

No se cobra nada al usuario (ciudadano)...."

FUNDAMENTOS XURÍDICOS

Primeiro. O presente informe emítase ao abeiro do disposto no artigo 36 da Lei 7/85, do 2 de abril, reguladora das bases de réxime Local, no artigo 30 do Real Decreto Lexislativo 781/1986 , do 18 de abril, polo que se aproba o texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local, así como nos artigos 109 e 113 da Lei 5/1997, de 22 de xullo , de Administración Local de Galicia .

Segundo. O réxime xurídico aplicable á presente consulta ven determinado , entre outra, pola seguinte normativa :

;;,.. Directivas Comunitarias "paquete telecom".

r Lei 9/2014, de 9 de maio, Xeral de Telecomunicacións (LXTel).

);;> Regulamentos :

- o Regulamento sobre mercados de comunicacións electrónicas , acceso ás redes e numeración (RO 2296/2004 , de 10 de decembro) .
- o Regulamento sobre as condicións para a prestación de servizos

dos usuarios (RO 424/2005, de 15 de abril).

'r Circular 1/2010, de 15 de xuño, da Comisión Nacional do Mercado das Telecomunicacións (CMT), pola que se regulan as condicións de explotación de redes e a prestación de servizos de comunicacións electrónicas polas Administracións Públicas (BOE 9/08/10).

Respecto aos Regulamentos e a Circular mencionados, cabe sinalar que seguen sendo de aplicación mentres non se aprobe o Real Decreto ao que fai referencia o artigo 9.2 da *LXTel*: "*...Mediante real decreto, previa informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, se determinarán las condiciones en que los operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas deberán llevar a cabo la instalación y explotación de redes públicas o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de prestación a terceros y, en especial, los criterios, condiciones y requisitos para que dichos operadores actúen con sujeción al principio de inversor privado. En particular, en dicho real decreto se establecerán los supuestos en los que, como excepción a la exigencia de actuación con sujeción al principio de inversor privado, los operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas podrán instalar y explotar redes públicas y prestar servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de prestación a terceros que no distorsionen la competencia o cuando se confirme fallo del mercado y no exista interés de concurrencia en el despliegue del sector privado por ausencia o insuficiencia de inversión privada, ajustándose la inversión pública al principio de necesidad, con la finalidad de garantizar la necesaria cohesión territorial y social*".

Terceiro. Antes de entrar no fondo do asunto é preciso lembrar algunhas notas que caracterizan a prestación de servizos de comunicacións electrónicas por parte das Administracións Públicas, á luz do disposto na Lei 9/2014, de 10 de maio, Xeral de Telecomunicacións:

1. As comunicacións electrónicas non son un servizo público. Son unha actividade liberalizada.
2. As entidades ou sociedades de titularidade pública deberán respectar as regras do mercado.

3. Á Comisión Nacional dos Mercado e Competencia (CNMC) , na que se integra a CMT, xunto coas funcións de supervisión de todos os mercados e sectores económicos , tamén lle corresponde asegurar que a participación das Administracións Públicas non ten unha incidencia negativa na competencia.

4. Se a participación implica, directa ou indirectamente , axuda de estado debe ser, en todo caso, autorizada pola Comisión Europea.

5. Poderán explotar redes e prestar servizos de comunicacións electrónicas a terceiros as persoas físicas ou xurídicas nacionais dun Estado membro da Unión Europea ou doutra nacionalidade, cando , no segundo caso, así estea previsto nos acordos internacionais que vinculen ao Reino de España (art. 6.1 LXTel).

6. As Administracións Públicas só poden actuar como operadores a través de entidades ou sociedades controladas directa ou indirectamente pola administración pública correspondente (artigo 9.2 e 9.3 LXTel) *"en régimen de prestación a terceros a través de entidades o sociedades que tengan entre su objeto social o finalidad la instalación y explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas."*

7. Segundo a disposición transitoria segunda da LXTel a adaptación dos operadores controlados directa ou indirectamente por administracións públicas haberán de axustarse ao disposto no artigo 9, nun prazo máximo dun ano desde a entrada en vigor da presente Lei; o prazo finalizaba o 11 de maio de 2015.

8. Obrigación de notificar: os interesados na explotación dunha determinada rede ou na prestación dun determinado servizo de comunicacións electrónicas deberán , con anterioridade ao comezo da actividade, comunicalo previamente ao Rexistro de operadores (art. 6.2 LXTel).

Excepción xeral á obrigación de notificar: autoprestación (art. 6.2 LXTel)

Sin perjuicio de lo dispuesto para los operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas en el artículo 7, quedan exentos de esta obligación quienes exploten redes y presten servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación .

do dominio público (art. 7.3 LXTel).

"Las administraciones públicas deberán comunicar al Registro de operadores todo proyecto de instalación o explotación de redes de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación que haga uso del dominio público, tanto si dicha instalación o explotación vaya a realizarse de manera directa o a través de cualquier entidad o sociedad. Mediante real decreto podrán especificarse aquel/os supuestos en que, en atención a las características, la dimensión de la red proyectada o la naturaleza de los servicios a prestar, no resulte necesario efectuar dicha comunicación".

9. Actividades a inscribir:

- Instalación e explotación de redes públicas de comunicacións electrónicas:

Anexo 11 da LXTel:

"17. Explotación dunha rede de comunicación electrónica: a creación, o aproveitamento, o contrai ou a posta a disposición da devandita rede".

-, Resolución da CNMC 9/10/14 - Consulta do Concello de Santander:

- Prestación do servizo de acceso a Internet.

- Calquera outro servizo de comunicacións electrónicas que se vaia a ofrecer a terceiros.

10. Autoprestación por parte das Administracións Públicas (*Artigo 3 da Circular 112010, de 15 de xuño, pola que se regulan as condicións de explotación de redes e a prestación de servizos de comunicacións electrónicas polas Administracións Públicas*):

- > Satisfacción das necesidades propias da administración.
- > Comunicación ao Rexistro de operadores de todo proxecto de instalación ou explotación de redes de comunicacións electrónicas en réxime de autoprestación que faga uso do dominio público (artigo 7.3 LXTel).

-,. Centros de educación ou formación: escolas, institutos, colexias e centros universitarios, así como a área do seu campus .

>' Non será necesaria a inscrición, e poderase prestar de maneira gratuita , o servizo de acceso a Internet en bibliotecas.

11. Requisitos xerais para realizar actividades de comunicacións electrónicas a terceiros:

a) **Constituír unha entidade ou sociedade entre cuxos fins ou obxecto figure a explotación de redes ou a prestación de servizos de comunicacións electrónicas .**

b) Notificar explotación da rede ou a prestación do servizo á CNMC antes de iniciar a actividade.

c) O silencio administrativo é positivo.

d) Requisitos da notificación , segundo o disposto no artigo 5.4 e 5.5 do Regulamento sobre as condicións para a prestación de servizos (R.D. 424/2005).

e) Unha vez notificada, o interesado adquirirá a condición de operador (3 anos).

12. Obrigacións xerais

:

>' Notificación e inscrición no rexistro da CNMC.

';r Actuar de conformidade co principio do investidor privado nunha economía de mercado.

-,. Actuar con arranxo aos principios de neutralidade, transparencia, non distorsión da competencia e non discriminación (artigo 9 LXTel).

>' Cumprir a normativa sobre axudas de Estado a que se retiren os artigos 107 e 108 do TFUE (artigo 9 LXTel).

Manter contas separadas correspondentes ás súas actividades de

telecomunicacións (artigo 9 LXTel).

r Ademais, cumprir as mesmas obrigacións que os operadores privados.

13. Condicións esixibles cando unha Administración Pública pretenda actuar como un investidor privado:

;> Concepto: financiamento da actividade en condicións de mercado, incluíndo un beneficio pola súa actividade.

;> Criterios:

- plan de negocios sólido,

- VAN positivo,

- presenza de investidores privados.

. Acreditación mediante a remisión á CNMC dun plan de negocio detallado.

Ver ao respecto o Informe da CNMC de 19 de febreiro de 2015 relativo ao plan de negocio dos servizos de fibra óptica de Aragonesa de Servizos Telemáticos.

14. Condicións esixibles cando unha Administración Pública pretenda actuar sen suxeición ao principio de investidor privado, salvo que se encontre nalgún dos supostos sinalados no punto seguinte (artigo 10 Circular 1/2010):

a) Notificar o seu proxecto á CNMC: analizará se cabe impoñer condicións.

b) Remitir á CNMC:

- as condicións técnicas da rede ou do servizo.
- ámbito da cobertura
- requisitos para ser beneficiario do servizo
- plan de negocio
- unha memoria que analice o impacto sobre a competencia
- resultados dunha previa consulta pública (dirixida aos operadores que están presentes ou teñen plans de investimento no territorio)

c) Análise de substituíbidade por parte da CNMC.

15. Supostos que non afectan de forma significativa á competencia (artigo 11 e anexo da Circular 1/2010)

- Acceso limitado ás páxinas web das AAPP (no ámbito territorial no que esas AAPP presten o servizo).

- Centros educativo-culturais (cando se acredite vinculación)

- Velocidade <256 Kbps excluídos edificios de vivendas e mixtos.

Nestes casos:

- Hai obrigación de inscrición.
- Se constitúe unha axuda pública non exenta de notificación (por exemplo por ser de importe superior a 200.000€ por beneficiaria), debe notificarse á Comisión Europea.
- Se non é preceptiva a notificación, ou séndoo, autorízase, a CNMC non impondrá condicións, polo que se pode prestar sen suxeición ao principio do investidor privado (mesmo gratis).

Cuarto. Sentado o anterior, o Concello de Ponteareas solicita asesoramento legal para axustarse ao disposto na LXTel xa que logo, de acordo co disposto no artigo 9.3, unha Administración Pública só poderá instalar e explotar redes públicas de comunicacións electrónicas ou prestar servizos de comunicacións electrónicas en réxime de prestación a terceiros a través de entidades ou sociedades que teñan entre o seu obxecto social ou finalidade a instalación e explotación de redes ou a prestación de servizos de comunicacións electrónicas

Lembremos que o Concello de Ponteareas posúe unha rede inalámbrica gratuíta para todos os veciños e que para poder explotar e despregar esta rede o Concello tivo que darse de alta como operador na CNMT; ademais, segundo informa o Servizo de Novas Tecnoloxías da Deputación e tamén pon de manifesto o Responsable do departamento informático municipal, o Concello estaría incumprindo a circular 1/2010, no punto cuarto do anexo, xa que logo a prestación do servizo coas actuais características estaría afectando á competencia .

En primeiro lugar cabe sinalar que despois da entrada en vigor da LXTel de 2014, exclúese a posibilidade de que unha Administración pública de carácter territorial leve a cabo actividades de comunicacións electrónicas en réxime de prestación a terceiros directamente, posto que entre os seus fins no se atopa este tipo de actividade. A Administración deberá constituír a correspondente entidade ou sociedade entre cuxo obxecto social o finalidade figure o desenvolvemento de actividades de comunicacións electrónicas.

Polo tanto, se o Concello se decidise por unha fórmula de xestión pública, deberá ou ben crear unha entidade ou sociedade cuxo fin ou obxecto sexa a explotación da rede inalámbrica ou ampliar o obxecto social dalgunha outra entidade ou sociedade xa existente, incorporándose a dito obxecto a instalación e explotación de redes e a prestación dos servizos de comunicacións electrónicas.

Máis aínda, os demais apartados do artigo refírense á prestación de actividades de comunicacións electrónicas polas Administracións Públicas a través de *"operadores que sean controlados directa o indirectamente"* por éstas. O precepto non perfila máis detalles e caben varias posibilidades, pero ao referirse a operadores controlados *"directamente o indirectamente por las administracions públicas"* convén como mínimo facer alusión aos establecidos no artigo 85.2 da Lei de Bases de Réxime Local, a saber, organismo autónomo local, entidade pública empresarial ou sociedade mercantil local, **cos requisitos e condicións procedimentais contidos nese artigo**, ou poderíamos ir a unha xestión a través dun operador privado respectando o sinalado no artigo 9.4 da LXTel.

Este cambio supón que o Concello de Ponteareas non será quen estea inscrito no Rexistro de Operadores, senón que o deberá facer a entidade ou sociedade a través da cal exerza as súas actividades de comunicacións electrónicas.

Se a entidade ou sociedade operador **pretende continuar prestando gratuitamente o servizo de acceso a Internet Wifi a terceiros en espazos públicos e a unha velocidade máxima de 256 Kbps, excluíndose os edificios de uso residencial ou mixto**, a CNMC considera que, en virtude do previsto no artigo Undécimo e Anexo da Circular 1/2010, a prestación do citado servizo de acceso a Internet Wifi non afecta de forma significativa á competencia, polo que podería ofrecerse sen esixir contraprestación a cambio, con cargo a fondos públicos e por tempo indefinido.

Fóra deste suposto **-se o operador presta un servizo de acceso a internet gratuíto cunha maior calidade ou velocidade-** (como acontece actualmente no Concello), a entidade ou sociedade titular do servizo de acceso a Internet Wifi deberá actuar conforme ao principio de investidor privado, de conformidade co disposto no artigo 9.2 da LXTel e na Circular 1/2010.

Neste sentido, como regra xeral, este principio implica que a prestación de servizos de comunicacións electrónicas debe realizarse a cambio da correspondente remuneración.

Sen embargo, o considerando 10 da Circular 1/2010 sinala que, aínda que de forma maioritaria dita remuneración deriva da existencia do prezo de mercado que deben satisfacer os usuarios finais, iso pode coexistir con outras formas de financiamento, como a **publicidade ou o patrocinio**, figuras respecto das cales a CNMT manifestou a súa conformidade baixo determinadas condicións.

De forma que un servizo de comunicacións electrónicas pode resultar gratuíto para o usuario final, aínda que o operador peida recibir unha contraprestación económica que proveña de actividades derivadas da explotación da rede ou a prestación do servizo, como sería neste caso a publicidade.

O artigo 6 da citada Circular 1/2010, relativo ao financiamento mediante publicidade ou patrocinio, sinala que *"se entenderá también que la Administración Pública actúa conforme al principio del inversor privado en una economía de mercado cuando financie su actividad de explotación de redes públicas o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público mediante recursos obtenidos a través de la publicidad o el patrocinio, siempre que el precio de éstos esté orientado al mercado de forma que sea asimilable al precio que se paga por e/los en otras plataformas equivalentes"*

As condicións baixo as cales a entidade ou sociedade operador poderá financiar a prestación do servizo de acceso a Internet Wifi mediante ingresos de publicidade ou patrocinio atópanse detalladas nas letras a) a f) do mencionado artigo 6 da Circular 1/2010.

Polo tanto, unha das posibilidades que existe na prestación do servizo ao usuario final é o de financiamento por un terceiro da rede por razóns comerciais, publicitarias, etc.

Neste caso, estableceríanse os acordos de patrocinio ou publicidade coas entidades e/ou empresas correspondentes a fin de que estas sufragasen unha gran parte ou todo o custo da actividade .

Así pois, o acceso a Internet é gratuíto ou a custos por baixo do mercado para o usuario porque está financiado a través da publicidade que a propia conexión incorpora . Esta publicidade pode ser tanto de empresas como de comercios do propio municipio mediante a inclusión na conexión de pop ups, in banners, etc.

É importante demostrar a viabilidade económica . É dicir, que os custos que se xeren polo feito de ofrecer un servizo gratuíto ou a custos moi reducidos poden ser integramente cubertos por unha fonte de ingresos externa á actividade principal, como é o caso da publicidade.

Precisamente , a CMT pronunciouse sobre esta cuestión na Resolución de 28 de novembro 2008 para a cal se dá resposta á consulta formulada polo Concello de Avilés en relación co financiamento por medio de publicidade ou patrocinio do servizo de acceso a Internet sobre unha rede pública de comunicacións electrónicas inalámbricas de titularidade municipal.

Este Concello expón á CMT a posibilidade de ofrecer aos seus cidadáns acceso gratuíto en internet, obtendo financiamento mediante un sistema de patrocinio/publicidade .

A CMT responde afirmativamente e considera que a posibilidade de obter recursos mediante fontes de financiamento abertas ao resto de operadores, como as actividades publicitarias e de patrocinio, resulta adecuada na medida en que constitúe unha fonte de ingresos externa e diferenciada . Para evitar que por esta vía se vulnere a prohibición de uso de fondos públicos , aplicaríanse os aspectos xurídicos do despregamento de redes inalámbricas de iniciativa municipal previstas no artigo 8.4 LXTel (separación de contas e principios de neutralidade, transparencia e non discriminación) .

A resolución mencionada realiza, así mesmo e a petición do Concello de Avilés , unha análise dos diferentes tipos de entidades que poderían financiar o servizo de acceso a internet mediante patrocinio ou publicidade.

Así , no caso das sociedades e fundacións privadas poderían financiar o servizo mediante patrocinio/publicidad e, na medida que non perciban ningún tipo de fondo do propio Concello (a CMT inclúe neste suposto ás entidades que asinen

algún tipo de contrato co Concello ou entidade adscrita a esta administración pública).

No caso das sociedades mercantís de capital público e fundacións públicas, considera que non terían que actuar como patrocinadores, na medida que podería supoñer a existencia dun financiamento público de carácter indirecto, dando lugar a subvencións cruzadas, así como unha posible inxerencia do Concello, no caso de que participase nos órganos de goberno destas entidades; trátase, en definitiva, de evitar o financiamento público por vía indirecta na medida que podería supoñer "unha clara desvantaxe competitiva para o resto das operadoras".

Por último, falando doutras formas de xestión, unha interesante variante é a xestión a través dunha fundación ou plataforma *ad hoc*. Destacamos neste sentido a rede Guifi.net, de grande implantación xa neste momento, sobre todo en Cataluña, e que se define como unha rede de telecomunicacións, aberta, libre e neutral, que se vertebra a partir dun acordo de interconexión no que cada participante ao conectar estende a rede e obtén conectividade.

CONCLUSIÓN

Á vista do exposto conclúese o seguinte:

Primeiro. O Concello de Pontareas só poderá instalar e explotar redes públicas de comunicacións electrónicas ou prestar servizos de comunicacións electrónicas en réxime de prestación a terceiros a través de entidades ou sociedades que teñan entre o seu obxecto social ou finalidade a instalación e explotación de redes ou a prestación de servizos de comunicacións electrónicas, sexan controladas directa ou indirectamente por él, nos termos expostos no fundamento xurídico cuarto do presente informe.

Segundo. Se a entidade ou sociedade operador pretende continuar prestando gratuitamente o servizo de acceso a Internet Wifi a terceiros en espazos públicos e a unha velocidade máxima de 256 Kbps, excluíndose os edificios de uso residencial ou mixto, a CNMC considera que, en virtude do previsto no apartado Undécimo e Anexo da Circular 1/2010, a prestación do citado servizo de acceso a Internet Wifi non afecta de forma significativa á competencia, polo que podería ofrecerse sen esixir contraprestación a cambio, con cargo a fondos públicos e por tempo indefinido.

Terceiro. Fóra deste suposto -se o operador presta un servizo de acceso a

internet gratuíto cunha maior calidade ou velocidade-, a entidade ou sociedade titular do servizo de acceso a Internet Wifi deberá actuar conforme ao principio de investidor privado, de conformidade co disposto no artigo 9.2 da LXTel e na Circular 1/2010. Dito principio pode coexistir con formas de financiamento tales como a publicidade ou o patrocinio, figuras respecto das cales a CNMC manifestou a súa conformidade baixo determinadas condicións .

En calquera caso, e sen prexuízo do sinalado no presente informe, o Concello podería así mesmo plantexar consulta a CNMC ao obxecto de obter unha aclaración ao respecto da interpretación do disposto no artigo 9.3 da LXTel.

En relación ao presente expediente o técnico que subscribe procede á emisión deste informe xurídico-administrativo que, como sempre, somete a calquera outro mellor fundado en Dereito.

Pontevedra, 23 de outubro de 2015.

O Xefe do Servizo

Gabriel Rodríguez Alonso.

Concello de Ponteareas.

