



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. ALFONSO RAMOS DE MOLINS SAINZ DE BARANDA, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 15/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 27 de abril de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente **RO 2004/1755**, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PERÍODO DE INFORMACIÓN PREVIA EN RELACIÓN CON UNA DENUNCIA PRESENTADA CONTRA LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS EN RELACIÓN CON UN CONCURSO CONVOCADO PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO Y EJECUCIÓN DE OBRA DE UNA RED DE ACCESO DE BANDA ANCHA A LAS COMARCAS MINERAS, Y SE ACUERDA NO INICIAR PROCEDIMIENTO.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Del escrito de denuncia que dio lugar al inicio del período de información previa

Con fecha de 27 de octubre de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de la entidad Banda Ancha, S.A. (en adelante, BASA) por el que formula denuncia en relación con el concurso convocado por la Consejería de Economía y Administración Pública del Principado de Asturias para la elaboración del proyecto y ejecución



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de obra de una red de transporte y acceso de banda ancha a las comarcas mineras, por considerar que vulnera los principios de neutralidad tecnológica, publicidad, libre competencia e igualdad de oportunidades, a los efectos de determinar la procedencia de las correspondientes actuaciones sancionadoras.

En concreto, BASA denuncia que el Pliego de Prescripciones Técnicas de dicho concurso vulnera el principio de neutralidad tecnológica en cuanto que *“establece que el despliegue de la red de banda ancha en las Comarcas Mineras se llevará a cabo mediante Fibra Óptica, es decir, cable, excluyendo por tanto el uso de cualesquiera otras tecnologías de telecomunicaciones igualmente válidas y fiables”*. A juicio de BASA, el Pliego de Prescripciones Técnicas estaría imponiendo arbitrariamente el uso de esta tecnología, y, en consecuencia, vulnerando el principio de neutralidad tecnológica, puesto que las características técnicas de los servicios que se quieren prestar no son exclusivas del cable.

Por otra parte, el denunciante alega que el mencionado concurso vulnera los principios de publicidad, libre competencia e igualdad de oportunidades que rigen la contratación pública ya que se trataría de *“una adjudicación directa encubierta al único operador de cable habilitado para ello en el Principado de Asturias”*. BASA fundamenta dicha afirmación en la inclusión del servicio de difusión de televisión en el Pliego de Prescripciones Técnicas y en la mención de la aplicación de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable, ya que *“única y exclusivamente el operador concesionario en las tres demarcaciones antes citado [Telecable de Asturias, S.A.U.] está habilitado para la prestación del servicio de difusión de televisión”*. Según BASA, el resto de los operadores, al no ser concesionarios para la prestación de los servicios de telecomunicaciones por cable, en concreto los de difusión de televisión, en base a la Ley 42/1995, no podrían acreditar el cumplimiento de los requisitos ahí expuestos.

A la vista de los hechos expuestos, BASA solicita que se adopten por esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones las medidas necesarias conforme a las facultades que tiene atribuidas *“para impedir la vulneración por parte del Principado de Asturias de los principios de neutralidad tecnológica e igualdad de trato de los operadores de telecomunicaciones, y restablecer las condiciones para una efectiva competencia en el sector de las telecomunicaciones”*.

Segundo.- Apertura del período de información previa

A la vista de este escrito y en virtud de lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del artículo 12 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora), con fecha 19 de noviembre de 2004 esta Comisión envió a la Consejería de Economía y Administración Pública del Principado de Asturias y a la entidad BASA un escrito mediante el cual se comunicaba la apertura del período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento, otorgando a la Consejería de Economía y Administración del Principado de Asturias un plazo de 10 días para formular alegaciones.

Con fecha 9 de diciembre de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de la Consejería de Economía y Administración Pública del Principado de Asturias. Asimismo, dicha Consejería aportó los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y los Pliegos de Prescripciones Técnicas del concurso denunciado, así como otros documentos e informes de contratación que considera relevantes.

Tercero.- Alegaciones de la Consejería de Economía y Administración Pública del Principado de Asturias

a) Sobre definición y alcance del proyecto objeto del concurso

La Consejería de Economía y Administración Pública pone de manifiesto que el objeto del proyecto consiste en *“la construcción de una red de banda ancha de transporte y acceso, alternativa a las existentes, que facilite la oferta de servicios de banda ancha de telecomunicaciones por parte de los Operadores existentes u otros Operadores que puedan aparecer en el futuro”*. El objetivo último del proyecto es, según la Consejería, la instalación de una red alternativa a la del operador dominante capaz de ser utilizada por cualquier operador y que permita soportar los servicios de vídeo, voz, datos e Internet. La descripción de dichos servicios, junto a otros condicionantes urbanísticos o físicos determinan que se haya optado por una red fibra óptica (FTTX).

La Consejería hace hincapié en el hecho de que el proyecto de red no pretende dar servicio a usuarios finales, sino que sus clientes serán todos los operadores establecidos en el mercado, y, en su caso, la propia Administración pública para la prestación de servicios públicos, y serán los operadores los que elijan la tecnología que consideren más adecuada para llegar a los clientes finales.

En conclusión, el objeto del concurso no es la prestación de servicios de telecomunicaciones, sino la realización de una obra pública, en concreto, la construcción de una red pública de telecomunicaciones, que será explotada por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el Principado de Asturias a través de una empresa pública, y será puesta al servicio de cualquier operador de servicios de telecomunicaciones que esté interesado.

b) Sobre la vulneración del principio de neutralidad tecnológica

La Consejería de Economía y Administración Pública del Principado de Asturias declara que la denuncia presentada por BASA se fundamenta en una interpretación errónea de las especificaciones técnicas así como que incurre en una omisión de determinadas condiciones establecidas en el Concurso que son relevantes a efectos del presente procedimiento.

La Consejería insiste en el hecho de que el objeto del proyecto es la instalación de una red que pueda ser utilizada por los distintos operadores para prestar sus servicios a través de ésta, y no una red destinada a ser utilizada directamente por usuarios finales. Es por ello que considera fundamental elegir una tecnología de red que permita el soporte de todo tipo de servicios y que sea capaz de satisfacer futuras necesidades del sector, por lo que *“se propone emplear principalmente la fibra óptica como tecnología básica de la red propia a construir, por ser la única que cumple con los requisitos”*. No obstante, señala que si bien la tecnología FTTX es la principal del proyecto y la que desarrollará los puntos más importantes, en aquellas comarcas con menos habitantes, sin apenas infraestructuras y alejadas de los núcleos principales, se ha diseñado una *“red de acceso vía radio, utilizando alguna de las tecnologías actualmente disponibles, pero respetando los criterios de diseño, asumiendo una menor funcionalidad en lo que al servicio se refiere”*, y que *“al ser escasas las infraestructuras existentes en estas localidades, y muy serias las restricciones urbanísticas y medioambientales derivadas de la situación de estos emplazamientos aislados en diversos espacios naturales protegidos, inicialmente, se pide un enlace vía satélite, con el objetivo de que los costes de ofrecer el servicio sean razonables y el impacto escaso. Esto no impide el hecho que si algún Operador pretende ofrecer servicio en estas localidades, utilizando la red de acceso abierta a construir, pueda llegar a las mismas por sus propios medios, ya que debe respetar el principio de poder insertar tráfico en cualquier punto donde existan equipos de la red del Principado, ni que en un futuro próximo, cuando existan infraestructuras alternativas, se pueda utilizar otra tecnología”*.

c) Sobre la vulneración de los principios de publicidad, libre competencia e igualdad de oportunidades

En cuanto a la vulneración del principio de publicidad, la Consejería de Economía y Administración Pública del Principado de Asturias alega que el concurso ha sido objeto de los preceptivos anuncios tanto en el Diario Oficial



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la Unión Europea, como en los Boletines Oficiales del Estado y del Principado de Asturias.

En lo referente a la vulneración del principio de libre competencia e igualdad de oportunidades, la Consejería defiende que el concurso se ha licitado por el procedimiento abierto y que únicamente se ha exigido como requisito de solvencia la clasificación necesaria para ejecutar un contrato de obra en materia de telecomunicaciones, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación en materia de contratación pública.

En relación con la supuesta adjudicación directa encubierta, la Consejería niega que las prescripciones técnicas del concurso provoquen que únicamente una empresa (Telecable de Asturias, S.A.U.) se encuentre en situación de ser la adjudicataria del contrato, argumentando que son varias las empresas que han concurrido a la licitación y cumplen con los requisitos de elegibilidad, pues *“todas las empresas presentadas son empresas con capacidad para realizar obra pública, sin que en ningún caso se les haya exigido ser operadores de telecomunicaciones de ninguna clase”* y que, de hecho, la propia Telecable de Asturias, S.A.U. no ha concurrido a dicha licitación.

Por último, la Consejería considera irrelevante la mención a la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable que se realiza en el pliego técnico, ya que esta mención forma parte de una relación de la normativa aplicable con carácter no exhaustivo incluida en el pliego.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

El artículo 48.2 de la LGTel dispone que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos. Para ello ejercerá las funciones atribuidas en el punto tercero del mismo artículo, incluido el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos en la citada Ley.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Concretamente, el artículo 58 de la LGTel atribuye la competencia sancionadora a esta Comisión cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54, e infracciones leves tipificadas en el párrafo d) del artículo 55, respecto de los requerimientos por ella formulados.

Por otra parte, esta Comisión adecuará sus actuaciones a lo previsto en la LRJPAC, texto legal al que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se sujeta el ejercicio de las funciones públicas que esta Comisión tiene encomendadas.

En concreto los artículos 68 y 69.1 de la LRJPAC habilitan a esta Comisión a iniciar procedimientos de oficio, y el artículo 69.2 establece que el órgano competente podrá abrir de oficio un periodo de información previa, con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia de iniciar o no un procedimiento administrativo al respecto.

SEGUNDO.- Descripción del proyecto técnico

La Consejería de Economía y Administración Pública del Principado de Asturias ha licitado por procedimiento abierto y con forma de adjudicación de concurso, la redacción de un proyecto y su posterior ejecución de obra, para el establecimiento de una red de acceso mediante banda ancha en las comarcas mineras. La red que se construya será de su propiedad o de una empresa participada mayoritariamente por la Consejería, pero abierta a cualquier operador que lo solicite y sobre la que se debería poder prestar servicios de TV, datos y telefonía.

El objetivo y el alcance del proyecto es la construcción de una red de banda ancha de transporte y acceso, alternativa a las existentes, que facilite la oferta de servicios de banda ancha por parte de cualquier operador que lo pretendiese. El área geográfica que deberá abarcar son las grandes zonas de minería que se hallan en Asturias a lo largo de las cuencas del Nalón, Caudal y Narcea. La financiación se obtendrá de la suma del presupuesto de una actuación específica consistente en la “Extensión de la banda ancha”, dotada con 7,5 millones de euros junto con una dotación de 6,01 millones de euros procedente de los Fondos mineros que maneja el Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras, que ha sido incrementada en 6 millones de euros adicionales, procedentes de los Fondos Mineros del 2003, lo que supone un



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

total de 19.5 millones de euros. Esta actuación está incluida en el Plan Complementario de Reactivación de las comarcas Mineras

La red cuyo despliegue es objeto de concurso deberá cumplir las siguientes características:

- Ser única, siendo el acceso compartido por los operadores.
- Sin limitación de ancho de banda en el futuro.
- Se deben poder prestar los mismos servicios que se prestan en el Principado.
- Abierta, con un estándar común.
- Atractiva para los operadores, en coste, en calidad, en prestaciones y en facilidad de instalación de los clientes finales.

Sobre esta red se deberán poder prestar los siguientes servicios:

- **Servicios de vídeo:** Difusión de televisión analógica y digital, vídeo IP, pago por visión, vídeo bajo demanda y televisión interactiva.
- **Servicios de voz:** Telefonía fija local, nacional e internacional, servicios avanzados de telefonía IP, telefonía para empresas y mensajería vocal.
- **Servicios de datos e Internet:** Acceso a Internet, servicios ISP y ASP, mensajería unificada y VPN.

La tecnología a emplear en el despliegue de red será:

- Para las poblaciones de más de 1000 habitantes se utilizaría la tecnología de Fibra hasta la casa (bien con un equipo dedicado por cliente FTTH¹, bien con un equipo compartido por varios clientes FTTB²).
- Para los núcleos de población pequeños y más alejados, soluciones de acceso de radio tipo Wi-Fi, WiMax u otras, con conexión a través de Satélite. Se pretende ofrecer en este caso sólo el servicio de acceso a Internet.

Los criterios a considerar en aspectos relacionados con el servicio serán:

- La red soportará los servicios que puedan ofrecer los Operadores con presencia en el Principado.
- El ancho de banda por línea será de 10 Mbit/s³, en la opción dedicada al usuario final, pudiéndose ofrecer velocidades mayores. Si se comparte

¹ FTTH: Fiber to the home. Fibra hasta el hogar.

² FTTB: Fiber to the building. Fibra hasta el edificio.

³ Esto no significa que el servicio que se le ofrezca al usuario sea de esa capacidad, sino que el acceso mediante el que se presta el servicio habría de soportar ese ancho de banda.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el terminal final de Fibra óptica el ancho de banda a cada uno de ellos podrá ser menor de 10 Mbit/s.

- Deberá ser posible ampliar el ancho de banda por línea a 100 Mbit/s en el futuro, sin variar la estructura física de la red de acceso.
- Podrá insertar tráfico en cualquier punto de la red donde haya equipos activos.
- Se valorará que ofrezca tráfico simétrico.
- Habrá redundancia hasta el último equipo activo de red.

TERCERO.- Valoración de las actuaciones practicadas en el periodo de información previa

a) En relación con la supuesta vulneración de los principios de publicidad, libre competencia e igualdad de oportunidades

El concurso objeto del presente expediente fue convocado por el Principado de Asturias en el marco de los acuerdos de cooperación alcanzados entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas para el desarrollo alternativo de las zonas mineras del carbón.

Concretamente, en el marco de esta cooperación se formalizaron diversos protocolos en los que se definían diferentes proyectos de infraestructuras a desarrollar en el territorio de las cuencas mineras del Nalón, Narcea y Caudal. Con fecha 27 de diciembre de 2002 se formalizó un convenio entre el Instituto para la Reestructuración de la minería del Carbón y desarrollo alternativo de las comarcas mineras y la Consejería de Infraestructuras y política territorial del Principado de Asturias para la ejecución del proyecto de desarrollo de cable para comunicaciones en zonas mineras. Asimismo, con el objetivo de acelerar la equiparación del estado de las tecnologías de la información y las comunicaciones de las comarcas mineras con el existente en los grandes núcleos urbanos del Principado de Asturias y los sindicatos SOMA-FUA-UGT y la Federación Minero-metalúrgica de CCOO acordaron incluir en el Plan Complementario de Reactivación de las Comarcas Mineras una actuación específica consistente en la Extensión de la banda ancha

Por otra parte, la Disposición Adicional Primera de la Ley del Principado de Asturias 6/2004, de 28 de diciembre, de Acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2005, autoriza al Consejo de Gobierno del Principado de Asturias la creación de la empresa pública de Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias, S.A. Esta empresa pública quedará adscrita a la Consejería competente de Telecomunicaciones, adoptará la forma jurídica de sociedad anónima y contará con un capital social de ciento cincuenta mil euros, que habrá de ser suscrito al menos en un 51% por la Administración del Principado de Asturias. Dentro de su objeto social se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

encuentra el establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, y para su cumplimiento, la empresa podrá adquirir y construir las infraestructuras y desarrollar los activos necesarios que podrán formar parte de su patrimonio, en función de su naturaleza jurídica.

De las alegaciones presentadas por la Consejería de Economía y Administración Pública del Principado de Asturias se desprende que la red objeto del concurso quedaría bajo su gestión y sería puesta al servicio de cualquier operador de telecomunicaciones que estuviera interesado.

El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP) establece en su artículo 1 que se regirán por lo dispuesto en la misma, entre otros, los contratos que celebren las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integren la administración local.

La Ley 2/1995, de 13 de marzo, de la Junta General del Principado de Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias dedica el Capítulo VII a la contratación administrativa en la Administración del Principado y dispone en su artículo 36, como regla general, que los contratos administrativos que celebre la Administración del Principado de Asturias y sus organismos con personalidad jurídica propia sometidos a derecho público, se regirán por lo dispuesto en la legislación básica sobre contratos de las Administraciones Públicas, con las singularidades derivadas de su adecuación a la estructura orgánica del Principado de Asturias.

Ello supone que la Consejería de Economía y Administración Pública debe ajustar su actividad a lo establecido en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus disposiciones de desarrollo (artículo 7 TRLCAP), lo que implica el respeto a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, principios básicos que rigen la contratación de las Administraciones Públicas.

Estos principios que presiden la contratación administrativa tienen un doble fundamento.

- Por una parte obtener las condiciones más beneficiosas para el interés público, seleccionando como contratista a aquél que pueda ofrecer las mejores condiciones (económicas o de otro tipo) a la Administración.
- Por otra parte, asegurar la objetividad de la Administración en el trato a los ciudadanos, garantizando la igualdad de éstos en el acceso a la contratación pública.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El respeto a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación revisten una utilidad adicional en el ámbito de las telecomunicaciones, ya que juegan además el importante papel de prevenir los efectos anticompetitivos que la falta de cumplimiento de esos principios elementales de contratación pública pudieran tener sobre un mercado recientemente liberalizado pues a nadie se le oculta que el respeto a estos principios de la contratación pública actúa también como presupuesto de la apertura del mercado a la competencia.

La legislación de contratos de las Administraciones Públicas prevé que el principio de igualdad y no discriminación habrá de respetarse en todo caso. El cauce propio para la realización de dicho principio es el de la libre concurrencia de las empresas que quieran contratar con la Administración, lo que tiene por presupuesto la publicidad de la contratación a efectuar. Los supuestos en los que la legislación de contratos permite prescindir de tales principios tienen carácter excepcional.

No obstante la excepción que admiten tales principios de publicidad y concurrencia, la observancia de los principios de igualdad y no discriminación viene imperada en todo caso. Así lo prescribe el artículo 11.1 del TRLCAP, precepto que está encuadrado en el Capítulo sobre “Disposiciones comunes a los contratos de las Administraciones Públicas”, que dispone lo siguiente:

“Los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación”

En realidad, lo anterior es una exigencia del principio constitucional de igualdad (artículo 14). Asimismo, puesto que la contratación constituye un supuesto de actuación administrativa, es una exigencia del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española (a este respecto, vid Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2000 (RJ 2000/7976)).

Según queda acreditado en el expediente, el concurso se ha licitado mediante un procedimiento abierto y la forma de adjudicación ha sido el concurso, siendo el único requisito exigible la Clasificación el Grupo I, subgrupo 7 y categoría E.

El requisito de la clasificación se exige para la participación en los contratos administrativos que superen determinadas cuantías, y con ella se pretende acreditar ante el órgano de contratación correspondiente la capacidad financiera, económica y técnica del contratista. Las normas reguladoras de la clasificación de los contratistas tienen por objeto garantizar la igualdad y la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

seguridad jurídica en la contratación pública, asegurando a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones, lo que las convierte en un elemento básico de la legislación sobre contratos.

En el concurso convocado por el Principado de Asturias, cualquier empresario que obtenga la clasificación exigida en el Pliego de Cláusulas Administrativas podría presentarse a la licitación, por lo que no se produce vulneración de los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia.

Por otro lado, el artículo 79 del TRLCAP señala que *“todos los procedimientos para la adjudicación de los contratos, con excepción de los procedimientos negociados, se anunciarán en el Boletín Oficial del Estado. Estos últimos también serán objeto de anuncio en dicha publicación, cuando por razón de su cuantía estén sujetos a publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. No obstante, las Comunidades Autónomas, entidades locales y sus organismos autónomos y entidades de derecho público, cuando se trate de contratos que por su cuantía no hayan de publicarse en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, podrán sustituir la publicidad en el Boletín Oficial del Estado por la que realicen en los respectivos diarios o boletines oficiales”*.

Según queda acreditado en el expediente, el concurso de redacción de proyecto y ejecución de obra de una red de acceso a banda ancha en las comarcas mineras, fue objeto de los preceptivos anuncios en el Diario Oficial de la Unión Europea, en el Boletín Oficial del Estado y en el Boletín Oficial del Principado de Asturias, por lo que no existe tal vulneración del principio de publicidad.

Pese a lo anterior, BASA expone en su escrito de denuncia que *“el hecho de que el propio Pliego Técnico disponga que dicha Ley 42/1995 será de aplicación en lo dispuesto para el régimen del servicio de difusión de televisión, es una muestra evidente de los hechos aquí denunciados; y esto es porque única y exclusivamente el operador concesionario en las tres demarcaciones antes citadas está habilitado para la prestación del servicio de difusión de televisión”*, y que *“se constata que este concurso esconde una adjudicación directa encubierta al único operador de cable del Principado de Asturias”*.

Sin embargo, puesto que el objeto del concurso es la redacción de un proyecto y la construcción de una infraestructura de red, y no la prestación de ningún servicio, el hecho de que Telecable de Asturias, S.A.U. posea títulos habilitantes para la prestación de servicios de difusión de radio y televisión, no implica en modo alguno una adjudicación directa encubierta, pues no se trata de un requisito exigido para la adjudicación. Además, el concurso prevé que la red deberá poder prestar servicios de video, voz, datos e Internet pero no que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los operadores que utilicen esta red estén obligados a prestar todos estos servicios conjuntamente.

De todo lo anterior se deduce que no ha existido vulneración de los principios esenciales de la contratación pública con efectos nocivos de la competencia en materia de telecomunicaciones, si bien en la gestión de la red el operador público habrá de sujetarse a las cautelas que se exponen en el apartado c) de la presente resolución.

Sin perjuicio de lo anterior, la garantía de la igualdad de trato entre los operadores de telecomunicaciones, no sólo viene impuesta por la normativa de la contratación pública, sino que, asimismo, es una exigencia que impone la normativa de telecomunicaciones. El principio de igualdad de trato y no discriminación entre operadores por parte de las administraciones públicas se encuentra recogido, con carácter general, en la Ley General de Telecomunicaciones. La efectividad práctica del principio de igualdad de oportunidades resulta fundamental para instaurar y preservar las condiciones de competencia en el sector de las telecomunicaciones y debe ser respetado por la administración tanto en el caso de contratación de servicios de telecomunicaciones para uso propio como en el caso que se pretenda prestar ella misma servicios de telecomunicaciones a terceros operadores.

De ahí que resta por considerar si el concurso infringe en alguna medida la legislación sectorial aplicable a las telecomunicaciones, y en particular si la actuación de la administración se dirige al cumplimiento de los objetivos establecidos en la ley y a respetar y hacer respetar los principios en ella recogidos, entre los que se encuentran (artículo 3 LGT):

- a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones;
- b) Garantizar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público;
- c) Promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, así como la utilización de nuevos servicios y el despliegue de redes, y el acceso a éstos en condiciones de igualdad, e impulsar la cohesión territorial, económica y social;
- d) Fomentar la neutralidad tecnológica en la regulación.

Cualquiera que sea el interés público que conforme al artículo 103 de la Constitución Española ha de justificar la intervención de la administración, ésta habrá de garantizar que los medios empleados tengan en cuenta estos principios de forma que, la intervención pública no tenga efectos nocivos para el desarrollo de un mercado en competencia y resulte tecnológicamente neutra, en la medida de lo posible y ello, tanto cuando se trata de intervenir como



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

administración garante de los servicios de interés público, como cuando la propia administración actúa como un operador más en el mercado.

b) En relación con la vulneración del principio de neutralidad tecnológica

Sin perjuicio de las normas generales sobre contratación y subvenciones públicas, las Administraciones públicas han de respetar la normativa sectorial de telecomunicaciones que exige que la intervención no distorsione la competencia y fomente la neutralidad tecnológica. Ello supone que la intervención de la Administración deberá privilegiar las soluciones que satisfaciendo las mismas necesidades de servicios de interés general, resulten neutrales desde el punto de vista tecnológico, es decir, no condicionen en la medida de lo posible la tecnología utilizada para prestar los servicios. Así, por ejemplo, en la Resolución de 26 de febrero de 2004 la Comisión recomendó a la administración no utilizar la vía de la subvención directa al operador dominante para la instalación de equipos en su red para la prestación de servicios de banda ancha y en su lugar recurrir al concurso para que terceros operadores pudieran prestar idénticos servicios soportados sobre otras tecnologías o utilizando los servicios mayoristas del operador dominante.

En el caso que nos ocupa, sin embargo, el Principado pretende fomentar la prestación de los servicios de banda ancha y para ello recurre a la tecnología que considera más idónea. Así, el objeto del concurso convocado por la Consejería de Economía y Administración Pública del Principado de Asturias es la redacción de un proyecto y su posterior ejecución de obra de una red de transporte y acceso mediante banda ancha en las cuencas mineras del Nalón, Narcea y Caudal, y para ello, teniendo en cuenta los servicios que se quieren prestar a través de esa red y su posterior evolución se ha optado por el despliegue de una red fibra óptica.

Según manifiesta BASA en su escrito de denuncia, la *“imposición del uso de FO para el desarrollo de dicha red de banda ancha vulnera de forma flagrante el Principio de Neutralidad Tecnológica reconocido tanto en la normativa comunitaria como en su posterior desarrollo nacional”*.

En relación con el principio de neutralidad tecnológica, la Comisión Europea expresó en su Comunicación sobre la Revisión de 1999 del sector de las comunicaciones que *“la neutralidad tecnológica significa que la legislación debe definir los objetivos a alcanzar y no debe imponer un tipo particular de tecnología ni discriminar a favor del uso de un tipo particular para alcanzar tales objetivos”*. Asimismo, señaló que el nuevo marco regulador iba a estar inspirado por el principio de neutralidad tecnológica, es decir, no debía imponer un tipo particular de tecnología ni discriminar a favor del uso de un tipo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

particular de tecnología, sino garantizar que la prestación de servicios sea regulada de forma homogénea y con independencia de la infraestructura de comunicaciones a través de la que se presten estos servicios.

Según la mencionada Comunicación “en lo posible, la regulación de los servicios de comunicaciones no debe establecer diferencia alguna en las tecnologías con que son prestados tales servicios. La regulación que se base en una tecnología específica puede quedar rápidamente obsoleta y puede inducir a los operadores del mercado a realizar inversiones no rentables. Este principio no significa que todas las infraestructuras de comunicaciones deban ser reguladas de idéntica forma. Hay normas que son específicas de determinados tipos de redes; por ejemplo las redes “inalámbricas” están sujetas a normas sobre la atribución y utilización de frecuencias; las redes “alámbricas” están sujetas a normas sobre las servidumbres de paso y la apertura de zanjas en el medio urbano. Pero sí significa que la prestación de servicios debe estar regulada de forma homogénea y con independencia de la infraestructura de comunicaciones a través de la que se presten estos servicios, ya se trate de redes de telecomunicaciones o de redes de radiodifusión, para que el marco regulador no falsee la competencia”.

Dicho principio fue recogido en la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, que en su Considerando 18 y en su artículo 8 establece la obligación de los Estados miembros de velar porque las autoridades nacionales de reglamentación tengan en cuenta en la mayor medida posible la conveniencia de que la regulación sea tecnológicamente neutra, es decir, que no imponga el uso de un tipo de tecnología particular ni discrimine en su favor.

Asimismo, nuestra legislación lo ha incorporado en el artículo 3 apartado f) de la LGTel: “*los objetivos y principios de esta ley son los siguientes: f) fomentar, en la medida de lo posible, la neutralidad tecnológica en la regulación*”.

El principio de neutralidad tecnológica hace referencia, pues, a que desde la regulación no se debe discriminar imponiendo condiciones distintas a un servicio en función de la tecnología de soporte en las redes, y no se refiere, en cambio, a la decisión de desplegar una infraestructura de red determinada.

Situación diferente sería el caso en que en el que se convocase un concurso para prestar determinados servicios de telecomunicaciones y se impusiesen condiciones distintas en función de la tecnología con la que se prestase el servicio o bien si la elección de la tecnología fuese arbitraria y encubriese de alguna forma un trato discriminatorio a servicios que pueden prestarse a través de distintas tecnologías.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según se ha señalado en el Pliego de Prescripciones Técnicas “para el despliegue de red en las comarcas Mineras se propone emplear principalmente la FO como tecnología básica, por soportar los servicios antes mencionados y presentar menos limitaciones para el futuro. El avance sufrido en los últimos años en las tecnologías relacionadas con la FO ha provocado una mejora importante en los costes y provocado el consiguiente crecimiento de su utilización en el mercado. En las zonas donde el coste del despliegue en FO sea demasiado elevado, ya sea por el coste asociado con la troncal o por no existir una masa crítica de posibles usuarios, se plantean soluciones tecnológicas alternativas”.

Analizadas las distintas posibilidades para el despliegue de red, los servicios que se pretenden prestar (video, voz, datos e Internet), el desarrollo previsto de los mismos, así como criterios urbanísticos, la Consejería de Economía y Administración Pública del Principado de Asturias optó por la construcción de una red fibra óptica por considerarse la más adecuada, decisión que no vulnera, por tanto, el principio de neutralidad tecnológica.

c) En relación con el establecimiento y gestión pública de una red de acceso de banda ancha a las comarcas mineras

El delicado equilibrio entre el juego del mercado y la intervención de la administración para satisfacer necesidades cuya realización se considera de interés general, se concreta, conforme a la Ley General de Telecomunicaciones, en primer término, en la imposición de obligaciones de servicio público a los operadores (ya sean estos de capital privado o público), de acuerdo con la normativa específica de servicio público que se recoge en el título III de la citada ley. En segundo lugar, la administración podrá prestar ella misma los servicios de telecomunicaciones como cualquier otro operador privado, pero deberá sujetar sus operaciones a determinadas condiciones con el fin de no distorsionar la competencia en el mercado.

Conforme parece desprenderse de la descripción del origen del proyecto realizada por la Consejería, la actuación pública se despliega en ausencia de una iniciativa privada capaz de acometer un proyecto considerado de interés general por el Principado, como es el despliegue de la banda ancha.

La realización de este tipo de proyectos se arbitra en la LGTel, en primer lugar mediante la imposición de obligaciones de servicio público. Esta vía requiere la definición por el Gobierno de una obligación de servicio público financiada con cargo a presupuestos públicos, en el marco de una organización unitaria para el territorio español de las necesidades a atender. Con esta fórmula sería posible financiar el coste de la actividad, de modo que se ofrezcan los servicios a un precio asequible, sin incurrir en posibles distorsiones de la competencia



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin embargo, según se deduce de las alegaciones de la Consejería de Economía y Administración Pública el Principado de Asturias ha optado por una vía distinta de la anteriormente descrita, concretamente, la de atribuir a una empresa pública la gestión de la infraestructura de red objeto del concurso. Se trata pues de un supuesto en que la administración actúa como un operador más en el mercado.

La posibilidad de que las Administraciones públicas intervengan como operadores en el sector de las telecomunicaciones, ya sea directamente o a través de empresas en las que participen mayoritariamente, se ha venido contemplando tradicionalmente por la legislación de telecomunicaciones. Según el artículo 8 de la LGTel, la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones públicas, bien directamente o bien a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente, queda plenamente sujeta a la legislación de telecomunicaciones, y se realizará con la debida separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación. Asimismo, la LGTel prevé la posibilidad de que esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones imponga condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia.

Ello supone, en primer lugar que, de conformidad con los artículos 6 y 7 de la LGTel, con carácter previo se deberá notificar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el inicio de la explotación de la red y deberá inscribirse en el Registro de Operadores. Tratándose de la explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas, el inicio de la actividad puede corresponderse, según los casos, conforme al Anexo II de la ley, con el momento de su creación, el inicio de su aprovechamiento, la toma de control o la puesta a disposición de la red a los posibles usuarios. En este caso concreto, el Principado o la persona jurídica que vaya a explotar la red tiene obligación de notificar a esta Comisión e inscribirse en el Registro de Operadores desde el inicio de la creación de la red.

Además, en tanto que operador en el mercado debe sujetarse, al menos, a las mismas reglas que el resto de los operadores, lo que implica que no podrá entrar en acuerdos colusorios ni abusos de posición de dominio ni recibir ayudas públicas que distorsionen la competencia.

Junto con estas obligaciones que son propias de todos los operadores, la administración deberá gestionar estos servicios con la debida separación de cuentas y respeto a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con carácter general, no deberán favorecer, en el ejercicio de sus funciones públicas, sus propias actividades como operadores de telecomunicaciones en detrimento de los derechos del resto de operadores privados que concurran o puedan concurrir con ellas en el mismo mercado.

Los operadores públicos no deben realizar sus actividades de telecomunicaciones de forma que establezcan barreras de entrada a los operadores privados ni provoquen la salida del mercado de éstos por la imposibilidad de competir en igualdad de condiciones.

En este caso concreto, la intervención del Principado no impide, al menos desde el punto de vista legal, el establecimiento de infraestructuras alternativas por terceros operadores. En cualquier caso, los terceros operadores podrán beneficiarse del acceso a la red en condiciones transparentes y no discriminatorias para prestar servicios a sus clientes así como del derecho a la compartición de infraestructuras para el despliegue de red en los procedimientos de ocupación del dominio público.

En cuanto a la exigencia de separación de cuentas para la Administración respecto de sus actividades como operadores de telecomunicaciones, se entiende que la misma estará asegurada pues se encarga la gestión a una empresa jurídicamente independiente. El Principado deberá asegurar la transparencia en las condiciones de acceso de terceros operadores así como la transparencia contable, siendo esta última relevante tanto para determinar si se producen discriminaciones como para valorar el precio a que se deben prestar los servicios a terceros operadores y, en último término, para valorar la legitimidad de la financiación pública, pues permitirá detectar financiaciones que superan el coste de la actividad o arrojar luz sobre si la iniciativa privada podría sustituir a la pública.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, esta Comisión,

RESUELVE

Primero.- Declarar concluso el Periodo de Información Previa de referencia, y resolver no iniciar un procedimiento al respecto, al no haber indicios de incumplimiento de la normativa sobre telecomunicaciones.

Segundo.- Se informa al Principado de Asturias que, de conformidad con los artículos 6 y 7 de la Ley General de Telecomunicaciones, la persona física o



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

jurídica que vaya a explotar la red, con carácter previo, deberá notificar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el inicio de la explotación de la red y deberá inscribirse en el Registro de Operadores, entendiéndose a estos efectos que el inicio de la explotación de la red coincide con el inicio de su creación.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

LA VICEPRESIDENTA

EL SECRETARIO

Elisa Robles Fraga

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda