



**ACUERDO POR EL QUE SE DA
CONTESTACIÓN A LA CONSULTA
PLANTEADA POR EL GOBIERNO DEL
PRINCIPADO DE ASTURIAS RELATIVA A
LA NUEVA FÓRMULA DE GESTIÓN DE LA
RED ASTURCÓN**

(CNS/DTSA/1460/14/GESTIÓN RED ASTURCÓN)

11 de diciembre de 2014

Índice

1. Consulta de la Consejería de Economía del Principado de Asturias.	3
2. Habilitación competencial.	4
3. Antecedentes.	5
4. Sobre la fórmula más adecuada de gestión por un tercero de la red Asturcón.	6
5. Sobre la posibilidad de que el Principado de Asturias asuma directamente a través de sus propios medios, sin intervención de otra entidad o sociedad, la explotación de la red Asturcón.	7
6. Sobre si la adjudicación a un operador privado puede considerarse como control indirecto de la red a los efectos de lo previsto en el artículo 9 de la LGTel.	8
7. Sobre las obligaciones de comunicación al Registro de operadores si se adjudica a una empresa privada la explotación de la red Asturcón.	11

Acuerdo por el que se da contestación a la consulta del Gobierno del Principado de Asturias relativa a la nueva fórmula de gestión de la red Asturcón

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su reunión de 11 de diciembre de 2014, ha aprobado la presente contestación a la consulta formulada por la Consejería de Economía y Empleo del Gobierno del Principado de Asturias (en adelante, Consejería de Economía del Principado) sobre diversos aspectos relacionados con la gestión “Red Astur de Comunicaciones Ópticas Neutras”, (en lo sucesivo, Asturcón), de su titularidad a la luz de la nueva regulación de la participación de las Administraciones Públicas en el ámbito de las telecomunicaciones establecida en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel).

En esta contestación se han tenido en cuenta las observaciones formuladas por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo (en adelante, Minetur).

1. Consulta de la Consejería de Economía del Principado de Asturias.

El Principado de Asturias figura inscrito en el Registro de Operadores para la explotación de una red pública fija de comunicaciones electrónicas -la red Asturcón- y de una red terrestre soporte para la prestación del servicio de televisión digital terrestre¹.

Por su parte, la gestión de la red Asturcón se lleva a cabo a través de la empresa “Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias, S.A.” (en adelante, GITPA), sociedad anónima pública participada en un 100% por el Principado de Asturias, y que tiene la consideración de medio propio del Gobierno autonómico. La sociedad, que fue constituida en el año 2005², figura inscrita en el Registro de Operadores para la explotación de una red de fibra óptica³.

Con fecha 28 de julio de 2014, tuvo entrada en el registro de esta Comisión un escrito de la Consejería de Economía del Principado de Asturias en el que plantea diversas cuestiones relacionadas con la gestión de la red de fibra

¹ Expedientes RO 2005/1159 de fecha 8 de agosto de 2005 y RO 2011/797 de 6 de abril de 2011, respectivamente.

² La disposición adicional primera de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Principado de Asturias de 2005 autoriza al Consejo de Gobierno del Principado de Asturias a crear la citada sociedad que en la actualidad se haya adscrita a la Consejería de Economía y Empleo del Principado de Asturias.

³ Expediente RO 2007/268.

óptica Asturcón basada en tecnología GPON y arquitectura FTTH, de la que es titular. En concreto, la Consejería formula las siguientes preguntas:

“1. ¿Cuál sería la fórmula más adecuada para gestionar por un tercero la Red pública de comunicaciones electrónicas ASTURCON, cuya titularidad seguiría siendo del Principado de Asturias?”

2. En relación con la aplicación del artículo 9 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, dos son las cuestiones que se suscitan:

a) ¿Si finalmente se opta por la disolución y posterior liquidación de GITPA, sería posible, de acuerdo con el artículo 9, que el Principado de Asturias asumiera directamente, a través de sus propios medios, y sin intervención de entidad o sociedad, la gestión, mantenimiento y explotación de la Red ASTURCON?

b) ¿En el caso de adjudicar a una sociedad privada, no participada por el Principado de Asturias, la gestión, mantenimiento y explotación de la Red ASTURCON, puede considerarse que existe un control “indirecto” y ser de aplicación el citado artículo 9, por el hecho de que se impongan ciertas condiciones o controles al adjudicatario?

3. ¿Seguiría afectando al Principado de Asturias, en cuanto titular de la red, pero no gestor de la misma, la obligación, con anterioridad al inicio de la actividad, de comunicarlo previamente al Registro de operadores (art. 6.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones); o ello incumbe solamente a la sociedad que resulte adjudicataria?

4. Cualesquiera otras consideraciones u observaciones que la CNMC estime oportunas en relación con el presente proyecto.

2. Habilitación competencial.

La competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia - en adelante, 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, LCNMC-, 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 del citado texto legal establece 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.l) de la LGTel señala que la CNMC *“podrá ser consultada en materia de comunicaciones electrónicas por las comunidades autónomas y las corporaciones locales”*.

Por otra parte, el artículo 69.b) del citado texto legal atribuye al Minetur la competencia para *“gestionar el Registro de Operadores”*. Sin embargo, dicha función está siendo ejercida transitoriamente por la CNMC en virtud de lo dispuesto en la Disposición transitoria décima de la LGTel.

En particular, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC resulta competente para emitir este informe, en virtud de lo previsto en el artículo 21.2 de la LCNMC y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

La presente contestación se emite sin perjuicio del control en materia de Ayudas de Estado que corresponde a la Comisión Europea, de conformidad con el artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y de las competencias que ostenta el Minetur para la interpretación y posible sanción de eventuales infracciones relacionadas con el artículo 9 de la LGTel.

3. Antecedentes.

GITPA, entidad que actualmente gestiona la red Asturcón a través de una encomienda de gestión, ha venido ofreciendo los siguientes servicios sobre esa red:

- a) Servicios mayoristas de acceso, interconexión y cubrición (FTTH) a los operadores de comunicaciones electrónicas, actuando como un operador mayorista neutro.
- b) Un servicio de conectividad a la Red Hospitalaria del Servicio de Salud del Principado de Asturias o a hospitales concertados en régimen de autoprestación. Esta red está integrada por un total de 13 hospitales.

En la consulta de la Consejería de Economía del Principado se señala que *“dentro del proceso de reordenación y redimensionamiento del sector público del Principado de Asturias, se ha aprobado la Ley del Principado de Asturias 1/2013, de 24 de mayo, de Medidas de Reestructuración del Sector Público Autonómico, en cuyo Preámbulo se afirma que la Ley contempla la disolución y liquidación de GITPA”*. En este sentido, el artículo 26 de esta Ley dispone que:

“Se autoriza al Consejo de Gobierno, previa comunicación a la Junta General del sistema de gestión acordado para asegurar la prestación de los servicios de red y la autoprestación, a realizar los actos necesarios para proceder a la disolución y posterior liquidación de GITPA, garantizando la prestación de los servicios de telecomunicaciones, la subrogación de sus trabajadores en los términos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y de acuerdo con las prescripciones que dicte el organismo nacional regulador del sector de las telecomunicaciones”.

La Consejería de Economía del Principado señala que la autorización recogida en la Ley implica que, *“si finalmente se procediera a la disolución y posterior liquidación de GITPA, sería necesario establecer un «sistema de gestión» para asegurar la prestación de los servicios que, hasta el momento, eran propios de GITPA”*.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, a continuación se examinan las diferentes cuestiones planteadas en la consulta.

4. Sobre la fórmula más adecuada de gestión por un tercero de la red Asturcón.

La Consejería de Economía del Principado pregunta, en primer lugar, cuál sería la fórmula más adecuada para que un tercero gestione la red pública de comunicaciones electrónicas Asturcón, manteniendo la titularidad el Principado de Asturias. En este sentido, se señala que las opciones que la Consejería está barajando son las siguientes:

- “1) Contrato de colaboración entre el sector público y privado;*
- 2) contrato administrativo especial;*
- 3) contrato privado patrimonial de cesión onerosa de los derechos de uso y gestión de la explotación de la Red pública neutra;*
- 4) contrato mixto de arrendamiento o cesión del uso y explotación de la Red pública neutra y un contrato administrativo de servicios”*.

Siendo en principio la red Asturcón un bien de naturaleza patrimonial, el concurso público resulta la fórmula más adecuada para la elección del operador privado que gestionará dicha red, de conformidad con el artículo 107.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 33/2003). Asimismo, el procedimiento competitivo deberá garantizar el respeto de los principios de publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad establecidos en el artículo 8 de la Ley 33/2003⁴, debiendo acudirse a la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en lo no previsto por tal norma, dependiendo de la modalidad de contrato que se elija.

Por lo que se refiere a la concreta fórmula de gestión, no entra en el ámbito competencial de la CNMC su determinación, por lo que el Principado podrá elegir cualquier modalidad de las previstas en las normas citadas. A este respecto, esta Comisión no ha percibido hasta la fecha la existencia de un criterio unívoco y/o preferente para la elección de una modalidad contractual

⁴ Los artículos 107 y 8.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, tienen carácter básico.

concreta para este tipo de actividades por parte de las Administraciones públicas territoriales.

Únicamente se recuerda al Principado de Asturias que, a la hora de determinar la fórmula de gestión de la red por un tercero, deberá tener en cuenta que las telecomunicaciones son servicios de interés general y no están atribuidas al Principado de Asturias entre sus funciones propias, por lo que a esta Comisión no le parecen apropiadas fórmulas de gestión de servicios públicos propios de la Administración –contrato de gestión de servicios públicos-. Por otro lado, es relevante puntualizar la existencia de dos servicios que podrían diferenciarse, de una parte la conectividad a los hospitales de la región, que podría explotarse en autoprestación por el Principado, y de otra la explotación de la red y el servicio a prestar a terceros, que habrá de licitarse. Respetando estas premisas, la elección de la fórmula de gestión corresponde al Gobierno de Asturias.

5. Sobre la posibilidad de que el Principado de Asturias asuma directamente a través de sus propios medios, sin intervención de otra entidad o sociedad, la explotación de la red Asturcón.

El artículo 9 de la LGTel -en sus apartados 1, 2 y 4-⁵ establece que la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de prestación a terceros se realizarán por “operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas”⁶.

En concreto, el apartado 3 del artículo 9 de la LGTel dispone que:

“Una Administración Pública sólo podrá instalar y explotar redes públicas de comunicaciones electrónicas o prestar servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de prestación a terceros

⁵ El artículo 9 de la LGTel regula la intervención de las Administraciones Públicas en el ámbito de las telecomunicaciones bajo el epígrafe: “Instalación y explotación de redes públicas y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de prestación a terceros por las Administraciones Públicas”.

⁶ El precepto no perfila más detalles y caben varias posibilidades, pero al referirse a operadores controlados “directamente o indirectamente por las administraciones públicas” conviene como mínimo hacer alusión a los organismos públicos o sociedades mercantiles estatales o locales, o a otro tipo de entidades de carácter público.

Interesa recordar el artículo 2 de la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas, que define a las empresas públicas como aquéllas en las que “los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen”. En este sentido, el artículo 42.1 del Código de Comercio define las situaciones en las que se presume que la sociedad dominante ejerce o puede ejercer un control directo o indirecto sobre la sociedad dependiente. Adicionalmente, la Ley de Transparencia Financiera dispone que en el ámbito autonómico y local, se consideran empresas públicas las entidades en las que concurran las circunstancias mencionadas en el apartado primero del citado artículo 2.

Otras posibilidades de explotación de redes o prestación de servicios a través de entidades o sociedades tendrán que examinarse a la luz del caso concreto planteado.

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”.

Por lo tanto, este artículo excluye, en principio, la posibilidad de que una Administración pública de carácter territorial, como una entidad local o una comunidad autónoma lleve a cabo actividades de comunicaciones electrónicas en régimen de prestación a terceros directamente puesto que entre sus fines no se encuentran este tipo de actividades. La Administración pública deberá constituir la correspondiente entidad o sociedad entre cuyo objeto social o finalidades figuren el desarrollo de actividades de comunicaciones electrónicas.

En definitiva, la CNMC considera que la gestión, el mantenimiento y la explotación de la red Asturcón directamente por el Principado de Asturias no se ajustaría a las determinaciones del artículo 9.3 de la LGTel.

Por tanto, si se decidiese por una fórmula de gestión pública, el Principado de Asturias deberá o bien crear una entidad o sociedad cuyo objeto o finalidad sea la explotación de la red Asturcón y que ostente su titularidad, o bien seguir explotándola a través de GITPA o, por último, ampliar el objeto social de alguna otra entidad o sociedad ya existente, incorporándose a dicho objeto la instalación y explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

En el supuesto de que se elija este modelo de gestión, la CNMC considera que cuando el control, la gestión o la puesta a disposición de una red pública de comunicaciones electrónicas se realice por una entidad o una sociedad que constituya medio propio de la Administración titular, únicamente es la entidad o sociedad encargada de su gestión la que deberá notificar la explotación de la red pública de comunicaciones electrónicas a los efectos de su inscripción en el Registro de Operadores. De esta forma, se daría cumplimiento a las previsiones del artículo 9 de la LGTel.

Aplicándolo al caso que nos ocupa, la Administración pública titular de la red, es decir, el Principado de Asturias, cumpliría con las exigencias del artículo 9 de la LGTel si gestiona la red a través del GITPA u otra entidad o sociedad que sea medio propio de su titularidad siempre que, este último tenga la condición de operador de comunicaciones electrónicas a los efectos del artículo 6.2 de la LGTel.

6. Sobre si la adjudicación a un operador privado puede considerarse como control indirecto de la red a los efectos de lo previsto en el artículo 9 de la LGTel.

La Consejería de Economía del Principado plantea si, en el supuesto de que la gestión, el mantenimiento y la explotación de la red Asturcón se adjudicase a una sociedad privada, no participada por el Principado de Asturias, podría considerarse que existe un control “indirecto” por su parte por el hecho de que

se impongan ciertas condiciones o controles al adjudicatario y, por tanto, de esta manera se cumplirían los requisitos del artículo 9 de la LGTel.

Se debe tener en cuenta que el artículo 9.2 de la LGTel dispone que:

“La instalación y explotación de redes públicas o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de prestación a terceros por operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas se realizará dando cumplimiento al principio de inversor privado, con la debida separación de cuentas, con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia, no distorsión de la competencia y no discriminación, y cumpliendo con la normativa sobre ayudas de Estado a que se refieren los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.”

El artículo 9.2 continúa remitiendo a un posterior desarrollo reglamentario las condiciones a las que se sujetaran estos operadores. No habiéndose producido todavía este desarrollo, resulta de aplicación el artículo 4 del Reglamento de Mercados⁷ y la Circular 1/2010 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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 este sentido, la prestación por una entidad pública o la cesión a un operador privado, como regla general, deberá realizarse a cambio de una contraprestación sujetándose al principio del inversor privado, salvo en determinados supuestos en que no exista interés de concurrencia por el sector privado y confluya la necesidad de garantizar la cohesión territorial y social, en virtud del artículo 9.2 de la LGTel.

En cualquier caso, la Administración deberá garantizar que la explotación de una red como Asturcón se efectúe de forma que permita su utilización por el resto de los operadores privados en condiciones equivalentes y a precios de zonas más competitivas. Esto es, tendrá que garantizarse que se mantenga la naturaleza de red abierta que hasta ahora ha caracterizado a la red Asturcón. Así, aunque la gestión de la red se adjudique a una entidad privada, si su explotación sigue estando atribuida a una sociedad o entidad de una Administración pública, esta última debe prever en el contrato medidas o condiciones que supondrán el ejercicio de un cierto control sobre la red, especialmente para mantener el carácter neutro de esta infraestructura, es decir, que el adjudicatario se vea obligado a dar acceso mayorista a todos los operadores que lo soliciten. Estas medidas deberán estar orientadas al respeto

⁷ Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

de las previsiones recogidas en la LGTel y su normativa de desarrollo en materia de explotación de redes por las Administraciones Públicas.

En este sentido, se recuerda que el artículo 9.4 de la LGTel establece que:

“4. La instalación y explotación de redes públicas o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de prestación a terceros por operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas deberán llevarse a cabo en las condiciones establecidas en el artículo 8 y, en particular, en las siguientes condiciones:

a) Los operadores tienen reconocido directamente el derecho a acceder en condiciones neutras, objetivas, transparentes, equitativas y no discriminatorias a las infraestructuras y recursos asociados utilizados por los operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas para la instalación y explotación de redes de comunicaciones electrónicas.

b) Los operadores tienen reconocido directamente el derecho de uso compartido de las infraestructuras de red de comunicaciones electrónicas y sus recursos asociados instaladas por los operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas en condiciones neutras, objetivas, transparentes, equitativas y no discriminatorias”.

Las consideraciones recogidas en los párrafos anteriores deben entenderse a la luz de la explicación que figura en el apartado 5 de la presente contestación. Así, se debe tener en cuenta que aunque se ceda la explotación de la red a un operador privado, su titularidad deberá atribuirse a alguna entidad pública que cumpla con lo expuesto en el apartado anterior. Si el Gobierno del Principado de Asturias mantuviera directamente su titularidad no se ajustaría a los términos previstos en el artículo 9 de la LGTel.

Ello se debe a que, como ha señalado recientemente esta Comisión en su Acuerdo de contestación a una consulta del Ayuntamiento de Santander⁸, el artículo 9 de la LGTel considera que la mera instalación o explotación de una red de comunicaciones electrónicas debe ser inscrita en el Registro de Operadores en línea con la previsión del punto 17 del Anexo II de la LGTel que califica la creación, control o puesta a disposición de una red de comunicaciones electrónicas como explotación de una red.

Mediante la cesión de la gestión de la red a un operador privado, el Principado de Asturias seguiría siendo operador. Dado que esto no es conforme con la previsión del artículo 9 de la LGTel, pues, como se señaló anteriormente, la

⁸ Contestación de 9 de octubre de 2014 a la consulta planteada por el Ayuntamiento de Santander sobre su red WiFi (CNS/DTSA/560/14/Cesión de red WIFI Ayto. Santander).

Comunidad Autónoma no tiene entre sus fines la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el Principado de Asturias debería en este caso crear una entidad o sociedad pública a estos efectos a la que le atribuirá la gestión sobre la red o bien atribuirle al GITPA estas funciones. Será esta entidad, ya sea de nueva creación, ya sea el GITPA, la que desempeñe el papel de operador y notifique al Registro de Operadores su condición de tal.

Corresponde al ámbito de decisión de la Comunidad Autónoma la elección de la forma jurídica que adoptará el ente o sociedad pública que, en cuanto que titular de la red, deberá figurar inscrito en el Registro de operadores.

7. Sobre las obligaciones de comunicación al Registro de operadores si se adjudica a una empresa privada la explotación de la red Asturcón.

Por último, la Consejería de Economía del Principado pregunta, en el supuesto de que la gestión se adjudique a un operador privado, si seguiría afectando al Principado de Asturias, en cuanto titular de la red pero no gestor de la misma, la obligación de comunicar la actividad de comunicaciones electrónicas, con anterioridad a su inicio, al Registro de operadores (art. 6.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones) o si ello incumbe solamente a la sociedad que resulte adjudicataria.

Tal como se ha señalado en el apartado anterior, puesto que la titularidad de una red pública de comunicaciones electrónicas entra en el concepto de explotación de red, el operador titular de la red deberá comunicarlo al Registro de Operadores –artículo 6.2 de la LGTel-, gestionado transitoriamente por la CNMC⁹ a los efectos de su inscripción en el mismo –artículo 7 de la LGTel-. De este modo, dicha entidad pasa a tener la condición de operador de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

En el caso concreto consultado, el Principado de Asturias, titular de la red Asturcón, figura inscrito como operador. En cuanto que, como se explicó en el apartado anterior, su situación no se ajusta a las previsiones del artículo 9 de la LGTel, deberá ceder la titularidad a un tercero que cumpla con las condiciones citadas en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la LGTel¹⁰, de conformidad con la disposición transitoria segunda de la LGTel.

⁹ La LGTel de 2014 traspasa la competencia relativa a la llevanza o gestión del Registro de Operadores de la CNMC al Minetur. Según lo establecido en la Disposición transitoria décima, hasta que no se produzca el traspaso efectivo de la competencia al Minetur, la CNMC seguirá gestionando el Registro de Operadores.

¹⁰ El plazo de un año se computa desde el día 11 de mayo de 2014.

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

