

ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA PLANTEADA POR EL GOBIERNO DE NAVARRA EN RELACIÓN CON LAS MEDIDAS PREVISTAS PARA INCENTIVAR EL DESPLIEGUE DE REDES DE BANDA ANCHA EN ZONAS RURALES Y DESFAVORECIDAS DE NAVARRA

CNS/D TSA/448/16/AYUDAS DESPLIEGUE CANALIZACIONES NAVARRA

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

D. Benigno Valdés Díaz

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 16 de marzo de 2017

Visto el expediente relativo a la consulta planteada por el Gobierno de Navarra en relación con la financiación destinada a la construcción de canalizaciones susceptibles de albergar redes de fibra óptica, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I. OBJETO Y DESCRIPCIÓN DE LA CONSULTA

Con fecha 30 de noviembre de 2016, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) un escrito remitido por el Gobierno de Navarra en el que manifestaba la intención de incentivar el despliegue de redes de banda ancha en zonas rurales y desfavorecidas de esa comunidad autónoma a través de la financiación de parte de las canalizaciones susceptibles de albergar redes de fibra óptica, cuya propiedad será municipal o comarcal, mediante su Plan de Inversión Local (PIL) y conjuntamente con los entes locales.

Las canalizaciones serán propiedad de las entidades locales y conectarían diferentes núcleos de población entre sí, excluyendo por tanto la red *intra* municipal. La actuación se centraría en zonas a las que no llegan redes de acceso de fibra, es decir, totalmente blancas –según la nomenclatura de la

Comisión Europea (en adelante, CE)-, y zonas blancas o grises –una única red de fibra- para redes *backhaul* de fibra.

Según los objetivos concretos propuestos por el Gobierno de Navarra, la fibra podría ser desplegada por los propios operadores, en los casos en los que les resultara rentable, o bien por las entidades locales (posiblemente agrupadas en Mancomunidades) con idea de construir redes de su propiedad que podrían ser explotadas, a posteriori, por los operadores.

En relación con estos escenarios, el Gobierno de Navarra realiza una serie de afirmaciones –que se recogen más adelante– cuya confirmación solicita de esta Comisión y formula a su vez las siguientes cuestiones:

- “1. *¿Puede el Gobierno de Navarra subvencionar mediante el PIL a las entidades locales para que estas construyan canalizaciones en su territorio (la obra civil más un ducto, pero sin instalar la fibra) destinadas a un futuro despliegue de banda ancha? Dicho de otro modo, ¿Podrían estas subvenciones del Gobierno de Navarra a sus entidades locales dentro del PIL considerarse ayudas de Estado, a los efectos de la normativa europea?*
 - a. *En caso de que la respuesta a la pregunta anterior fuera afirmativa, esto no aplicaría en caso de subvenciones menores de 200K€ en tres años (mínimis) para cada entidad local.*
2. *Partiendo de la base de que las canalizaciones se planificarán de tal forma que siempre exista excedente de capacidad para albergar a múltiples operadores, por lo que, en ningún caso, se bloquearía el acceso a ningún operador a dicha canalización, ¿Cómo se establece el precio a cobrar por las entidades locales a los operadores de telecomunicación por el uso de las canalizaciones?*
 - a. *¿Hay un precio mínimo o un precio máximo?*
 - b. *¿El precio de la canalización podría limitarse a la tasa de ocupación? ¿Hay alguna fórmula concreta establecida para calcular la tasa de ocupación?”*

El objeto del presente acuerdo es realizar algunas precisiones en relación con las afirmaciones contenidas en el escrito del Gobierno de Navarra y dar contestación a las cuestiones formuladas por éste que se encuentren en el ámbito de las competencias conferidas a este organismo público.

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

Las competencias de la CNMC para contestar la presente consulta resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. De conformidad con el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, Ley CNMC), esta Comisión actuará como órgano consultivo sobre las cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos. En este sentido, el artículo 8.1 del Real

Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto orgánico de la CNMC, atribuye al Consejo de este organismo, entre otras, las funciones consultivas previstas en la Ley.

Del mismo modo, el artículo 5.3 de la Ley CNMC establece que, en los mercados de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, la CNMC estará a lo dispuesto en el artículo 6, atribuyendo a este organismo el artículo 6.5 de esta Ley “*realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo*”. Esta remisión a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, ha de entenderse efectuada en la actualidad a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), que ha derogado la anterior ley.

En este sentido, el artículo 70 de la LGTel, en su apartado I), establece la competencia de esta Comisión para ser consultada por el Gobierno y el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital en materia de comunicaciones electrónicas, particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado. Igualmente, la CNMC podrá ser consultada en materia de comunicaciones electrónicas por las comunidades autónomas y las corporaciones locales.

En particular, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC resulta competente para emitir este informe, en virtud de lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley CNMC y los artículos 8.1 y 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. AFIRMACIONES CUYA CONFIRMACIÓN SE SOLICITA

El Gobierno de Navarra plantea las siguientes consideraciones:

“AFIRMACIÓN 1: *Dado que la explotación de canalizaciones, no se considera actividad de telecomunicaciones, las entidades locales pueden construir canalizaciones en su territorio (la obra civil más un ducto, pero sin instalar la fibra) destinadas a un futuro despliegue de banda ancha, sin que esto entre en conflicto con ninguna norma (siempre que se cumpla con la normativa de régimen local y de la contratación administrativa).*

a. Además, las entidades locales pueden contratar directamente la obra para construir dichas canalizaciones (sin necesidad de utilizar un ente instrumental propio para ello).

(...)

AFIRMACIÓN 3: *Si una entidad local construye, o tiene, una infraestructura con canalización, incluso en el caso de que sea un ducto específico para*

telecomunicaciones, no tiene necesidad de constituirse en operador (mediante un ente instrumental, para el caso de las entidades locales) para ponerla a disposición de agentes del mercado.”

Debido a la evidente conexión entre las afirmaciones anteriores, se formulan las siguientes consideraciones de forma conjunta.

Antes de examinar estas cuestiones, es necesario clarificar que la CNMC únicamente podrá pronunciarse dentro del ámbito de sus competencias. Por ello, en ningún caso esta Sala puede confirmar que las actuaciones que persigue el Gobierno autonómico no entren en conflicto con ninguna norma (planeamiento, tributarias, etc.) que pudiera resultar de aplicación. Más allá de esta matización, esta Sala considera que las afirmaciones realizadas por el Gobierno de Navarra son correctas, como se explica a continuación.

En relación con la posibilidad de contratar directamente la construcción de la canalización –apartado a) de la afirmación primera–, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la LGTel, las Administraciones públicas (en lo sucesivo, AAPP) –en este caso la entidad local– sólo podrán instalar y explotar redes públicas de comunicaciones electrónicas o prestar servicios de comunicaciones electrónicas 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. Sin embargo, efectivamente, como el Gobierno de Navarra señala, la mera actividad de explotación de canalizaciones o de infraestructura civil no constituye una explotación de una red de comunicaciones electrónicas sujeta al Registro de Operadores.

El Anexo II de la LGTel establece una distinción entre lo que constituye propiamente la red de comunicaciones electrónicas (apartado 31) y sus recursos asociados (apartado 30), que vienen definidos como *“las infraestructuras físicas, los sistemas, dispositivos, los servicios asociados u otros recursos o elementos asociados con una red de comunicaciones electrónicas o con un servicio de comunicaciones electrónicas que permitan o apoyen la prestación de servicios a través de dicha red o servicio o tengan potencial para ello. Incluirán, entre otros, edificios o entradas de edificios, el cableado de edificios, antenas, torres y otras construcciones de soporte, conductos, mástiles, bocas de acceso y distribuidores”*.

Asimismo, el Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad (en adelante, Real Decreto 330/2016), incluye las conducciones como parte de infraestructura física y excluye que puedan considerarse elementos activos de la red.

En materia de Ayudas de Estado, las Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes

de banda ancha (en adelante, las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha)¹ también consideran las conducciones como elementos distintos de las redes². Por ello, mientras que la obligación de acceso a estas últimas tendrá una duración mínima de siete años, a las canalizaciones será por tiempo ilimitado³.

En conclusión, las canalizaciones son infraestructura pasiva o “recursos asociados” a una red, y no propiamente la red de comunicaciones electrónicas, incluso aunque únicamente estén concebidos para albergar redes de telecomunicaciones. Tal y como sostiene el Gobierno navarro, su explotación en exclusiva –sin explotarse una red- no se considera actividad de telecomunicaciones, por lo que no es necesario notificarla a la CNMC con el fin de inscribirse en el Registro de Operadores, ni, en consecuencia, constituir un ente instrumental para su explotación, desde el punto de vista de la normativa sectorial de telecomunicaciones.

“AFIRMACIÓN 2: *Las entidades locales (EELL) pueden poner a disposición de los operadores de telecomunicaciones dichas canalizaciones para su explotación, pero esta puesta a disposición Sí está sujeta a obligaciones regulatorias. En particular, las marcadas por el artículo 37 de la Ley General de Telecomunicaciones (Acceso a las infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas). En base a dicho artículo, la EELL tiene que dar acceso a todo el que se lo solicite, de manera objetiva y transparente y no discriminatoria, y no puede hacerlo en base a una licitación. Esto último implica que el acceso no se puede restringir a un único operador mediante licitación, tal y como marca la ley: "en ningún caso pueda establecerse derecho preferente o exclusivo alguno de acceso a las infraestructuras citadas en beneficio de un operador determinado". Por lo tanto, el acceso, a la infraestructura está abierto a cualquier operador que lo solicite, en base a unos precios establecidos por la entidad local, de tal forma que la CNMC sólo interviene en caso de conflicto entre operadores o entre estos y la administración titular sobre el acceso o sus condiciones.”*

De nuevo, es correcta la afirmación del Gobierno de Navarra sobre el régimen legal configurado para los titulares de las canalizaciones aunque no sean operadores de comunicaciones electrónicas.

Como se señaló por esta Sala en la Resolución de 24 de enero de 2017 del conflicto entre el Ayuntamiento de Torelló y Guifi.net sobre las condiciones de acceso a infraestructuras susceptibles de alojar una red pública de comunicaciones, dictada en el marco del procedimiento CFT/DTSA/009/16 (en

¹ 2013/C 25/01.

² Vid nota al pie 105 y anexo II de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha.

³ Apartado 80.a) para redes de acceso de nueva generación: “Se debe conceder acceso mayorista efectivo durante siete años como mínimo y el derecho de acceso a las conducciones o postes no debe ser limitado en el tiempo”.

adelante, Resolución de Torelló), según dispone el artículo 37 de la LGTel⁴ en su apartado 1:

“Las Administraciones públicas titulares de infraestructuras susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas facilitarán el acceso a dichas infraestructuras, siempre que dicho acceso no comprometa la continuidad y seguridad de la prestación de los servicios de carácter público que en dichas infraestructuras realiza su titular, en condiciones objetivas, de transparencia y no discriminación a los operadores que instalen o exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas, sin que en ningún caso pueda establecerse derecho preferente o exclusivo alguno de acceso a las infraestructuras citadas en beneficio de un operador determinado o de una red concreta de comunicaciones electrónicas. En particular, el acceso a dichas infraestructuras para la instalación o explotación de una red no podrá ser otorgado o reconocido mediante procedimientos de licitación”.

Por su parte, el apartado 7 del citado artículo 37 reconoce el derecho de las AAPP titulares de infraestructuras a recibir una compensación económica por el uso que se haga de las mismas. En cuanto a la negociación, el apartado 6 del artículo 37 señala que corresponde a las partes negociar libremente los acuerdos de acceso y sus condiciones, incluidas las contraprestaciones económicas. En el caso de que exista un conflicto acerca del acceso o sus condiciones, la CNMC deberá dictar una resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en los plazos establecidos a tal efecto por la normativa sectorial.

La LGTel reconoce por tanto:

- (i) el derecho de los operadores a acceder a la infraestructura titularidad de las AAPP susceptible de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas, siempre que ello sea posible sin comprometer la prestación de servicios por la administración titular;
- (ii) el derecho de las AAPP a exigir la compensación económica que corresponda por el uso que se haga de la infraestructura de su titularidad.

Esta obligación se desarrolla por el Real Decreto 330/2016 que en su artículo 4.3 establece que *“cuando un operador que instale o explote redes públicas de comunicaciones electrónicas disponibles al público realice una solicitud razonable, por escrito, de acceso a una infraestructura física a alguno de los sujetos obligados⁵, éste estará obligado a atender y negociar dicha solicitud de*

⁴ Bajo el epígrafe *“Acceso a las infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas”*.

⁵ Las AAPP titulares de infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas son sujetos obligados a este respecto, como establece el artículo 3.5 d) del Real Decreto 330/2016.

acceso, en condiciones equitativas y razonables, en particular en cuanto al precio, con vistas al despliegue de elementos de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad”.

En la misma línea, el artículo 4.9 de la citada norma señala qué criterios habrá de tener en cuenta la CNMC en la resolución de conflictos relativos al precio que deben satisfacer los operadores de comunicaciones electrónicas por el acceso a infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas.

En conclusión, el artículo 37 de la LGTel y el Real Decreto 330/2016 regulan las condiciones en las que las AAPP deben dar acceso a sus infraestructuras a los operadores de comunicaciones electrónicas que lo soliciten. Esta obligación excluye la posibilidad de licitación o el reconocimiento de un derecho preferente o exclusivo de acceso a las infraestructuras a favor de un operador determinado. Los precios de acceso a esas infraestructuras los fijará la entidad local titular de las mismas en base a los criterios fijados por la LGTel y el Real Decreto 330/2016. Como afirma el Gobierno de Navarra, la intervención de la CNMC se limitará a los conflictos *“entre operadores o entre estos y la administración titular sobre el acceso o sus condiciones”*.

Las cuestiones sobre precios será objeto de análisis más adelante.

“AFIRMACIÓN 4: *Las entidades locales, una vez construidas dichas canalizaciones, podrían formalizar un convenio con el Gobierno de Navarra para que éste haga uso de las mismas, en régimen de autoprestación, a través de su ente instrumental Nasertic⁶.*

Como ha señalado esta Sala en la Resolución de Torelló, la legislación española reconoce a los operadores el derecho a la ocupación del dominio público en la medida en que ello sea necesario para el establecimiento de una **red pública de comunicaciones electrónicas** (artículos 30 de la LGTel y 57 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril).

En relación con la posible suscripción de un convenio de colaboración que regule el acceso a la infraestructura de titularidad municipal, el regulador sectorial se ha pronunciado en repetidas ocasiones acerca de la posibilidad de

⁶ Navarra de Servicios y Tecnologías, S.A. unipersonal (Nasertic) es una empresa del grupo Corporación Pública Empresarial Navarra, perteneciente a Gobierno de Navarra, al servicio de las Administraciones Públicas y los Organismos, Sociedades o Entidades que dependen de ellas (fuente: página web de Nasertic www.nasertic.es).

que las AAPP recurran a este instrumento para articular su relación con los operadores de comunicaciones electrónicas⁷.

Así, la normativa sectorial de telecomunicaciones no se opone a la firma de un convenio de colaboración entre un Ayuntamiento y un operador de comunicaciones electrónicas, siempre y cuando dicho convenio no excluya el derecho de otros operadores a la ocupación del dominio público, se prevea la instalación de recursos asociados y otras infraestructuras de obra civil para facilitar el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas y se tengan plenamente en cuenta los principios fundamentales del ordenamiento sectorial, en particular, el respeto de los principios de igualdad y no discriminación entre operadores.

En el presente caso, a diferencia de las Resoluciones a las que se hacía referencia en los anteriores párrafos, el convenio se firmaría entre las entidades locales y otra entidad titular de una red que gestionaría en régimen de autoprestación. Los artículos 30 y 37 de la LGTel regulan el acceso a las infraestructuras susceptibles de alojar **redes públicas** de comunicaciones electrónicas⁸. Por lo tanto, sus términos no resultarían aplicables al convenio que plantea en este punto el Gobierno de Navarra que se refiere a servicios en régimen de autoprestación.

Sin embargo, la LGTel establece ciertas previsiones a tener en cuenta por las AAPP en su normativa e instrumentos de planeamiento –principalmente -, que pueda afectar al despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas. Y más en particular la ley también se refiere al supuesto en el que los despliegues de canalizaciones se realicen con fondos públicos, en su artículo 36.2, en el que afirma que *“en las obras civiles financiadas total o parcialmente con recursos públicos se preverá, en los supuestos y condiciones que se determinen mediante real decreto, la instalación de recursos asociados y otras infraestructuras de obra civil para facilitar el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas, que se pondrán a disposición de los operadores interesados en condiciones de igualdad, transparencia y no discriminación”*.

Igualmente, el artículo 6.2 del Real Decreto 330/2016 obliga las AAPP que realicen obras civiles, total o parcialmente financiadas con recursos públicos, a atender y negociar las solicitudes de coordinación de dichas obras civiles, al objeto de facilitar el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.

⁷ Resolución de Torelló y, previamente, Resolución de la CMT de 24 de marzo de 2011 por la que se da contestación a la consulta planteada por el Ayuntamiento de Mérida en relación con determinados aspectos relativos a la ocupación de infraestructuras para el despliegue de fibra óptica (expediente RO 2011/107).

⁸ El artículo 3.5.b) del Real Decreto 330/2016 excluye de su ámbito de aplicación *“las redes privadas de comunicaciones electrónicas”*.

En definitiva, esta Sala no tiene consideraciones a formular respecto a la firma de un convenio como el que se plantea –dicha suscripción no está prohibida o regulada por la normativa de telecomunicaciones y no se le aplica el artículo 37 de la LGTel-. En cualquier caso, la suscripción de un convenio con el Gobierno de Navarra en aras a permitir el uso de las canalizaciones de entidades locales para el despliegue de una red en régimen de autoprestación deberá, en todo caso, contener algunas previsiones que garanticen el respeto de los derechos de acceso de los operadores que pretendan desplegar redes públicas de comunicaciones electrónicas, tal como establecen los artículos antes citados de la LGTel y del Real Decreto 330/2016.

Asimismo, las AAPP implicadas deberán tener en cuenta que si la iniciativa constituyera una ayuda de Estado, el artículo 52.5 del Reglamento de exención por categorías⁹ establece la obligación de que en el caso de que se otorguen a la construcción de conducciones, estas serán lo suficientemente grandes para dar cabida a varias redes de cable y diferentes topologías de red. En sentido similar se pronuncian las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha¹⁰.

Por otra parte, se recuerda al Gobierno de Navarra que si Nasertic, como ente instrumental del Gobierno de Navarra, junto con los servicios en régimen de autoprestación utilizase estas canalizaciones para explotar una red pública de comunicaciones electrónicas¹¹, deberá respetar los derechos de los operadores en materia de acceso y uso compartido de las infraestructuras y recursos asociados establecidos en el artículo 9.4 de la LGTel.

“AFIRMACIÓN 5: *La fibra oscura Sí se considera red de comunicaciones electrónicas. Por lo tanto, si una entidad local quiere tener su propia fibra, tiene que constituir un ente **instrumental** para explotarla (incluso en un modelo de concesión).”*

La fibra oscura constituye uno de los elementos que puede integrar una red de comunicaciones electrónicas de acuerdo con el apartado 31 del Anexo II de la LGTel, que define una red de comunicaciones electrónicas como “*los sistemas*

⁹ Reglamento (UE) No 651/2014 de la Comisión 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.

¹⁰ Vid notas al pie 105 y 107 de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha que prevén que las canalizaciones construidas en el marco de un proyecto de ayudas deberán ser suficientemente grandes para dar cabida a varias redes de cable y poder acoger soluciones de punto a multipunto y de punto a punto, incluido un acceso por tiempo ilimitado.

¹¹ Nasertic es operador de comunicaciones electrónicas, inscrito en el Registro de Operadores desde el año 2011. La red de fibra óptica del Gobierno de Navarra fue construida por la empresa Obras Públicas y Telecomunicaciones de Navarra, S.A. (Opnatel) (empresa pública actualmente fusionada en Nasertic) que figura inscrita en el Registro de Operadores como operador que explota una red de fibra óptica desde el año 2002.

de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación o encaminamiento y demás recursos, incluidos los elementos que no son activos que permitan el transporte de señales mediante cables, (...), redes terrestres fijas (de conmutación de circuitos y de paquetes, incluida Internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, en la medida en que se utilicen para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada”¹².

A su vez, el artículo 3 del Real Decreto 330/2016 excluye expresamente la fibra oscura de su consideración como infraestructura física: “*Los cables, incluida la fibra oscura, (...), no son infraestructura física en el sentido de este real decreto*”. A contrario sensu, la fibra encajaría dentro de la categoría de red para este Real Decreto.

Puesto que la fibra constituye red de comunicaciones electrónicas, su instalación y explotación a terceros constituye una actividad de telecomunicaciones que, cuando la realiza una Administración pública, exige la constitución de una entidad o sociedad que tenga entre su objeto o finalidad la instalación y explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, de conformidad con lo previsto en el artículo 9.3 de la LGTel o, como señala el Gobierno de Navarra, “*un ente instrumental para explotarla*”. En el caso del Gobierno de Navarra, Nasertic ya está inscrito para la explotación de una red de fibra a terceros, por lo que ya cumple esta previsión.

III.2.- CUESTIONES FORMULADAS

El Gobierno de Navarra plantea las siguientes cuestiones adicionales sobre su proyecto de ayudas a la construcción de canalizaciones para redes de banda ancha:

a) Sobre si el Gobierno de Navarra puede subvencionar a las entidades locales para que estas construyan canalizaciones en su territorio y si tales subvenciones podrían considerarse ayudas de Estado, a los efectos de la normativa europea.

El régimen de ayudas de Estado viene regulado en los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Estos artículos han sido desarrollados en algunos reglamentos comunitarios como el Reglamento de *minimis*¹³ o el Reglamento de Exención por Categorías¹⁴. Asimismo, los

¹² El Anexo II de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha define la fibra oscura como aquella sin sistemas de transmisión conectados.

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*.

criterios que sigue la CE para su aplicación a los despliegues de redes de banda ancha han sido recogidos en las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha.

Corresponde a la CE, en tanto que organismo competente, determinar cuándo una actuación constituye una ayuda de Estado. Por tanto, el presente acto de la CNMC únicamente responde a una labor puramente consultiva dónde, tratando de aplicar los criterios y directrices de la Comisión, realizará un análisis del proyecto que tendrá carácter meramente orientativo.

Con arreglo al artículo 107, apartado 1, del TFUE, «*serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones*».

De ello se deduce que para que una medida pueda ser considerada ayuda de Estado, deben cumplirse acumulativamente las siguientes condiciones: a) la medida debe concederse mediante fondos estatales, b) debe otorgar una ventaja económica a las empresas, c) la ventaja tiene que ser selectiva y, d) falsear o amenazar falsear la competencia, e) la medida ha de afectar al comercio entre Estados miembros.

En una primera aproximación, para valorar si concurren las circunstancias mencionadas, debe prestarse especial atención, entre otros, a las definiciones de cada concepto contenidas en las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha.

En el presente caso, la ayuda se concede con cargo a fondos públicos, concretamente de la administración autonómica. Asimismo, dado que el proyecto está concebido para financiar conducciones que albergarán únicamente redes de comunicaciones electrónicas, se otorgaría una ventaja económica selectiva a las empresas del sector de las telecomunicaciones, lo que podría conllevar una amenaza de falseamiento de la competencia, en la medida en que refuerce la posición de estas empresas frente a las de otros sectores económicos que no podrán acceder a las canalizaciones. Por último, en relación con si afecta al comercio entre estados miembros, podría afirmarse que el efecto sobre el comercio concurre en la medida en que puede afectar a los proveedores de otros estados miembros.

¹⁴ 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).

Por lo tanto, parece que tal y como está configurada la subvención, la financiación podría constituir una ayuda de Estado, sin perjuicio de la interpretación que corresponde realizar a la CE.

No obstante, el artículo 3 del Reglamento de *minimis* excluye del ámbito de aplicación de los artículos 107 y 108 del TFUE determinados proyectos cuando se produzcan 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 tanto, si la subvención no excediera los 200.000 euros por Ayuntamiento para tres ejercicios fiscales, estaría excluida del régimen de ayudas de Estado –no tendría que notificarse a la CE- y podría concederse sin más requisitos – respetando todas las condiciones establecidas en el Reglamento de *minimis*-. Sin embargo, si por el contrario se sobrepasara esta cantidad, debería notificarse a la CE para que determine si la ayuda es susceptible de afectar a la competencia por concurrir las condiciones anteriormente mencionadas.

Por otro lado, no concurriría el requisito de la selectividad, exigido a toda ayuda de Estado para ser considerada como tal, si los conductos se ponen a disposición de todos los operadores de cualquier sector económico –y no sólo a los de comunicaciones electrónicas–¹⁵. En este caso, la CE podría considerarla compatible con el mercado interior al entender que no se da la selectividad.

¹⁵ En el apartado 29 de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha se señala al respecto: *“Esta posibilidad [en alusión a la instalación de redes, asumiendo el coste, cuando se efectúen obras de ingeniería civil en general] se debe ofrecer de forma transparente y no discriminatoria a todos los operadores interesados y, en principio, estar abierta a todos los posibles usuarios y no solo a los operadores de comunicaciones electrónicas (por ejemplo, instalaciones de electricidad, gas, agua, etc.)”*⁴³. Y la nota al pie 43 citada indica lo siguiente: *“Este caso se refiere a una situación en la que las obras de ingeniería civil general, como el mantenimiento de carreteras, no constituyen ayudas estatales. Las medidas adoptadas por las autoridades alemanas constituían «obras generales de ingeniería civil» que el Estado habría ejecutado en cualquier caso, con fines de mantenimiento. La posibilidad de instalar conducciones e infraestructuras de banda ancha aprovechando las obras de mantenimiento de carreteras (y corriendo los operadores con los gastos) se anunció públicamente y no se limitó ni orientó hacia el sector de la banda ancha. No obstante, no puede excluirse que la financiación pública de tales obras pueda estar comprendida en el concepto de ayuda del artículo 107, apartado 1, del TFUE si se limitan o están claramente orientadas al sector de la banda ancha”.*

b) Sobre cómo se determina el precio a cobrar por las entidades locales a los operadores de telecomunicaciones que hagan uso de las canalizaciones y si existe un precio mínimo o máximo. Asimismo, se cuestiona si el precio podría limitarse a la tasa de ocupación prevista en el texto refundido de la Ley reguladora de haciendas locales¹⁶ y si existe una fórmula para el cálculo de dicha tasa.

La Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC se ha pronunciado recientemente en la Resolución de Torelló sobre cuestiones similares a las planteadas por el Gobierno de Navarra por lo que se reproducen las consideraciones allí recogidas.

Sobre la determinación del precio a cobrar por la entidad local a los posibles operadores que deseen desplegar redes en las canalizaciones y límites a su cuantía.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, relativa a la determinación el precio a cobrar a los operadores de telecomunicación por el uso de canalizaciones por las entidades locales, el artículo 37.7 de la LGTel permite a las AAPP titulares de infraestructuras establecer compensaciones económicas por el uso que se haga de ellas por parte de los operadores.

Por su parte, el artículo 4.3 del Real Decreto 330/2016 señala que el titular de la infraestructura deberá atender y negociar el acceso a la misma, en particular en cuanto al precio, en condiciones equitativas y razonables. De igual forma, el artículo 4.9 de esa misma norma establece los criterios a aplicar por la CNMC en caso de conflicto relativo al precio de acceso para que el suministrador del acceso tenga oportunidad de recuperar sus costes de manera justa. La CNMC deberá tener en cuenta lo siguiente:

“a) La incidencia del acceso solicitado en el plan de negocio del suministrador de acceso.

b) Las inversiones realizadas por el suministrador del acceso, concretamente las inversiones realizadas en la infraestructura física a la cual se solicita acceso para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.

c) La imposición de soluciones anteriores por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

d) Las circunstancias características del área geográfica de que se trate”.

¹⁶ Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en adelante, TRHL).

Por lo tanto, las entidades locales deberán tener en cuenta estos elementos a la hora de fijar el precio.

El principio general es la recuperación de costes que podría considerarse como importe mínimo –teniendo en cuenta que en este caso habrá una ayuda a la Administración que en principio no se recupera del sector privado-. En la mencionada Resolución de Torelló, se incluían entre los costes a tener en cuenta los gastos en material, trabajos de instalación, gastos generales y el 21% del IVA correspondiente. Asimismo, en el cálculo se podrán aplicar coeficientes correctores en función del número de tubos, plazo de amortización de las infraestructuras¹⁷, etc.

El importe máximo deberá corresponderse con el uso que los operadores hagan de la infraestructura y en su cálculo se podrán tener en cuenta los beneficios que obtengan estos operadores mediante el uso de las canalizaciones (ingresos por servicios mayoristas y minoristas).

Más allá de estas consideraciones generales, las entidades locales tendrán que determinar los precios en base a su plan de la inversión efectuada y en caso de conflicto se podrá acudir a la CNMC para su resolución, de conformidad con los artículos 37 de la LGTel y 4.9 del Real Decreto 330/2016.

Sobre la posibilidad de establecer el precio mediante la tasa de ocupación prevista en el artículo 24 del TRLRHL¹⁸ y fórmula de cálculo de dicha tasa.

El Gobierno de Navarra pregunta en último lugar sobre la posibilidad de aplicar una tasa al acceso a las canalizaciones y la fórmula de cálculo del importe de la misma.

El artículo 106.1 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, LBRL) señala que *“las entidades locales tendrán autonomía para establecer y exigir tributos de acuerdo con lo previsto en la legislación del Estado reguladora de las Haciendas locales y en las leyes que dicten las Comunidades Autónomas en los supuestos expresamente previstos en*

¹⁷ Por ejemplo, en relación con la amortización de las canalizaciones, la Resolución señala lo siguiente: *“los activos de esta naturaleza –infraestructuras de obra civil, canalizaciones, cámaras de registro subterráneas- se caracterizan por presentar vidas útiles muy amplias, generalmente no inferiores a los 30 años. Estos períodos resultan de aplicación habitual tanto en las contabilidades financieras de los operadores como en las contabilidades regulatorias de las autoridades de reglamentación¹⁷. En dichas prácticas contables se establecen períodos de amortización equivalentes a la vida útil de los activos (por ejemplo 30 años para las infraestructuras de obra civil) ya que, teniendo en cuenta que la reposición de dichos activos no será necesaria hasta que su vida útil llegue a su fin, la consideración de períodos de amortización más breves conllevaría, al percibirse pagos durante toda la vida útil de los activos por parte de los usuarios de los mismos, una sobre-recuperación de los costes incurridos”.*

¹⁸ Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (TRLRHL), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

aquella”. Así pues, este artículo, complementado con el artículo 20.3 del TRLRHL, habilita a la entidad local a exigir a los operadores que soliciten el acceso a las canalizaciones una tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del suelo, subsuelo y vuelo de uso público local.

Por lo que se refiere a si la fijación del precio puede limitarse a la tasa de ocupación, corresponderá en exclusiva a cada ente local articular las vías legales sobre cuya base los operadores deberán abonar la contraprestación económica fijada por el acceso a la infraestructura física de su titularidad (por ejemplo a través del establecimiento de una tasa, tarifa, precio público o alguna de las otras vías habilitadas en la normativa fiscal que resulta de aplicación, señalada anteriormente).

El presente acuerdo no se pronuncia por tanto acerca de la posible viabilidad de todos los instrumentos financieros puestos a disposición de una administración local en un supuesto de hecho como el aquí analizado.

Sin perjuicio de lo anterior, se recuerda al Gobierno de Navarra que para la fijación de la cuota tributaria de la tasa de ocupación –siempre que se opte por este mecanismo legal–, se debe remitir al artículo 24.1,c) del TRLRHL que establece el importe de la misma en todo caso y sin excepción alguna en el 1,5 por ciento de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas. A tal efecto, se entenderá por ingresos brutos procedentes de la facturación aquellos que, siendo imputables a cada entidad, hayan sido obtenidos por esta como contraprestación por los servicios prestados en cada término municipal, sin embargo, no se incluirán entre los ingresos brutos, los impuestos indirectos que graven los servicios prestados ni las partidas o cantidades cobradas por cuenta de terceros que no constituyan un ingreso propio de la entidad a la que se aplique este régimen especial de cuantificación de la tasa. Tampoco se incluirán en este régimen especial de cuantificación de la tasa los servicios de telefonía móvil.

Asimismo, como se recoge en la Resolución de Torelló, los entes locales pueden tomar en consideración para el cálculo de la tasa los ingresos provenientes de la facturación obtenida a nivel no sólo minorista sino también mayorista. Tal y como expresamente prevé el artículo 24 del TRLRHL, los operadores deberán computar entre sus ingresos brutos de facturación las cantidades satisfechas en concepto de acceso o interconexión por empresas terceras que hagan uso de su red.

Por otra parte, el artículo 24 del TRLRHL prevé la compatibilidad de esta tasa con otras que puedan establecerse por la prestación de servicios o la realización de actividades de competencia local, sin embargo excluye, la exacción de otras tasas derivadas de la utilización privativa o el aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales.

Si finalmente se optara por el establecimiento de la tasa de ocupación prevista en el artículo 20.3 del TRLRHL, deberán adoptarse los correspondientes informes técnico-económicos en los que se ponga de manifiesto el valor de mercado o la previsible cobertura del coste de aquellos, respectivamente, de conformidad con el artículo 25 del TRLRHL.

La cuantificación de la compensación que supone la tasa deberá orientarse a criterios de no discriminación, transparencia, justificación objetiva y proporcionalidad a su fin, tal y como señalan los apartados 3 y 4 del artículo 71 de la LGTel. Asimismo, su fijación deberá tener en cuenta los principios contenidos en la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, que establece el régimen jurídico básico aplicable a la regulación de las tasas y precios públicos en nuestro ordenamiento jurídico¹⁹.

IV. CONCLUSIONES

- Las canalizaciones no pueden ser consideradas red de comunicaciones electrónicas, por lo que su instalación y explotación puede hacerse directamente por las entidades locales sin necesidad de inscripción en el Registro de Operadores.
- El acceso debe facilitarse a todo el que lo solicite, de manera objetiva transparente y no discriminatoria, siendo la CNMC el organismo competente para resolver los conflictos de acceso o establecer sus condiciones.
- Las entidades locales podrán firmar convenios con Nasertic para permitir el acceso a las canalizaciones de su red para servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación siempre que se respeten las demás previsiones sobre reserva de espacio y acceso para los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, es decir, deberán tener capacidad suficiente para dar cabida a varias redes de cable y diferentes topologías de red.
- La instalación y explotación de fibra oscura por las entidades locales deberá realizarse mediante un ente instrumental que tenga entre su objeto social o finalidad la instalación y explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y haya notificado al Registro de operadores su intención de llevar a cabo estas actividades.

¹⁹ Se recuerda que el artículo 7 de la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos, establece que *“las tasas tenderán a cubrir el coste del servicio o de la actividad que constituya su hecho imponible”*.

- Corresponde a la CE, en tanto que organismo competente, determinar cuándo una subvención constituye una ayuda de Estado, realizando la CNMC una labor únicamente consultiva. Con este alcance, se señala que:
 - Si la subvención no excede de 200.000 euros por Ayuntamiento, podría considerarse incluida en el Reglamento *de minimis* por lo que podría concederse sin necesidad de notificarla a la CE.
 - Si los conductos estuvieran disponibles para operadores de cualquier sector económico, la CE podría entender que no concurre el requisito de la selectividad y considerarla compatible con el mercado interior.
- Las AAPP titulares de infraestructuras pueden establecer compensaciones económicas por el uso que de ellas se haga por parte de los operadores atendiendo a criterios de no discriminación, transparencia, justificación objetiva y proporcionalidad.
- La compensación por el uso de las infraestructuras puede exigirse a través de la tasa de ocupación, sin embargo corresponderá en exclusiva a cada ente local articular las vías legales sobre cuya base los operadores deberán abonar la contraprestación.

Comuníquese este acuerdo a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado.