

**ACUERDO POR EL QUE SE CONTESTA A LA CONSULTA PLANTEADA
POR EL PRINCIPADO DE ASTURIAS SOBRE LA TITULARIDAD Y
AMPLIACIÓN DE LA RED ASTURCÓN**

CNS/DTSA/060/19/AMPLIACIÓN Y TITULARIDAD RED ASTURCÓN

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 8 de mayo de 2019

Vista la consulta planteada por el Gobierno del Principado de Asturias sobre diversas cuestiones en torno a la titularidad y gestión de la red Astur de Comunicaciones Ópticas Neutras (red Asturcón), la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I. OBJETO Y DESCRIPCIÓN DE LA CONSULTA

Con fecha 25 de enero de 2019, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de la Dirección General de Industria y Telecomunicaciones de la Consejería de Empleo, Industria y Turismo del Gobierno del Principado de Asturias (Principado de Asturias), en el que describe la situación de la red Asturcón y plantea las siguientes cuestiones:

- La red titularidad del Principado de Asturias, ¿debe tener carácter patrimonial o demanial?
- A la luz de lo previsto en el artículo 9 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), respecto de la actuación de las Administraciones Públicas (AAPP) y la explotación de las redes de telecomunicaciones de las que son titulares ¿puede mantenerse la situación actual de la red en la que parte de la misma es titularidad del Principado de Asturias y parte de la empresa de titularidad autonómica

Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias, S.A. (GITPA)¹?

- Caso de responder afirmativamente a la pregunta anterior, ¿cuál sería el instrumento jurídico por el que el Principado de Asturias debería ceder el uso de la red de su propiedad a GITPA?
- Por último, ¿puede GITPA acometer con recursos propios ampliaciones de red?

El presente acuerdo tiene como objeto contestar a la consulta del Principado de Asturias y determinar el tratamiento regulatorio actual aplicable a la titularidad y explotación de la red Asturcón, desde la perspectiva de la normativa sectorial de telecomunicaciones.

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL 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. Tal y como señala el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), 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.

Del mismo modo, el artículo 5.3 de la LCNMC establece que, en los mercados de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, la CNMC estará a lo dispuesto en el artículo 6 de esta norma, atribuyendo a este organismo el artículo 6.5 de esta Ley “*realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre^[2], y su normativa de desarrollo*”.

En este sentido, el artículo 70 de la LGTel, en su apartado I), establece la función consultiva de esta Comisión cuando sea consultada en materia de comunicaciones electrónicas por las comunidades autónomas y las corporaciones locales.

De acuerdo con los artículos 7 y 69.b) de la LGTel, la competencia para la gestión del Registro de Operadores corresponde al Ministerio de Economía y Empresa³. Sin embargo, debe tenerse en cuenta el régimen transitorio de la LGTel, establecido en su disposición transitoria décima, en virtud del cual hasta que el

¹ Acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias de 1 de junio de 2006.

² La referencia a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, ha de entenderse realizada actualmente a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

³ De conformidad con el Real Decreto 355/2018, de 6 de junio, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales; y en el que está integrada actualmente la Secretaría de Estado para el Avance Digital (SEAD).

Ministerio de Economía y Empresa no asuma efectivamente la competencia efectiva en la gestión del Registro de Operadores, esta competencia se seguirá ejerciendo transitoriamente por la CNMC. Por ello, la CNMC es competente para resolver las consultas sobre la naturaleza y régimen regulatorio de los servicios de comunicaciones electrónicas que se prestan en España.

Por último, y en virtud de lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y los artículos 8.1 y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC resulta competente para emitir este acuerdo.

III. ANTECEDENTES

El Principado de Asturias licitó, en el año 2004⁴, el proyecto y la obra de la entonces denominada Red EBACOM⁵, posteriormente denominada red Asturcón. Para la gestión y explotación de ese primer despliegue la Administración autonómica constituyó la empresa GITPA, que figura inscrita en el Registro de Operadores desde el 20 de marzo de 2007 en calidad de operador de red terrestre de fibra óptica⁶.

GITPA 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.

El Principado explica que *“desde la puesta en funcionamiento de GITPA, la red Asturcón ha ido ampliándose, ya fuera mediante encomienda del socio único a la sociedad (que tiene la condición de medio propio del mismo según consta en sus Estatutos) ordenándole la ejecución de nuevos despliegues en las denominadas zonas blancas o bien mediante inversiones efectuadas directamente por la propia sociedad con cargo a su cuenta de explotación. En el*

⁴ *“Resolución de la Consejería de Economía y Administración Pública, Secretaría General Técnica, del Principado de Asturias, de fecha 28 de julio de 2004, sobre licitación, por procedimiento abierto mediante concurso, de la elaboración de proyecto y ejecución de obra de una red de acceso de banda ancha a las comarcas mineras (Expediente 37/04)”.*

⁵ Red de Extensión de la Banda Ancha a las Comarcas Mineras. Véase la Resolución de 27 de abril de 2005 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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 (RO 2004/1755).

⁶ Expediente núm. RO 2007/268.

primer caso, el resultado pertenece al Principado y, en el segundo, se mantiene en el patrimonio de GITPA”.

IV. NATURALEZA DE LA RED

La Ley 1/1991, de 21 de febrero, de Patrimonio del Principado de Asturias, establece en su artículo 3 que son bienes de dominio público o demaniales *“los afectos al uso general o a los servicios públicos y aquellos a los que una Ley les confiera expresamente tal carácter”*. Por el contrario, tendrán la consideración de bienes patrimoniales todos aquellos bienes cuya titularidad la ostenten las AAPP y no tengan el carácter de demaniales. Esta redacción es similar a la del artículo 5.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).

Tomando en consideración las disposiciones de la LPAP y en relación con una red de fibra óptica de titularidad municipal, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC manifestó, en su Acuerdo de fecha 23 de febrero de 2017⁷, lo siguiente:

“Tal como se ha señalado en otras ocasiones, tanto para configurar la prestación del servicio como para establecer contraprestaciones económicas, ha de tenerse en consideración que las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia de conformidad con el artículo 2.1 de la LGTel. Por lo tanto, como anteriormente se señalaba, su prestación –salvo los supuestos reservados por la LGTel a las obligaciones de servicio público- se incardina en el ámbito de la actividad económica que pueden desarrollar las AAPP a la que se refieren los artículos 86 de la LBRL y 96 del TRRL anteriormente citados.

El carácter económico y, por tanto patrimonial, de esta actividad se apoya asimismo en el hecho de que la red de fibra que se pretende explotar a terceros tiene la consideración de elemento patrimonial, con independencia de encontrarse en el dominio público local, al no destinarse a un uso o servicio público (artículo 79.3 de la LBRL y artículos 3 y 4 del Reglamento de bienes locales y artículo 5 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas) sino a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas que son servicios de interés general y, por tanto, no son servicios públicos municipales.”

En este mismo sentido, se pronunció esta Sala en su Acuerdo de fecha 11 de diciembre de 2014⁸ cuando declaró que la red Asturcón constituía, en principio,

⁷ Acuerdo de 23 de febrero de 2017 por el que se da contestación a la Consulta planteada por el Ayuntamiento de Alcázar de San Juan sobre la aplicación del artículo 9 de la LGTel, y la imposición de un precio público por el alquiler de su fibra a otros operadores (CNS/DTSA/303/16).

⁸ Acuerdo de 11 de diciembre de 2014 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 (Expediente CNS/DTSA/1460/14).

un bien de naturaleza patrimonial⁹, en función del servicio al que está afecta la red¹⁰.

V. TITULARIDAD DE LA RED

El Principado de Asturias pregunta sobre la posibilidad de mantener, a la luz del artículo 9 de la LGTel, la situación actual de titularidad compartida de la red Asturcón, en la que parte de la misma es titularidad del Principado de Asturias y parte de GITPA.

Esta Sala señaló lo siguiente, en su Acuerdo ya citado de fecha 11 de diciembre de 2014:

“(...) 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.”

⁹ Otro ejemplo en el que se realizó esta misma calificación es la realizada en la letra a) del apartado II del punto 5 del artículo primero de la Orden FOM/2818/2012, de 28 de diciembre, por la que se fijan los criterios de segregación de activos y pasivos de la Entidad Pública Empresarial Ferrocarriles Españoles de Vía estrecha (FEVE) entre el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) y Renfe-Operadora, cuando declara que *“las redes e instalaciones de fibra óptica, que se asignarán como bienes patrimoniales”*.

¹⁰ Esta Sala no entra en la calificación de la parte de esta red dedicada a la conectividad de los servicios hospitalarios de la región que puede ser diferenciada, como se indicó en el Acuerdo de fecha 11 de diciembre de 2014, en los siguientes términos: *“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 terceros”*.

Aunque en el escrito de la consulta y en los Estatutos de GITPA¹¹, se califica a este operador como un medio propio de la Administración, el Informe sobre GITPA de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias concluyó que: *“desde el ejercicio de 2012, GITPA es un ente instrumental de dicha Administración pero no cumple todos y cada uno de los requisitos para ser considerado medio propio de la misma por lo que no puede denominarse como tal”*¹².

No es competencia de esta Comisión determinar si GITPA constituye un medio propio del Principado de Asturias o no. No obstante, y al margen de que pueda ser o no considerado como tal, GITPA es una sociedad mercantil de titularidad autonómica participada al cien por cien por el Principado de Asturias.

El artículo 9.3 de la LGTel establece que la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de prestación a terceros por las AAPP se realizarán 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”*, refiriéndose el precepto en todo momento a los *“operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas”*.

Si bien el precepto no perfila más detalles, hace alusión a los organismos públicos o sociedades mercantiles estatales, autonómicos o locales, o a otro tipo de entidades de carácter público. 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, 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”*¹³.

En consonancia con este artículo, se puede afirmar que el Principado de Asturias ejerce un control directo sobre GITPA en los términos previstos en el artículo 9.3 de la LGTel.

No es competencia de la CNMC determinar la organización interna de una Administración pública que, por otra parte, resulta irrelevante para esta Sala en este caso concreto, dada la relación antes señalada entre el Principado de Asturias y GITPA.

¹¹ Artículo 5 de los Estatutos Sociales de GITPA.

¹² [Informe Definitivo](#) sobre la fiscalización de la empresa pública Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias, S.A, ejercicios 2006-2013.

¹³ La redacción de este artículo es similar a la del artículo 42.1 del Código de Comercio aprobado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885.

En conclusión, a la luz de la normativa sectorial en materia de telecomunicaciones, se podrá mantener la situación actual de titularidad compartida de la red Asturcón, en la que parte de la misma es titularidad del Principado de Asturias y parte de GITPA -teniendo este último la condición de operador de comunicaciones electrónicas a los efectos del artículo 6.2 de la LGTel-, y que este continúe gestionando la explotación de la red Asturcón.

VI. INSTRUMENTO JURIDICO PARA LA CESIÓN DE USO

El Principado de Asturias plantea cuál sería el instrumento jurídico más adecuado para ceder el uso de la red Asturcón titularidad del Principado a GITPA, en caso de poder mantener la situación de titularidad compartida, cuestión analizada en el apartado anterior.

Como ya ha manifestado esta Sala en anteriores ocasiones, no entra en el ámbito competencial de la CNMC la determinación de los instrumentos jurídicos a utilizar en materia de contratación por las distintas AAPP. Tampoco se encuentra entre sus funciones determinar las relaciones entre diferentes entidades que dependan de una misma Administración como es el supuesto planteado. Únicamente en el caso de que una determinada intervención fuera contraria a la normativa de telecomunicaciones o afectara a la competencia en alguna medida, sería justificado un pronunciamiento de esta Comisión.

La normativa sectorial de telecomunicaciones no regula este aspecto, pero sí establece la obligación de los operadores controlados por las AAPP de llevar a cabo la debida separación de cuentas y respetar el principio de transparencia. A este respecto, el artículo 112 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se refiere a la transparencia y buen gobierno en la gestión de dichas sociedades mercantiles, como principios rectores a respetar por los accionistas de estas sociedades.

Por otra parte, esta Comisión no ha percibido la existencia de un criterio unívoco y/o preferente para la elección de una modalidad de cesión concreta para este tipo de recursos por parte de las AAPP territoriales. A nivel normativo estatal¹⁴, el artículo 172 de la LPAP dispone que el “*órgano competente para acordar la constitución o disolución [de las sociedades estatales] podrá autorizar la aportación de bienes o derechos patrimoniales*”¹⁵.

¹⁴ Recuérdese el artículo 149.3 *in fine* de la Constitución española, que establece el carácter supletorio del derecho estatal respecto del derecho de las Comunidades Autónomas.

¹⁵ Y el artículo 132.2 de la LPAP detalla asimismo los órganos responsables y el procedimiento para la aportación de bienes o derechos de la Administración General del Estado a sociedades mercantiles:

“La aportación de bienes o derechos de la Administración General del Estado a sociedades mercantiles, entes públicos o fundaciones públicas estatales se acordará por el Ministro de Hacienda, a propuesta de la Dirección General del Patrimonio del Estado previa tasación aprobada del bien o derecho e informe de la Abogacía del Estado, y sin perjuicio de lo establecido en la legislación mercantil y en el título VII de esta ley”.

En definitiva, aun cuando no corresponde a esta Sala determinar el instrumento jurídico más idóneo para la cesión del uso de la red Asturcón, el Principado deberá tener en cuenta los parámetros señalados anteriormente en la elección del instrumento jurídico adecuado.

VII. POSIBILIDAD DE QUE GITPA ACOMETA AMPLIACIONES DE RED CON RECURSOS PROPIOS

Finalmente, el Principado de Asturias plantea si GITPA puede acometer con recursos propios ampliaciones de la red desplegada.

GITPA, como operador inscrito en el Registro de operadores para la explotación de una red pública fija de fibra óptica, estaría cumpliendo con los requisitos del artículo 6.2 de la LGTel. Por tanto, desde la perspectiva de la normativa de telecomunicaciones, no existe ningún impedimento para que acometa ampliaciones de red con recursos propios, incluyendo la renovación de los equipos que configuran la red Asturcón así como nuevos despliegues.

Al margen de lo anterior, tendrá que analizarse la afectación a la competencia de esta intervención, como consecuencia de la utilización de fondos públicos en estos despliegues. Al tratarse de recursos propios parece que las nuevas inversiones se financiarán en condiciones de mercado. No obstante, este extremo no queda claro en la consulta, así que si GITPA no ajustase su intervención al principio de inversor privado recogido en el artículo 9.2 de la LGTel, debería tener en cuenta la normativa de ayudas de Estado, a la que también remite el citado artículo de la LGTel, como normativa de obligado cumplimiento por las AAPP¹⁶.

¹⁶ Artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y normativa de desarrollo.