



Pep Jordana

Ingeniero de Telecomunicación

A (re)vueltas con el Wi-Fi municipal

En un número 176 de esta revista se hacía un repaso a la legislación en materia de telecomunicaciones a la que quedaban sujetas las Administraciones públicas cuando decidían prestar servicios y explotar redes de comunicaciones electrónicas (artículo 8, puntos 3 y 4 de la Ley General de Telecomunicaciones).

La autora del mencionado artículo basaba sus argumentos y conclusiones en la legislación propia de telecomunicaciones, junto a diversas resoluciones adoptadas por la CMT. Hacerlo así no deja de ser un tópico, quizá por deformación profesional, un tópico que también es propio de la CMT. Aun así, que sea un tópico no resta validez a tales conclusiones, máxime cuando la propia CMT viene obligada a dictar sus resoluciones bajo un estricto respeto a la legislación vigente en tanto que Autoridad Nacional de Regulación sujeta a derecho público.

El presente artículo aborda la misma cuestión pero desde la óptica de la legislación municipal. Las conclusiones no podrán, o no deberían, contradecir las concluidas en el artículo previo puesto que ambas legislaciones, las que regula el régimen municipal y la sectorial de telecomunicaciones, emanan de la misma Constitución y todo ello dentro del paraguas normativo de la Unión Europea.

Aunque en materia de telecomunicaciones resulta compleja (todos lo hemos sufrido en nuestros años académicos y profesionales), pocas transformadas de Fourier encontraremos en su legislación. Aun así, algunos ayuntamientos han alegado dicha complejidad para eludir su cumplimiento: *“en ningún momento pretendió vulnerar la normativa de telecomunicaciones [...] pues era desconocedor de [...]”,* o bien *“no ha existido [...] una voluntad expresa de cometer el acto presuntamente antijurídico si no que se ha procurado cumplir con lo que se consideraba la legalidad exigible [...]”*¹, si bien para la CMT *“esta ignorancia no puede ser aducida por la propia Administración Pública, cuyo ámbito de actuación, de interés público, le exige un plus de diligencia en sus actuaciones”*².

El presente artículo aborda la misma cuestión pero desde la óptica

ca de la legislación municipal. Las conclusiones no podrán, o no deberían, contradecir las concluidas en el artículo previo puesto que ambas legislaciones, las que regula el régimen municipal y la sectorial de telecomunicaciones, emanan de la misma Constitución y todo ello dentro del paraguas normativo de la Unión Europea.



Partiendo de la innegable competencia de las Administraciones públicas locales para prestar servicios y explotar redes de comunicaciones electrónicas puesto que así se recoge en el artículo 4.2 de la LGTel, se van a considerar cuatro aspectos de índole municipal de importancia fundamental, el régimen de precios, la gratuidad de los servicios, la separación de cuentas y el uso de bienes públicos en el ejercicio de dicha actividad.

■ Régimen de precios

Las sociedades mercantiles que prestan servicios y explotan redes de comunicaciones electrónicas actúan en un mercado libre y competitivo³ sin otra pretensión que la legítima obtención de un beneficio económico. Las intervenciones administrativas en materia de precios están extraordinariamente limitadas y solo se realizan con la finalidad a beneficio de los usua-

rios de que no se distorsione el mercado ni la competencia, esto es, disponer de mejores servicios y a precios más asequibles y que obedezcan a condiciones reales de mercado.

En cambio, el régimen de precios cuando es una Administración pública la que actúa es muy distinto, es el que proporciona la Ley de tasas y precios públicos⁴. Para poder determinar la adecuación o no de una tasa como contraprestación económica cuando un ayuntamiento ofrece un servicio de telecomunicaciones (WiFi entre ellos) podemos acudir como primera aproximación a la exposición de motivos de la citada Ley donde se define *“Las tasas son un tributo cuyo hecho imponible consiste en la prestación de servicios [...], que se refieran, afecten o beneficien a los sujetos pasivos. [...] la solicitud o recepción del presupuesto de la tasa debe ser obligatoria para el obligado a satisfacerla y, además, el servicio [...] que se presta por parte del ente público no debe poder ser prestado por el sector privado (no puede existir concurrencia entre el sector público y el sector privado).”*

Se aclara seguidamente *“Cuando concurren en la prestación del servicio [...] las dos notas comentadas (obligatoriedad y no concurrencia) estaremos ante una tasa. Por el contrario, si el servicio [...] es susceptible de ser prestado por el sector privado o bien en su solicitud no existe obligatoriedad, estaremos ante un precio público”*.

Todo ello se desarrolla en los artículos 6 y siguientes para las tasas y 24 y siguientes para los precios públicos. El artículo 7 determina que la tasa *“tenderá a cubrir el coste del servicio”*, o sea, que su importe máximo será el coste del servicio. Por contra, el artículo 25.1 establece que el precio público *“se*

determinará a un nivel que cubra, como mínimo, los costes económicos originados por la [...] prestación de los servicios”, o sea, que su importe mínimo será el coste del servicio.

Debemos entender que justamente la diferencia entre ambos conceptos, la obligatoriedad y no concurrencia, es la razón básica de esta diferencia en el establecimiento de sus importes. Cuando una actividad pueda ser prestada legítimamente por un agente privado, no tiene sentido y sería contrario a una economía de mercado una prestación pública a precio inferior al coste atentando directamente contra la libertad de empresa. No obstante, ello no impide que tal servicio pueda ser prestado también por una Administración pública.

La Ley reguladora de las haciendas locales⁵ detalla con mucha mayor precisión, a la vez que complejidad, el alcance de los conceptos de tasa o de precio público en el ámbito local sin que nada de ello resulte relevante a lo descrito en los párrafos anteriores.

Tras este repaso al régimen de precios de las Administraciones públicas podemos ahora preguntarnos sobre el precio que correspondería a tal servicio cuando lo presta dicha Administración pública. Los servicios de comunicaciones electrónicas definidos como servicios de interés general prestados en régimen de competencia son de libre recepción por sus usuarios y además pueden ser prestados por el sector privado. Por tanto, no confluyen ninguno de los dos requisitos necesarios para poderse considerar sujetos a una tasa. En consecuencia, corresponde, sin lugar a dudas, aplicar un precio público y que por definición no puede ser inferior al coste real del servicio.

Llegados a este punto, observamos total coincidencia, no podría ser de otro modo, con la regulación específica de telecomunicaciones cuando trata la intervención de las Administraciones públicas como prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas o explotadores de redes. Es decir, incluso sin una Ley general de telecomunicaciones los precios no pueden ser inferiores a costes. Precisamente, de ahí se deduce la necesaria separación de cuentas entre las diversas actividades del prestador del servicio.

■ Servicios gratuitos

Parece pues evidente que los servicios de comunicaciones electrónicas no pueden ser gratuitos. No obstante, así es la legislación, se establecen algunas excepciones.

El artículo 25 de la Ley de tasa y precios públicos en su numeral 2 establece *“Cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen, podrán señalarse precios públicos que resulten inferiores [...]”*. Por tanto, se podría alcanzar tal gratuidad. Ahora bien, previa identificación de tales razones concretas y que de ellas se deduzca tal conveniencia, y esto ya no resulta tan fácil. Este artículo 25.2 es de aplicación general para cualquier tipo de actividad.

En materia de servicios de telecomunicaciones en los que es factible su prestación por el sector privado⁶ se podría llegar a un contrasentido difícilmente justificable. Aquellos usuarios que legítimamente decidieran no contratar un determinado servicio y aquellos que decidieran contratarlo dentro del sector privado estarán financiando a través de sus impuestos generales (IBI, por ejemplo) la reducción de precio que se aplica-

ría a aquellos que libremente y sin ningún requisito previo contratasen con la Administración local.

La legislación actual de telecomunicaciones ya prevé determinados mecanismos compensatorios por razones sociales pero para aquellos servicios de carácter universal. Y en estos casos, tales mecanismos compensatorios se financian dentro del propio sector, nunca a través de fondos públicos.

Acerca de cuáles podrían llegar a ser las razones de índole social, o benéficas, o culturales o de interés general puede especularse en gran manera. Los ayuntamientos regulan sus competencias mediante instrumentos normativos tales como las ordenanzas y lo hacen a criterio discrecional hasta donde la ley les permite. Esta discrecionalidad da lugar a un sinfín de regulaciones distintas entre municipios.

Dentro de esta dispersión lo más común para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas es encontrarse con una regulación escasa a causa de una ausencia de precio o bien a causa de una ausencia de condiciones para acceder al servicio. Es decir, acostumbra a resultar un servicio a precio inferior a coste (incluso gratuito) a disposición de la ciudadanía en general, sin que ninguna razón justifique tal reducción general en el precio.

Por otro lado, son muchos los ayuntamientos, aunque no todos, que prestan determinados servicios de carácter social como por ejemplo los comedores sociales. Corresponde aplicar precios públicos, que cubran el coste, puesto que el servicio es de recepción no obligatoria y se presta de manera ordinaria desde el sector privado, el de la restauración. Tal actividad viene regulada por una ordenanza. Las



condiciones de acceso al servicio resultan igualmente dispares entre municipios pero presentan algunas trazas comunes. Entre ellas un precio público reducido (raramente gratuito), valoración previa de la situación social de la persona, seguimiento de su situación, determinadas condiciones de renta, situaciones familiares complejas, etc. Todo ello parece razonable al amparo de la excepción señalada sobre los precios públicos.

Los requisitos, razonables, necesarios para acceder al servicio de comedor social a precios reducidos contrastan con la general aplicación de precios reducidos, cuando no gratuidad, para recibir servicios de acceso inalámbrico a Internet. Recientes resoluciones de la CMT consiguen poner coto a este proceder habitual en contra del deseo y la intención de las Corporaciones locales. Nadie negará la distinta trascendencia entre disponer de una conexión a Internet, acaso un lujo en la playa, o disponer de un plato caliente en la mesa, una necesidad vital, de la que el "usuario" no puede elegir prescindir. La disparidad de ordenanzas y la prudencia obligan a no citar casos concretos pero una búsqueda sim-

ple en Internet usando claves como "ayuntamiento", "WiFi", "comedor social", "ordenanza" nos ofrecerá buenos ejemplos. La panacea resulta cuando ambas intenciones coinciden en un mismo Ayuntamiento, WiFi gratuito pero comedor social de pago.

Por todo ello, si bien resulta complejo establecer una reducción de precio concreta aplicable a los servicios de comunicaciones electrónicas, no parece aceptable una reducción que superara la que se ofrezca en el caso del comedor social. Y, en todo caso, una reducción condicionada a unos requisitos previos de naturaleza social, benéfica, cultural o de interés público.

Separación de cuentas

Mucha tinta ha corrido sobre este asunto desde los primeros momentos de la liberalización de las telecomunicaciones. Esto nos pareció, a los que vivimos en este mundo, un feliz invento que venia a evitar lo que se ha denominado subvenciones cruzadas que podrían perjudicar enormemente una competencia efectiva. Y este aspecto se aplica en dos ámbitos distintos según el artículo 8 de la LGTel, en las grandes corporaciones que operen en otros sectores económicos (punto 3 del citado artículo) y las administraciones públicas (punto 4).

Pero nada más lejos de la realidad, el concepto no era nuevo. En la normativa autonómica se desarrolla este concepto para su aplicación horizontal a todas las actividades de las Corporaciones locales en los Reglamentos de obras, actividades y servicios. Como muestra se traslada el redactado literal del caso de Catalunya⁷ por resultar

suficientemente explícito: *“Las entidades jurídicas que, en su caso, se constituyan para el ejercicio de actividades económicas se han de someter a las mismas reglas y condiciones que las demás empresas concurrentes en el mercado, y no pueden percibir ningún tipo de ayudas que supongan ventajas económicas gratuitas, ya sean en forma de prestaciones positivas o mediante intervenciones que rebajen o minoren las cargas que graven el presupuesto de la entidad jurídica que supongan preferencia respecto de las demás empresas del sector, ni utilizar las prerrogativas de la administración”*. En otras Comunidades Autónomas se establecen redactados similares con igual finalidad⁸.

Esta prescripción tiene un alcance mucho mayor que el mantenimiento de cuentas separadas. Así, algunas prácticas habituales en los WiFi municipales que podrían encajar en el concepto de cuenta separada están expresamente limitadas en el precepto señalado. Así, cabe preguntarse de qué forma se aplica en cuentas separadas el hecho que un ayuntamiento “preste” la cubierta de un edificio de su titularidad lo cual es claramente una “intervención que rebaja la carga” o, pero aún, cuando el Ayuntamiento consigue que un particular “preste” su cubierta en cuyo caso se estarían usando prerrogativas administrativas.

► El uso de los bienes públicos

Nos centraremos a continuación en la forma en que las Corporaciones locales pueden contribuir a la poner a disposición de los operadores espacios físicos que les permitan establecer sus redes de comunicaciones más que la presta-

ción directa de los servicios, una actividad no demasiado propia de una Administración Local.

Las Corporaciones locales, en contraste con otros agentes privados, son titulares de dos tipos de bienes, los de dominio público o demaniales y los de dominio privado o patrimoniales⁹ cuya administración y gestión obedece a dos regímenes jurídicos muy diferentes. El régimen que aplica a los bienes patrimoniales es similar al que aplica a los bienes de cualquier agente privado con algunas salvedades que acaban haciendo dicha gestión ligeramente más compleja.

Entre estas salvedades cabe citar 1) la ausencia de arbitrariedad y el requisito de objetividad¹⁰, o 2) la transparencia y publicidad de sus actos¹¹. Por ejemplo, un propietario de un inmueble puede decidir alquilarlo a un operador pero no a otro (discriminación) sin razón alguna (arbitrariedad) ni tiene que dar cuenta a la ciudadanía acerca del contenido del acuerdo de alquiler (publicidad y transparencia); la Administración no puede actuar de esta forma. Por contra, la gestión y administración de dichos bienes debe realizarse bajo el principio de máxima eficacia y rentabilidad¹² al igual que lo haría un agente privado sin que para éste sea preciso establecerse por ley.

En cambio, los bienes de dominio público son de gestión y administración muy distinta. De entrada, deben destinarse al uso general o al servicio público y además deben dedicarse preferentemente al uso común frente al uso privativo¹³, aspectos que no concurren, en general, en las comunicaciones electrónicas. Por otro lado, la Administración titular mantiene un control total sobre dicho dominio de tal manera que la autorización

de uso privativo¹⁴ podrá ser revocada unilateralmente por la Administración en cualquier momento sin generar derecho a indemnización¹⁵. Este detalle entra en conflicto con el legítimo retorno de la inversión del operador.

Mención especial debe hacerse cuando el uso del dominio público resulta necesario para el establecimiento de redes. En este caso, el ayuntamiento viene obligado a autorizar su uso (artículo 26.1 y 28.1 de la LGTel) y corresponde la aplicación de tasas¹⁶ y no precios públicos puesto que el operador no tiene la opción de no prestar el servicio ni puede hacerlo desde el sector privado ya que de otro modo no sería cierta la condición de necesidad de uso del dominio público.

La inversa también es cierta. Cuando no pueda constatarse la condición de necesidad de ocupar el dominio público por existir alternativas desde el sector privado, de autorizarse el uso de tal dominio público, debería hacerse bajo precios públicos en lugar de tasas, unos precios acordes con el mercado inmobiliario. De esta forma se incentiva el uso de los recursos privados disponibles, cuando no resulte imposible, de manera que se respeta el principio de uso común preferente frente al uso privativo¹⁷. Bajo este principio la intervención de las Corporaciones locales debería huir de la puesta a disposición de los operadores del dominio público del que son titulares, haciéndolo únicamente cuando sea necesario.

Por esta misma razón se debería evitar la imposición de restricciones desproporcionadas, ilegales a todas luces, que dificultaran el afloro de espacios de titularidad privada que pudieran destinarse al esta-

blecimiento de redes. No se puede evitar, aquí, una referencia a las dificultades para el afloro de espacios útiles como consecuencia de la infundada alarma social surgida entorno a las infraestructuras de telefonía móvil. No es éste lugar ni momento donde debatir la ausencia o no de fundamento de dicha alarma social pero sí de hacer notar que ello comporta una distorsión del mercado al reducir la disponibilidad de espacios provocando un inoportuno incremento de precios que acaba redundando en un mayor precio del servicio o en reducción de la calidad y prestaciones en contraposición al objetivo inicial de disponer de mejores servicios y a precios más asequibles. Ante esta situación algunos ayuntamientos optan por poner a disposición espacios de su titularidad sean demaniales o patrimoniales, un destino impropio para tales recursos públicos como se ha indicado anteriormente y que no debería alterar dicha alarma social.

En su lugar, sería oportuno que las Corporaciones locales reconduzcan tal infundada alarma social en base a argumentaciones bien consolidadas, que las hay¹⁸, en base a una información adecuada y veraz. El papel de otras Administraciones públicas, autonómica o estatal, resultas ahí fundamental y especialmente el de las autoridades en materia de salud pública.

Todo ello hace poco adecuado, que no imposible, el uso de bienes patrimoniales de titularidad pública en el establecimiento de redes de comunicaciones electrónicas. Y de hacerlo, sus pactos deben quedar sujetos a derecho público en lo relativo a su preparación y adjudicación pero a derecho privado sus efectos y extinción¹⁹, incluso también cuando el operador sea de titularidad pública, lo cual no deja

de ser una significativa complicación jurídica derivada del hecho que la Corporación local está realizando una actividad que no le es propia.

Conclusiones

Dos son las conclusiones a las que se llega. De una parte, la intervención de las Administraciones públicas en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas no puede alterar en ningún modo una actividad que se realiza (o puede realizarse) desde el sector privado. Así se concluye de la Ley general de telecomunicaciones pero también de la Ley de tasas y precios públicos y de la del patrimonio de las AAPP.

Es más, la Ley de tasas y precios públicos detalla claramente que corresponde precio público (no inferior a coste) no tan solo cuando la supuesta actividad se esté ejerciendo desde el sector privado sino también *cuando se pudiera ejercer*. Este aspecto no está recogido en la LGTel y la CMT lo aplica bajo una óptica subjetiva por su ausencia en la regulación de telecomunicaciones pero, como hemos visto, muy presente en la legislación relativa a las AAPP, aspecto que también podría tener en consideración la CMT.

Por otra parte, el ingeniero de telecomunicación debe tener una mentalidad abierta, en este caso a la legislación de otros sectores o actividades, puesto que ahí también encontrará o incluso mejorará sus actividades profesionales cotidianas. ♦

Notas

- 1 Resolución del procedimiento sancionador RO 2008/551 incoado contra el Excmo. Ayuntamiento de Fornells de la Selva por el incumpli-

miento de los requisitos establecidos en el artículo 6.2 de la LGTel. Antecedente undécimo. CMT 25 de septiembre de 2008. Y también resoluciones de la misma fecha seguidos contra los Ayuntamientos de Bordils, Espinelves, Camplong y Quart

- 2 Ídem, Fundamento de derecho tercero.
- 3 Constitución Española, artículo 38: "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. [...]"
- 4 Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos
- 5 Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la ley reguladora de las Haciendas locales, artículo 20 y siguientes para las tasa y artículo 40 y siguientes para los precios públicos.
- 6 Cabe observar que la Ley de Tasas y Precios Públicos establece como condición suficiente para un precio público que tal servicio se pueda prestar por el sector privado pero no que se esté prestando efectivamente. Ello debe ser así puesto que de lo contrario se desincentivaría una futura intervención privada que, entre otras cosas, comportaría un deseable ahorro de caudales públicos.
- 7 Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el cual se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, artículo 138.
- 8 Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja, artículo 204.2. Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón, artículo 200.
- 9 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, artículo 4.
- 10 Constitución Española, artículos 9.3: "La Constitución garantiza [...] la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos" y 103.1 "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales ..."
- 11 Ley 33/2003, artículo 8.1.c)
- 12 Ley 33/2003, artículo 8.1.b)
- 13 Ley 33/2003, artículo 6.c y 6.d)
- 14 Ley 33/2003, artículos 84.3, 85.3, 86.3 en conexión con el artículo 28.1 de la LGTel.
- 15 Ley 33/2003, artículo 92.4
- 16 Ley 33/2003, artículos 92.5 y 93.4
- 17 Ley 33/2003, artículo 6.d)
- 18 Los campos electromagnéticos y la salud pública, Nota descriptiva Nº 304, mayo 2006 (OMS). Informe sobre Radiofrecuencias y salud (2007-2008), Comité científico asesor de radiofrecuencias y salud (CCARS). Ministerio de Industria Turismo y Comercio. Informe sobre la exposición del público en general a las emisiones radioeléctricas de estaciones de radiocomunicación, año 2008, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Mayo 2009.
- 19 SCENIHR (Scientific Committee on Emerging and Newly Identified Health Risks). Health Effects of Exposure to EMF, 19 January 2009. European Commission Electromagnetic Field Treatment Protects Against and Reverses Cognitive Impairment in Alzheimer's Disease Mice, Journal of Alzheimer's Disease 19 (2010) 191-210.

19 Ley 33/2003, artículo 110.1