

ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA PLANTEADA POR VODAFONE ESPAÑA, S.A. SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY 9/2014, DE 9 DE MAYO, GENERAL DE TELECOMUNICACIONES, A LOS OPERADORES PRIVADOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS CON LOS QUE CONTRATAN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

CNS/DTSA/063/16/VODAFONE WIFI MUNICIPAL

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 6 de octubre de 2016

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) ha acordado dar la presente contestación a la consulta formulada por Vodafone España, S.A. unipersonal, en relación con el régimen jurídico aplicable a los operadores privados cuando realizan actividades de comunicaciones electrónicas por cuenta de una Administración pública.

I. DESCRIPCIÓN DE LA CONSULTA Y OBJETO

Con fecha 26 de abril de 2016, tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito remitido por Vodafone España, S.A. sociedad unipersonal (en adelante, Vodafone) en el que plantea una consulta sobre la interpretación del artículo 9 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGTel) y la Circular 1/2010, de 15 de junio, 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), en relación con las obligaciones que le son exigibles a un

operador cuando, a solicitud de una Administración pública, presta servicios o explota redes en su nombre o por encargo de dicha Administración pública.

En relación con la situación descrita, Vodafone plantea las siguientes cuestiones:

“Vodafone quiere participar en estos procedimientos de licitación [para prestar al público servicios de comunicaciones electrónicas en nombre de una Administración pública] excluyendo todo riesgo de incumplimiento derivado de esta normativa [artículo 9 de la LGTel] que, entiende, no le resulta de aplicación, y rigiendo su actuación en estos procesos por los mismos principios y criterios que el resto de su actividad en el mercado. Con este objetivo desea solicitar de la CNMC:

- *Confirmación de que, por resultar adjudicatario de un concurso que incluya la prestación por cuenta de una Administración Pública, de un servicio WIFI a los ciudadanos o el despliegue o explotación de una red WIFI en dominio público, Vodafone no está sujeta ni al artículo 9 LGTel ni a la Circular 1/2010 de 25 de junio de 2010.*
- *En caso de que la respuesta a la anterior cuestión sea positiva, confirmación de que las condiciones económicas que pueda plantear el Pliego asociadas a esta prestación o explotación, incluso en el caso de que exijan gratuidad a los ciudadanos, no altera la respuesta anterior y no provocan la sujeción de Vodafone al artículo 9 LGTel ni a la Circular 1/2010.*
- *En caso de que la respuesta a la anterior cuestión sea positiva, confirmación de que las condiciones económicas que puedan plantearse en el procedimiento de licitación, asociadas a esta prestación o explotación, incluso en el caso de que el Pliego exija la prestación o explotación sin contraprestación por parte de la Administración, o bien la oferta del operador incluya su prestación y/o explotación gratuita, no altera las respuestas anteriores y no provocan la sujeción de Vodafone al artículo 9 LGTel ni a la Circular 1/2010.*
- *Confirmación de que un operador privado, en la prestación de servicios y explotación de redes por cuenta de una Administración Pública, puede regir su actuación por los mismos principios y criterios que el resto de su actividad en el mercado.*

*En el caso de que todas o algunas de las cuestiones anteriores sean respondidas de manera negativa, se solicita clarificación del **régimen jurídico aplicable a un operador** privado de comunicaciones electrónicas y las obligaciones que le son exigibles cuando las Administraciones Públicas encargan la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y/o la explotación de redes a terceros a través de un operador privado como mi representada.”*

El objeto del presente acuerdo es dar contestación a las cuestiones formuladas por Vodafone.

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

La competencia de la CNMC para contestar esta consulta resulta de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, Ley CNMC), la CNMC actuará como órgano consultivo sobre las cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos.

Asimismo, el artículo 6.5 del citado texto legal señala que la CNMC *“supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas. En particular, ejercerá las siguientes funciones:*

(...) 5. Realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de las Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo”.

A tal efecto, el artículo 70.2.ñ) de LGTel establece que compete a la CNMC *“realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por ley o por real decreto”.*

De acuerdo con los artículos 7 y 69.b) de la LGTel, la competencia para la gestión del Registro de Operadores corresponde al Ministerio de Industria, Energía y Turismo –en adelante, Minetur-. Sin embargo, la gestión del Registro de Operadores se seguirá ejerciendo por la CNMC en aplicación del régimen previsto en la disposición transitoria décima de la LGTel hasta que el Minetur asuma efectivamente esta competencia.

Similar situación resulta aplicable al artículo 9 de la LGTel, cuyo incumplimiento será sancionable por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo (en adelante, SETSI), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 77.25 y 84 de la LGTel. El artículo 9 de la LGTel ha de completarse con el artículo 4 del Reglamento de prestación de servicios¹ y la Circular 1/2010, cuya supervisión e interpretación corresponde a la CNMC hasta que se apruebe el real decreto previsto en el artículo 9.2 de la LGTel².

¹ Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

² Ambas normas (Reglamento de prestación de servicios y Circular 1/2010) continúan siendo de aplicación en lo que no se opongan a la LGTel de conformidad con lo dispuesto en la disposición derogatoria única de esta norma.

Por último, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC resulta competente para emitir la contestación a la consulta planteada acerca de la aplicación del artículo 9 de la LGTel a los operadores privados, en virtud de lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley CNMC y el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

III. CONTESTACIÓN A LA CONSULTA PLANTEADA

III.1.- Situación que ha dado origen a la consulta

Vodafone explica en el escrito por el que plantea la consulta que *“durante los últimos meses ha recibido numerosas solicitudes por parte de Ayuntamientos y otras Administraciones Públicas para la prestación de un servicio de conectividad a Internet a los ciudadanos de un determinado municipio o a los usuarios de determinados servicios de gestión pública como, por ejemplo, el acceso a los ciudadanos dentro del recinto de un hospital”*.

«[Debido a que el artículo 9 de la LGTel ha modificado] la posibilidad (...) de que las AAPP se inscriban directamente en el Registro de Operadores actualmente gestionado por la CNMC, las AAPP están incluyendo estos servicios en los pliegos de condiciones de las licitaciones públicas junto con otros servicios como son la telefonía fija o móvil. En los mencionados pliegos de condiciones, las Administraciones imponen como requisito que sea directamente el operador de comunicaciones electrónicas al que se le adjudique el contrato el titular del servicio a todos los efectos.

Dependiendo de las condiciones del proceso de licitación que la AAPP haya determinado, la contraprestación para el operador asociada a la prestación de estos servicios consiste normalmente en (i) un pago directo por parte de los usuarios (lo que no es habitual); (ii) un pago directo por parte de la Administración como precio específico para el servicio de la oferta del operador), (iii) un pago directo por parte de la Administración, incluido en el precio del conjunto de los servicios adjudicados, o (iv) un pago indirecto por parte de la Administración (p.ej. cesión de la titularidad de determinada infraestructura), pudiendo llegarse a solicitar dicha prestación de manera totalmente gratuita.

Como ejemplos de los servicios de comunicaciones electrónicas o explotación de las redes demandadas por las Administraciones Públicas se pueden señalar:

- (i) la instalación y explotación de una red WIFI en las principales calles de un municipio de 256 Kbps gratuitos a cualquier ciudadano;*
- (ii) la prestación de un servicio de acceso a Internet mediante una red WIFI en un polígono industrial a una velocidad de 6 Mbps con un límite máximo de 30 minutos; o*

(iii) el acceso ilimitado mediante tecnología WIFI a la página Web del Ayuntamiento con cobertura en todo el municipio».

Vodafone continúa señalando que la Circular 1/2010 establece con carácter general la sujeción de las Administraciones públicas (en adelante, AAPP) al principio del inversor privado en sus actuaciones en el ámbito de las comunicaciones electrónicas que se presten a terceros. Las previsiones de la Circular 1/2010 coinciden en este punto con la nueva regulación contenida en la LGTel aprobada en mayo de 2014. La circular sigue vigente, por tanto, en lo que no se oponga a la LGTel, hasta la aprobación del real decreto de desarrollo del artículo 9.2 de la LGTel.

Vodafone destaca el hecho de que *“en la mayoría de los casos las AAPP no gestionan este tipo de servicios a través de órganos controlados por ellas sino que encargan directamente a los operadores de comunicaciones electrónicas la prestación de los mismos”.*

«En este contexto, Vodafone se plantea la cuestión de si, por el mero hecho de “encomendar” la prestación de servicios o explotación de redes a un operador privado (que, lógica e ineludiblemente, adopta sus decisiones bajo el principio de inversor privado) la Administración Pública está dando cumplimiento a sus obligaciones bajo el artículo 9 LGTel y la Circular 1/2010 de 25 de junio de 2010, o, si el operador privado debe “asumir” el cumplimiento de dicha Circular.

Vodafone quiere participar en estos procedimientos de licitación excluyendo todo riesgo de incumplimiento derivado de esta normativa que, entiende, no le resulta de aplicación, y rigiendo su actuación en estos procesos por los mismos principios y criterios que el resto de su actividad en el mercado».

Para este operador, la convivencia de ambas normas le plantea *“ciertas dudas sobre las obligaciones que le son exigibles a un operador como Vodafone cuando, a solicitud de las AAPP, participa en una u otra medida, en la prestación de servicios o en la explotación de redes en su nombre o por encargo de dichas Administraciones Públicas”.*

III.2.-Obligaciones de las AAPP como operadores de comunicaciones electrónicas

Las AAPP pueden intervenir en el ámbito de las telecomunicaciones principalmente de dos maneras: (i) actuando como operadores de comunicaciones electrónicas; (ii) incentivando la prestación de servicios o el despliegue de redes por los operadores privados, con los medios que tienen legalmente habilitados.

El artículo 9 de la LGTel sujeta a las AAPP –cuando sean operadores de comunicaciones electrónicas que exploten redes o presten servicios de

comunicaciones electrónicas a terceros- de forma específica a las siguientes condiciones:

- La actividad de que se trate se realizará 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 (artículo 9.3 de la LGTel).
- La intervención se ajustará al principio de inversor privado o PIPEM, cuyos criterios, condiciones y requisitos se determinarán mediante real decreto. En éste también se recogerán los supuestos en que se excepcionará la aplicación del citado principio porque:
 - a) no impliquen una distorsión a la competencia o
 - b) exista un fallo del mercado y no exista interés de concurrencia en el despliegue del sector privado por ausencia o insuficiencia de inversión privada³.
- Actuará con la debida separación de cuentas,
- La Administración respetará los principios de neutralidad, transparencia, no distorsión de la competencia y no discriminación.
- Se exige el cumplimiento de la normativa sobre ayudas de Estado a que se refieren los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- Por último, el artículo 9.4 de la LGTel recoge algunas obligaciones, principalmente de acceso, que no son de interés a los efectos de la presente consulta.

Las anteriores disposiciones se completan por la Circular 1/2010, norma que regula la intervención de las AAPP bien como operadores de comunicaciones electrónicas bien como entidades que financian el despliegue de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por otros operadores (esta última intervención está contenida únicamente en la disposición adicional primera de la Circular). Entre otros aspectos, esta circular concreta el alcance del principio de inversor privado, que posteriormente ha sido recogido en la LGTel, hasta que se apruebe el real decreto previsto en el artículo 9.2 de la LGTel –que, como se ha señalado, recogerá las excepciones a este principio-

³ En estos casos, la inversión pública se ajustará al principio de necesidad, con la finalidad de garantizar la necesaria cohesión territorial y social (artículo 9.2 de la LGTel).

Asimismo, el anexo de la Circular 1/2010, en relación con el artículo 11 del mismo texto, recoge tres escenarios en los que la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas por una Administración pública –a través de las entidades o sociedades previstas en el artículo 9.3 de la LGTel- no afectan de forma significativa a la competencia, por lo que se pueden desarrollar sin sujeción al principio del inversor privado⁴. Estas excepciones siguen estando vigentes a día de hoy por lo que los controles establecidos en la Circular 1/2010 para comprobar si la Administración actúa de conformidad con el principio del inversor privado no son de aplicación a esos supuestos.

No en vano ha de recordarse que la regla general para la prestación de servicios por parte de las AAPP es actuar con arreglo a ese principio y que ya el artículo 4.1 del Reglamento de prestación de servicios estableció la necesidad de supervisar que la prestación transitoria de servicios de comunicaciones electrónicas sin cobrar una contraprestación económica por parte de las AAPP no distorsiona la competencia, de forma que hay que estar al supuesto concreto de actividad –al margen de las excepciones señaladas en el párrafo anterior-.

No obstante, ha de afirmarse que son las AAPP las únicas destinatarias de la Circular 1/2010 y las obligadas a su cumplimiento como operadores de comunicaciones electrónicas, no estando por tanto los operadores privados obligados a su cumplimiento.

Por otra parte, la Circular 1/2010 regulaba otras situaciones –recogidas en su disposición adicional primera- en las que el explotador de redes o prestador de servicios de comunicaciones electrónicas era un operador privado, pero cuya actividad se financiaba a través de fondos públicos concedidos por las AAPP. En este contexto, la Circular establecía la obligación, para la Administración pública cuyos fondos ponía a disposición del operador privado, de remitir a la CNMC la información del proyecto de ayudas con anterioridad a su presentación a la Comisión Europea –se trataba de llevar un control de afectación al mercado de la actividad de la Administración pública como concedente de fondos públicos-. Esta previsión se considera inaplicable a partir

⁴ “Se entiende que no afectan a la competencia los siguientes servicios:

- 1.- El servicio de acceso a Internet limitado a las páginas web de las Administraciones que tengan competencias en el ámbito territorial en que se preste este servicio.
(...)
- 3.- Servicio general de acceso a Internet en centros de fomento de actividades docentes o educativo-culturales no incluidos en el artículo tercero de esta Circular, en tanto que resulte indispensable para cumplir sus fines y siempre que los usuarios acrediten su vinculación con el servicio mediante algún documento que permita su identificación.
- 4.- La explotación de redes inalámbricas que utilizan bandas de uso común y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público a través de las mismas siempre que la cobertura de la red excluya los edificios y conjuntos de edificios de uso residencial o mixto y se limite la velocidad red-usuario a 256 Kbps”.

de la entrada en vigor del Real Decreto de coordinación de ayudas públicas, en virtud del cual el Gobierno asume las funciones de coordinar determinadas ayudas públicas⁵.

Solventada la cuestión de la aplicación de la Circular 1/2010 a los operadores privados, a continuación se examinarán ciertas cuestiones a tener en cuenta cuando la Administración pública contrata a un operador privado para prestar servicios de comunicaciones electrónicas, como el acceso a Internet a través de redes WiFi a los ciudadanos (ejemplo en el que principalmente se centra Vodafone en su consulta), ya sea mediando un abono por la Administración contratante al operador privado –siendo gratuito para los usuarios finales-, o mediante contraprestación del usuario final al operador privado.

III.3.- Contratación de las actividades de comunicaciones electrónicas con un operador privado

Cuando una Administración pública encarga a un operador privado que explote una red (por ejemplo, una red WiFi cuyo titular es el operador) y/o preste un servicio de comunicaciones electrónicas (por ejemplo, el servicio de acceso a Internet) a los ciudadanos, el operador privado es el responsable de las actividades de comunicaciones electrónicas involucradas y como tal deberá cumplir las obligaciones establecidas en la normativa de telecomunicaciones en función de la concreta actividad que se desarrolle -entre las que no se incluirían las previsiones del artículo 9 de la LGTel ni de la Circular 1/2010, como se ha señalado anteriormente-.

En este caso, por supuesto, debe quedar claro que la actividad la presta el operador privado, no la Administración pública a través de ese operador. Debe recordarse que en el momento en que la Administración pública es la prestadora del servicio o la propietaria de la red, se constituye en prestador de servicios de comunicaciones electrónicas o en el explotador de una red de comunicaciones electrónicas, sujeta a la normativa descrita con anterioridad⁶. El hecho de que sea el operador privado el que explota la red y presta el

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

⁶ Entre otras, acuerdo de la CNMC, de 9 de octubre de 2014, por el que se contesta a la consulta planteada por el Ayuntamiento de Santander sobre su red WiFi (exp. CNS/DTSA/560/14/Cesión red WiFi Ayto. Santander); Resolución de la CMT de fecha 26 de mayo de 2009, recaída en el procedimiento sancionador RO 2008/838 y acumulados, incoados contra los Ayuntamientos de Coripe, El Coronil, Pruna Montellano, El Saucejo, Puebla de Cazalla, Algámitas y Morón de la Frontera por el incumplimiento de los requisitos exigibles para la explotación de redes de comunicaciones electrónicas; Resolución por la que se da contestación a la consulta formulada por el Instituto Municipal d'Informàtica sobre si la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso a Internet en determinados centros puede considerarse incluida en el régimen de autoprestación (exp. RO 2009/193).

servicio supone que en la información que se proporciona a los usuarios finales –por ejemplo, en la pantalla de acceso al servicio-, con independencia de que figure la entidad pública que fomenta el servicio, se identifique también de forma clara al operador responsable de éste.

Por otro lado, ha de llamarse la atención sobre la necesidad de que, en línea con los objetivos y principios recogidos en el artículo 3 de la LGTel, la intervención de la Administración pública en el ámbito de los servicios de comunicaciones electrónicas busque el equilibrio entre la consecución del máximo beneficio para empresas y consumidores y que se vele por que no se distorsione la competencia y se fomente la neutralidad tecnológica. Para ello, deberá evitar que se financien indebidamente las actividades que se llevan a cabo a partir de fondos públicos, falseando las condiciones de la competencia⁷.

Se ha advertido en algunas ocasiones sobre el rigor que han de tener las AAPP en sus actuaciones, diferenciando bien entre sus objetivos de promoción de actividades económicas y la prestación directa o indirecta de servicios a la ciudadanía en sus territorios.

Así, se ha señalado en alguna ocasión que los servicios de telecomunicaciones no son servicios públicos que las Administraciones tengan que garantizar con determinadas características, sino servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia –artículo 2.1 de la LGTel-. Desde este punto de vista, la imposición por parte de las AAPP de las condiciones, servicios y precios que el operador adjudicatario va a tener que garantizar supone una limitación por parte de los organismos públicos que en algunos casos pudieran ir más allá del ámbito de sus competencias⁸.

Como se señalaba, debe distinguirse claramente entre la actividad prestacional de la Administración pública –en la que tendrá que respetar la normativa de contratación administrativa-⁹ y la actividad de fomento de actividades económicas por terceros, para aquellas actividades cuya titularidad no corresponde a la Administración. Cualquier actividad de fomento de la Administración si tiene una naturaleza subvencional estará sujeta a la normativa de subvenciones y a la regulación sobre ayudas de estado.

En un régimen de libre competencia, el fomento a través de la financiación de una actividad por parte de la Administración pública deberá limitarse a aquellos

⁷ “La actividad de las AAPP en el sector de las telecomunicaciones. Catálogo de buenas prácticas”. CMT 2005.

⁸ Por todas, ver la Resolución por la que se da contestación a la consulta planteada por Cableuropa, S.A.U. (ONO) sobre la adecuación del pliego de cláusulas administrativas y económicas del concurso convocado por el Excmo. Ayuntamiento de Mérida al marco regulatorio vigente de comunicaciones electrónicas (expediente núm. RO 2007/663).

⁹ Vid por ejemplo el artículo 96 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

supuestos que no afecten a la libre competencia. En caso contrario, deberá dejarse en manos de los operadores privados o buscar otras vías, como por ejemplo el estímulo mediante ayudas a la demanda.

En los ejemplos propuestos por Vodafone en su consulta se parte de supuestos en los que en los pliegos de condiciones de las licitaciones públicas se contratan los servicios de telefonía fija y móvil para el desempeño de las funciones propias de la correspondiente entidad pública junto con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas al público en general.

En primer lugar, los servicios de telefonía de las dependencias municipales son servicios necesarios para dar cumplimiento y realizar los fines propios de la entidad pública y por lo tanto contribuyen a satisfacer de forma inmediata una finalidad pública de su ámbito competencial. La actividad estará sujeta a las reglas de contratación pública.

Sin embargo, la financiación de la prestación de un servicio de acceso a internet a los ciudadanos a través de una red WiFi por parte de un operador privado titular de la red y del servicio se incardina dentro de la actividad de fomento de la Administración. En este caso, la titularidad de la actividad es del operador privado, no responde a una competencia municipal y los destinatarios son el público en general. Esta actividad se puede calificar como subvencional. Por tanto, será de aplicación a este supuesto la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de subvenciones, que exige que se garantice la concurrencia competitiva –con independencia de su importe- y se acuda a procedimientos que incluyan medidas de publicidad y transparencia¹⁰.

Asimismo, la Administración deberá tener en cuenta en este último caso que la actividad resultará afectada por la normativa de ayudas de estado recogida principalmente en los artículos 107 y 108 del TFUE y sus disposiciones de desarrollo.

Estos artículos han sido desarrollados por diversos reglamentos comunitarios que resultan de aplicación como el Reglamento de *minimis*¹¹ o el Reglamento de Exención por Categorías¹². Por lo general, en el caso de prestación de un servicio de acceso a internet a los ciudadanos con carácter gratuito a través de

¹⁰ Artículo 8.3.a de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de subvenciones.

¹¹ Reglamento Nº 1407/2013 de 18 de diciembre de 2013 relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de *minimis*.

¹² Reglamento (UE) No 651/2014, de la Comisión Europea, 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 Tratado (en adelante, Reglamento de exención por categorías).

una red WiFi, será de aplicación el artículo 3 del Reglamento de *minimis*¹³ que excluye del ámbito de aplicación de los artículos 107 y 108 del TFUE determinados proyectos en los siguientes términos:

“1. Se considerará que las medidas de ayuda que cumplan las condiciones establecidas en el presente Reglamento no reúnen todos los criterios del artículo 107, apartado 1, del Tratado, y, por consiguiente, estarán exentas de la obligación de notificación establecida en el artículo 108, apartado 3, del Tratado.

2. El importe total de las ayudas de minimis concedidas por un Estado miembro a una única empresa no excederá de 200 000 EUR durante cualquier período de tres ejercicios fiscales”.

Por lo tanto, sólo en el caso de que el importe de la actividad de comunicaciones electrónicas subvencionada –explotación de la red WiFi y prestación del servicio de acceso a Internet a los ciudadanos sin contraprestación a cambio, en el ejemplo propuesto por Vodafone- supere los 200.000 euros para un periodo de tres años, la ayuda quedará fuera del Reglamento de *minimis* y deberá ser notificada a la Comisión Europea por constituir una posible ayuda de estado.

En este caso, con carácter previo a su notificación a la Comisión Europea, deberá comunicarse a la SETSI para que elabore el informe previsto en el artículo 3 del Real Decreto de coordinación de ayudas públicas, por tratarse de una red de banda ancha, susceptible de ser notificada a la Comisión Europea. Dentro de este trámite, el informe de la SETSI se completará con el elaborado por la CNMC sobre la fijación de las condiciones de acceso mayorista y sus precios, de conformidad con lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 3 del Real Decreto de coordinación de ayudas públicas¹⁴ que deberá ser tenido en cuenta por la Administración que concede la ayuda.

III.4.- Aplicación del PIPEM y los supuestos de los anexos de la Circular

La consulta, en último término, se refiere a que si, por el mero hecho de “encomendar” la prestación de servicios o la explotación de redes a un operador privado que normalmente adopta sus decisiones bajo el principio de inversor privado, la Administración Pública está dando cumplimiento a las obligaciones establecidas en artículo 9 de la LGTel y a la Circular 1/2010 o, si el operador privado debe “asumir” el cumplimiento de dicha normativa.

¹³ Reglamento Nº 1407/2013 de 18 de diciembre de 2013 relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de *minimis*.

¹⁴ Vid Acuerdo, de 21 de julio de 2016, por el que se da contestación a la consulta formulada por la Junta de Andalucía en relación a la distribución de competencias en materia de condiciones de acceso en los proyectos de ayudas al despliegue de redes de banda ancha (exp. núm. CNS/DTSA/057/16/COMPETENCIAS AYUDAS JUNTA DE ANDALUCÍA).

Como se ha señalado, Vodafone, en cuanto que operador privado, no está sujeto ni al artículo 9 de la LGTel ni a la Circular 1/2010. Las condiciones económicas que establezca un pliego para prestar el servicio de acceso a Internet a los ciudadanos a través de una red WiFi no alteran esta respuesta – con independencia de las consideraciones del apartado anterior- y no provocan la sujeción de Vodafone a la normativa.

Yendo al caso concreto, los supuestos recogidos en el anexo de la Circular 1/2010, en los que, en línea con la previsión del artículo 9.2 de la LGTel, se considera que no distorsionan la competencia –“*no afectan a la competencia*”, en terminología de la Circular 1/2010- aplican a situaciones en las que es una Administración pública la que realiza la actividad de comunicaciones electrónicas.

Si es un operador privado el que, gracias a una actividad de fomento de una Administración pública, realiza actividades de comunicaciones electrónicas dirigidas a los ciudadanos, no se verá limitado a prestar los servicios en las condiciones del Anexo de la Circular 1/2010, sin perjuicio de la supervisión que pueda llevar a cabo este organismo –en el ámbito de sus competencias- del impacto que una actividad de telecomunicaciones financiada con ayudas públicas pueda tener en la competencia.

Vodafone en su consulta plantea tres ejemplos de los servicios de comunicaciones electrónicas que las AAPP demandan:

- a) la instalación y explotación de una red WiFi en las principales calles de un municipio de 256 Kbps gratuitos a cualquier ciudadano;
- b) la prestación de un servicio de acceso a Internet mediante una red WiFi en un polígono industrial a una velocidad de 6 Mbps con un límite máximo de 30 minutos; o
- c) el acceso ilimitado mediante tecnología WiFi a la página Web del Ayuntamiento con cobertura en todo el municipio.

El primer supuesto es el más habitual y coincide con uno de los recogidos en el Anexo de la Circular, sobre el que esta Sala se ha pronunciado anteriormente: no representa una afectación a la competencia.

En el segundo supuesto, en el caso de que el importe de la ayuda fuera superior a 200.000 euros, la Administración pública debería dar traslado del proyecto a la SETSI en aplicación del artículo 3 del Real Decreto de coordinación de ayudas públicas, con carácter previo a su notificación a la Comisión Europea, y la CNMC emitirá su informe en virtud del mismo artículo 3.

Sin embargo, el tercer supuesto, en el que el operador proporciona únicamente acceso a la página de Internet de la entidad local contratante, se consideraría dentro de las actividades propias del municipio y, por tanto, su contratación encajaría en un supuesto de autoprestación, por lo que tendría un tratamiento regulatorio similar al del servicio telefónico que se contrata para los empleados municipales. Se trataría de un supuesto excluido del ámbito de aplicación de los artículos 107 y 108 del TFUE como señaló la Comisión Europea en su Decisión sobre la red de WiFi de Praga¹⁵.

Cuando la convocatoria de la subvención del servicio de comunicaciones electrónicas gratuito para los ciudadanos se efectúe en el mismo pliego que la contratación de servicios destinados al cumplimiento de los fines propios de la Administración pública, se recuerda la necesidad de separar los importes destinados a los servicios de comunicaciones electrónicas dirigidos a la satisfacción de sus propias necesidades de los de los servicios destinados al público. De esta forma, la Administración podrá calcular el importe correspondiente a estos últimos para determinar si deben considerarse una ayuda a los efectos de los artículos 107 y 108 del TFUE.

Para finalizar, se estima necesario formular una observación acerca de uno de los supuestos que Vodafone plantea en su consulta. Se trata de la financiación de los servicios al público mediante *“un pago directo por los usuarios”*. Si Vodafone se refiere a que el pago de los usuarios financia el coste total de la red y el servicio, que son de su titularidad, la intervención de la Administración es innecesaria y bastaría con la actuación directa del operador.

La presente contestación se emite en atención a la normativa en vigor actualmente pero la consideración sobre la prestación de servicios de acceso a Internet sobre redes WiFi está en revisión actualmente. Así, ha de recordarse que la Comisión Europea ha presentado el día 14 de septiembre de 2016¹⁶ una propuesta para dedicar fondos europeos al despliegue de redes WiFi por AAPP y entidades prestadoras de servicios públicos que proporcionen accesos de muy alta velocidad con carácter gratuito como servicios auxiliares de la actividad pública que desempeñen. Este acceso incluye el que se ofrecería en lugares como bibliotecas, hospitales o en espacios públicos tanto interiores como al aire libre.

¹⁵ NN 24/2007 - [Prague Municipal Wireless Network](#) *“The network is only used for the public sector and to offer free public access strictly limited to non-commercial public services and content”*.

¹⁶ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulations (EU) No 1316/2013 and (EU) No 283/2014 as regards the promotion of Internet connectivity in local communities.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado.