

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0002459/2019
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 16963/2019
Demandante: GTD CABLEADO DE REDES INTELIGENTES S.L.U
Procurador: D^a. MARÍA DOLORES UROZ MORENO
Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA
COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:
D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA
D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a quince de noviembre de dos mil veintiuno.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº **2459/19**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por la Procuradora **D^a. María Dolores Uroz Moreno**, en nombre y representación de la entidad **GTD CABLEADO DE REDES INTELIGENTES S.L.U**, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, de fecha 10 de octubre de 2019, sobre conflicto

de acceso, en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el Abogado del Estado.

Se han personado como codemandadas el **EXCMO. AYUNTAMIENTO DE BARCELONA**, representado por el Procurador **D. Vicente Ruigomez Ortiz de Mendivil**, y la entidad **BARCELONA CICLE DE L'AIGUA, S.A**, representada por el Procurador **D. Javier Segura Zariquiey**.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. **D^a. Ana Isabel Gómez García**, Magistrada de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de GTD Cableado de Redes Inteligentes S.L.U. (antes Cable Runner Ibérica S.L.), contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, de fecha 10 de octubre de 2019, por la que se pone fin al conflicto de acceso a infraestructuras interpuesto por GTD Cableado de Redes Inteligentes, S.L. contra el Ayuntamiento de Barcelona y contra Barcelona Cicle de L'Aigua, S.A.

SEGUNDO: Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de derecho y terminó por suplicar que, previos los trámites legales pertinentes, se dicte Sentencia por la que, revocando la resolución impugnada, se condene a la CNMC a admitir y estimar la solicitud de GTD Cableado de Redes Inteligentes, S.L.U contra el Ayuntamiento de Barcelona en relación con su negativa a revisar los cánones por ocupación y mantenimiento de su infraestructura de alcantarillado público, fijando los precios máximos que, conforme al mercado, puede este fijar por dichos conceptos.

TERCERO: Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dicte sentencia por la que se desestime el recurso, con expresa imposición de costas.

CUARTO: La representación procesal del Ayuntamiento de Barcelona contestó a la demanda, solicitando que desestime en su integridad el recurso formulado de contrario, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

QUINTO: La representación procesal de Barcelona Cicle de L'Aigua, S.A. contestó a la demanda, solicitando la desestimación del recurso, con expresa imposición de costas.

SEXTO: Habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento se practicó la propuesta y, evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 10 de noviembre del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se dirige el presente recurso contencioso administrativo contra la precitada resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de fecha 10 de octubre de 2019, en la que se *RESUELVE*:

“PRIMERO.- Inadmitir la solicitud de GTD Cableado de Redes Inteligentes, S.L.U. de que esta Sala resuelva el conflicto planteado contra el Ayuntamiento de Barcelona en relación con su negativa a revisar el canon por ocupación de sus infraestructuras destinadas al alcantarillado público.

SEGUNDO.- Desestimar el conflicto planteado por GTD Cableado de Redes Inteligentes, S.L.U. contra Barcelona Cicle de l'Aigua, S.A. –BCASA, por la cuantía de la cuota por el mantenimiento de la red de alcantarillado público que tienen acordado ambas partes.”

Son antecedentes de la resolución a tener en cuenta para la resolución del recurso los siguientes:

1.- Con fecha 28 de agosto de 2018, GTD Cableado de Redes Inteligentes, S.L.U. (GTD) presentó ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de interposición de conflicto contra el Ayuntamiento de Barcelona.

Alegaba la operadora que en el año 2006 pactó dos convenios, uno con el Ayto. de Barcelona para la ocupación parcial de su infraestructura dedicada al alcantarillado público para el despliegue de su red de fibra óptica, y otro con la empresa municipal de aguas (entonces CLABSA y ahora Barcelona Cicle de l'Aigua, S.A. -BCASA-) para el mantenimiento de dicha infraestructura pública, en los que se acordaron unos cánones que se actualizarían anualmente según el IPC. Que el importe conjunto que paga por los dos servicios a día de hoy hace económicamente inviable la explotación de su red, especialmente a la vista de los cambios experimentados en los últimos años en el mercado de las telecomunicaciones, con fusiones y agrupaciones de operadores y empresas, uso y abaratamiento progresivo

de otras canalizaciones disponibles, permanente bajada de los precios al consumidor final, etc. Que desde julio de 2013 está intentando llegar a un acuerdo con el Ayto. de Barcelona para adaptar dichas contraprestaciones a la situación del mercado; sin embargo, tras varias comunicaciones enviadas y reuniones mantenidas tanto con el equipo de gobierno local anterior como con el actual, en julio de 2017 recibió una notificación del Ayto. de Barcelona, por la que le comunicaba la Resolución de desestimación de su petición de revisar el canon, sin motivación alguna.

Solicitaba que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 37 de la LGTel y 19 de la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos, se estableciesen las cantidades que, en concepto de canon de uso del alcantarillado y mantenimiento de las infraestructuras de telecomunicaciones instaladas en el alcantarillado público de Barcelona, sería razonable abonar al citado Ayuntamiento, por la ocupación llevada a cabo para albergar redes de fibra óptica; que estos precios deberían ser iguales o similares a los precios establecidos en la oferta MARCo de Telefónica de España, S.A.U.

2.- En el procedimiento administrativo iniciado para resolver el conflicto planteado, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) emitió informe, del cual se dio traslado para alegaciones a los interesados.

El 9 de mayo de 2019, GTD presentó la copia de un escrito emitido por el Director General de la Autoritat Catalana de Competència (ACCO), como consecuencia de la solicitud realizada por esta empresa para que dicho organismo se pronunciara sobre la procedencia de adaptar las condiciones económicas que impone el Ayto. de Barcelona por la ocupación de su infraestructuras por las redes de fibra óptica, sin aportar alegaciones sobre el informe emitido por la DTSA. En dicho escrito, entre otras cuestiones, la ACCO recuerda a GTD que la CNMC es la autoridad competente para resolver los problemas que puedan surgir en relación con las condiciones económicas fijadas para el acceso y uso de las infraestructuras de titularidad municipal.

BCASA presentó su escrito de alegaciones el 19 de junio de 2019, mostrando su disconformidad con algunas conclusiones alcanzadas en el informe de la DTSA.

El Ayto. de Barcelona presentó su escrito de alegaciones en trámite de audiencia el 2 de julio de 2019.

Se razona en los fundamentos jurídicos de la resolución, en síntesis, que, de conformidad con los artículos 12.5, 15 y 70.2, letras d) y g), de la LGTe, la CNMC tiene competencias para intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, así como en los conflictos que surjan en los mercados de comunicaciones electrónicas, a petición de cualquiera de las partes implicadas o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 del mismo texto

legal. Que, de forma específica, el artículo 37 de la LGTel regula el acceso a las infraestructuras susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas, ya sean de las administraciones públicas o de empresas u operadores de otros sectores distintos al de las comunicaciones electrónicas; que el apartado 7 de dicho precepto establece que las administraciones públicas titulares de las infraestructuras a las que se hace referencia en este artículo tendrán derecho a establecer las compensaciones económicas que correspondan por el uso que de ellas se haga por parte de los operadores; que dicho apartado no somete a la competencia de la CNMC la resolución de conflictos sobre las compensaciones económicas que establezcan al respecto las AAPP en cualquier caso, por lo que éstas compensaciones deberán establecerse por las propias AAPP según la normativa reguladora del tipo de ocupación y de la naturaleza de la infraestructura ocupada y la competencia para resolver sobre la cuantía de la infraestructura pública ocupada dependerá, en cada caso de la naturaleza jurídica de la misma. Que el artículo 70.2.d) de la LGTel se refiere en particular a la competencia de la CNMC en la resolución de los *“conflictos sobre el acceso a infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas y el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas titularidad de los órganos o entes gestores de infraestructuras de transporte de competencia estatal, en los términos establecidos por los artículos 37 y 38 de la presente Ley”*. Que esta competencia se encuentra desarrollada y recogida en 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, que transpone al Derecho español, en lo que no estaba ya transpuesto por la LGTel, la Directiva 2014/61/UE, de 15 de mayo, relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.

Se concluye que GTD interpone, entre otras cuestiones, un conflicto de acceso que atañe a infraestructuras de naturaleza demanial (infraestructuras de alcantarillado) contra el Ayto. de Barcelona en materia de precios, de manera que la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC es el órgano competente para resolver el procedimiento, pero sólo en la medida en la que la cuestión a resolver se encuentre dentro de las competencias que le atribuye el artículo 37 de la LGTel que, en materia de contraprestaciones económicas, solo alcanza a aquellas que puedan quedar a la libre negociación de las partes (apartado 6 del artículo 37 LGTel).

En cuanto al fondo, se recuerda que la Directiva 2014/61/UE, al igual que el artículo 3 de la LGTel, pretende reducir los costes de los trabajos de obra civil relacionados con el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas, mediante el establecimiento de derechos de acceso a infraestructuras físicas existentes, la coordinación de obras civiles y la mejora en el acceso a la información sobre infraestructuras existentes, obras civiles previstas y procedimientos aplicables a la concesión de permisos; que la LGTel, en sus artículos 30 a 38, introduce diversas medidas destinadas a facilitar dichos despliegues, de modo que los operadores que instalan o explotan redes de comunicaciones electrónicas puedan ofrecer a los usuarios servicios más innovadores, de mayor calidad y cobertura y a precios competitivos y con las mejores condiciones; que, en relación con las infraestructuras que sean titularidad de las administraciones públicas susceptibles de alojar redes de

comunicaciones electrónicas, el apartado 1 del artículo 37 de la LGTel dispone que se ha de facilitar 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”*; el apartado 3 de dicho artículo especifica que se entenderán como tales infraestructuras los *“tubos, postes, conductos, cajas, cámaras, armarios, y cualquier recurso asociado que pueda ser utilizado para desplegar y albergar cables de comunicaciones electrónicas, equipos, dispositivos, o cualquier otro recurso análogo necesario para el despliegue e instalación de las redes”*; y su apartado 7 reconoce el derecho de las administraciones públicas a establecer las compensaciones económicas que correspondan por el uso que se haga de las infraestructuras de referencia por parte de los operadores; que el RD 330/2016 desarrolla la anterior normativa, con el objetivo de reducir el coste de despliegue de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.

Que, conforme con los convenios firmados en 2006 por GTD (entonces Cable Runner) con el Ayto. de Barcelona y BCASA, se observa que, por el uso de la citada infraestructura pública, GTD tiene pactadas unas condiciones económicas (i) con el Ayto. de Barcelona, en concepto de canon de cesión de uso de la red de alcantarillado para su red de telecomunicaciones, y (ii) con BCASA, en concepto de cuota de mantenimiento de la referida infraestructura (la infraestructura de telecomunicaciones instalada en la red de alcantarillado), que se incrementan anualmente según el IPC. El precio establecido por este segundo concepto (mantenimiento) fue minorado en el año 2014, tras llegar GTD a un acuerdo con BCASA, según alegó esta operadora en sus escritos de 28 de agosto y 28 de septiembre de 2018. Que, a fecha de iniciación y durante la instrucción de este procedimiento, las condiciones económicas pagadas por GTD al Ayto. de Barcelona y a BCASA, por los citados cánones por cesión del uso y cuota por el mantenimiento del alcantarillado público de Barcelona, eran las siguientes: Canon por uso 3,51 euros/metro/año; Cuota de mantenimiento 1,780 euros/metro/año. GTD alega y acredita que desde el año 2013 ha intentado pactar con el Ayto. de Barcelona la bajada de los cánones, sin que hasta la fecha lo haya conseguido. Tras su última solicitud de 11 de abril de 2016, el 27 de julio de 2017 el Ayto. de Barcelona acordó desestimar la solicitud de GTD de revisar las contraprestaciones pactadas en 2006, sin motivar dicha desestimación.

Que, realizada una comparativa de las condiciones económicas establecidas por el Ayto. de Barcelona y las sujetas a la oferta MARCo de Telefónica, resulta que el precio teórico regulado en la oferta MARCo (1,919 €) sería considerablemente inferior al canon vigente aplicado actualmente por el Ayto. de Barcelona a GTD (3,51 €/m/año), así como, presumiblemente menor al aplicado al resto de operadores que han desplegado sus redes a través de la misma infraestructura pública; por otra parte, el precio regulado ya tiene incluido el coste por mantenimiento de la infraestructura de Telefónica, mientras que GTD, al igual que los otros operadores

que ocupan la referida infraestructura pública, han de pagar un coste adicional al elevado canon por uso que ya paga en concepto de mantenimiento.

La Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC considera razonable la solicitud formulada por GTD al Ayto. de Barcelona en 2016, para que esta Administración Local proceda a la revisión del canon por ocupación de su infraestructura pública destinada al alcantarillado público que pactó en 2006. Pero determina que la revisión deberá hacerse por los cauces legalmente establecido en la normativa reguladora de las Haciendas Locales cuya revisión no corresponde a esa Sala, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24.1 del TRLRHL, al tener este tipo de ocupación naturaleza de uso especial del dominio público municipal. Que el Ayto. de Barcelona informa a la Comisión que está elaborando un estudio en relación con las condiciones económicas fijadas en los convenios que tiene firmados con los operadores de comunicaciones electrónicas para el uso de las infraestructuras y las instalaciones de titularidad municipal para el despliegue de sus redes de comunicaciones electrónicas, de cara a la revisión del canon por uso que viene aplicando a los operadores por la ocupación de la infraestructura pública destinada al alcantarillado.

Respecto de la contraprestación económica por el mantenimiento de la red de alcantarillado público que GTD paga a BCASA, se expone que el canon se regula por el convenio firmado entre ambas compañías el 1 de marzo de 2006, habiéndose pactado una posterior rebaja del importe inicial con BCASA; que, según la información proporcionada por el propio Ayto. de Barcelona, BCASA es una empresa pública dependiente del propio Ayto. de Barcelona, que la creó; que es en los convenios suscritos entre el Ayto. de Barcelona y los operadores donde se estipula que la gestión de los trabajos de mantenimiento serán facturados por CLABSA (ahora BCASA), con quien tienen que pactar expresamente su canon; que el convenio que los operadores tienen firmado con BCASA deviene de las estipulaciones establecidas en el convenio suscrito con el Ayto. de Barcelona, pudiéndose considerar que estos dos convenios están vinculados.

Se añade que en el informe sometido a trámite de audiencia se concluyó que el citado canon por mantenimiento que BCASA factura a GTD por orden del Ayto. de Barcelona se consideraba muy superior a los importes calculados por la CNMC para este mismo servicio, y se propuso reducir también este canon a precios razonables, a los efectos de equipararse a los aplicados en la actualidad en el mercado, usando como referencia los precios regulados en la oferta MARCO, pero teniendo en cuenta que las reglas de establecimiento de estos precios podrían ser distintas, al estar estos orientados a los costes de Telefónica; en dicho informe se proponía al Ayto. de Barcelona la opción de reducir el nuevo canon por uso, incluyendo ya los costes de mantenimiento, como en la Oferta Marco, o continuar considerándolos conceptos facturables por separado; en este último caso, se indicaba que el Ayto. de Barcelona debería acordar junto con BCASA la reducción de los precios de mantenimiento, teniendo como referencia el porcentaje aproximado del 10% del precio máximo, que se considere, si estuvieran incluidos ambos servicios en el mismo precio. Que BCASA muestra su disconformidad con esta propuesta y solicita que se desestime la petición de GTD de reducir la cuota de mantenimiento de la red de alcantarillado público de Barcelona, por ser la misma ajustada a los costes que soporta BCASA a

tal fin. Que en los informes aportados por BCASA en relación con el mantenimiento de los conductos destinados al alcantarillado público de Barcelona, se pone de relieve la importancia que tiene el mantenimiento de esta infraestructura, ya que requiere de la instalación de elementos muy específicos y resistentes a la corrosión, debido a que está sometida a los cambios ambientales; está sujeta a cambios constantes y ha de garantizarse que los despliegues de redes de fibra óptica no comprometen la prestación del servicio principal de las alcantarillas para el desagüe de las aguas residuales y pluviales; para ello, se instalan tubos porta fibras y elementos de fijación y unión resistentes al cambio de las condiciones ambientales, siguiendo los trazados fijados por BCASA en base a las necesidades de los operadores y a los condicionantes técnicos, funcionales y de seguridad del sistema de alcantarillado.

Se concluye que la exposición de las redes de los operadores al ambiente adverso que sufre -o puede sufrir- la infraestructura de alcantarillado conlleva el rápido deterioro de las sujeciones, elementos de unión y demás infraestructuras asociadas, lo que justifica el empleo por parte de BCASA de materiales excepcionalmente resistentes, así como la necesidad de intensificar las actuaciones de mantenimiento preventivo y correctivo sobre dichas infraestructuras de red, además de sobre las instalaciones destinadas al alcantarillado; que la necesidad de BCASA de realizar este mantenimiento específico deviene de la presencia de redes de operadores en las infraestructuras de alcantarillado público, no siendo preciso realizar este mantenimiento en aquellas alcantarillas donde no existen infraestructuras de comunicaciones electrónicas, puesto que su objetivo es evitar que los elementos portantes de las redes puedan desprenderse y producir obturaciones e inundaciones, que afecten al servicio principal para el que están destinadas estas infraestructuras; que el mantenimiento necesario para la correcta conservación de las infraestructuras de telecomunicaciones desplegadas en el interior de la red de alcantarillado público que gestiona BCASA conlleva unos costes significativos, que están principalmente asociados a las numerosas intervenciones físicas requeridas y al uso de sistemas de información especializados de apoyo a la previsión y detección de fallos que puedan producirse; que tales costes de mantenimiento no son comparables a los asociados al tendido de redes en las infraestructuras sujetas a la oferta MARCO de Telefónica, que este operador está obligado a poner a disposición de los operadores, las cuales están específicamente diseñadas y construidas para acoger redes de comunicaciones electrónicas, por lo que no presentan un ambiente tan hostil que pueda ocasionar el deterioro prematuro de estas instalaciones. Por todo ello, se desestima la solicitud de GTD de revisar la cuota por mantenimiento pactada actualmente con BCASA, considerando que el precio medio cobrado en la actualidad a GTD -que se beneficia de un descuento por los metros de red desplegados y, por tanto, de un precio menor al fijado de media-, es proporcional a los costes incurridos por BCASA por el eficiente mantenimiento que efectúa sobre dichas infraestructuras y redes de operadores localizadas en ellas.

SEGUNDO: En su escrito de demanda expone GTD que, en su condición de Operador de telecomunicaciones, en el año 2006 suscribió con el Ayuntamiento de

Barcelona un convenio donde se regulan las condiciones técnicas y económicas de acceso a diversas infraestructuras y espacios públicos de titularidad municipal incluyendo la red de saneamiento, para la instalación y explotación de una red de fibra óptica neutra; en virtud de dicho convenio y por canalizaciones existentes en infraestructuras municipales, desde 2006 hasta hoy, GTD ha desarrollado en la ciudad de Barcelona una red de fibra óptica cuya extensión actual es de 72.975 metros y que da servicio a diferentes operadores de telecomunicaciones del tramo minorista; como contraprestación se estableció un canon por uso del alcantarillado de entre 2,82 y 3,09 euros metro lineal y año a favor del Ayuntamiento de Barcelona que se incrementaría anualmente en función del IPC y, por otra parte, unos precios de proyecto e instalación del cableado (pagaderos una única vez) y otros de mantenimiento de la instalación (no de la fibra) por importe de entre 2 y 2,78 euros anuales a percibir por la empresa municipal de aguas (entonces CLABSA y actualmente Barcelona Cicle de l'Aigua, S.A.-BCASA) también incrementados anualmente en función del IPC. Que tras las sucesivas actualizaciones del canon, GTD debe abonar actualmente la cantidad de 3,51 euros metro lineal y año, y adicionalmente en concepto de mantenimiento, aunque se consiguió rebajar el importe inicial, la cantidad actual a abonar es de 1,7824 euros metro lineal y año; que en su conjunto constituyen un gasto recurrente de 5,29 euros metro lineal y año que hace económicamente inviable su explotación, especialmente a la vista de los cambios experimentados en los últimos años en el mercado de las telecomunicaciones, con fusiones y agrupaciones de operadores y empresas, uso y abaratamiento progresivo de otras canalizaciones disponibles (Telefónica de España), permanente bajada de los precios al consumidor final, etc.; por ello, desde julio de 2013, viene solicitando al Ayuntamiento de Barcelona la adaptación de los precios y cánones, con el fin de adaptarlo a un mercado como el de las telecomunicaciones de alta velocidad que se encuentra en permanente evolución y constante abaratamiento de precios al consumidor final, lo que no se ha producido.

Razona la actora que la CNMC, además de hacer una interpretación restrictiva de la normativa nacional y europea, reconoce expresamente su competencia; que la presencia del párrafo 7 del art. 37 LGTel en nada perturba ni limita la competencia de la CNMC para resolver los conflictos que surjan entre Administraciones Públicas y Operadores en materia de condiciones económicas del acceso a infraestructuras públicas para el tendido de redes de telecomunicaciones que son de interés general, y ello con independencia de la naturaleza de la contraprestación económica de que se trate (convencional o de cualquier otro tipo), distinción que la Ley no hace. Que en el Informe emitido por el Director General de la Autoritat Catalana de Competència (ACCO), a solicitud de GTD, citado en la resolución recurrida, se establece de forma indubitada que la CNMC es la autoridad competente para resolver los problemas que puedan surgir en relación con las condiciones económicas fijadas para el acceso y uso de las infraestructuras de titularidad municipal, además de considerar razonable exigir que las condiciones económicas fijadas por el Ayto. de Barcelona se alineen lo máximo posible con condiciones de mercado como reclama la recurrente. Que en la resolución de la CNMC se reconoce que los cánones fijados entre 1999 y 2006 por el Ayto. de Barcelona para el uso de su red de alcantarillado público se encuentran fuera de los precios de mercado, al estar muy por encima de los que está obligada a ofrecer.

Telefónica por la ocupación de sus infraestructuras sujetas a la oferta MARCo, según lo establecido por la propia Comisión; sin embargo, la resolución pasa a resaltar la voluntad del Ayuntamiento de Barcelona de revisar los cánones y, en lugar de resolver el conflicto, como le impone el artículo 6 LCNMC y el artículo 37.6 LGTel, se limita a aconsejar al Ayuntamiento sobre los criterios que debe seguir a la hora de reducir los cánones que exige a los operadores, ofreciendo la posibilidad de consultar a la Comisión sobre la propuesta del precio razonable y equitativo que de forma transitoria debería aplicar a los operadores. Que, conforme con el artículo 4.7 del R.D. 330/2016 y el artículo 24.1 LRHL, el canon establecido convencionalmente por el Ayuntamiento de Barcelona debió ser revisado por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC con carácter vinculante para las partes, tal y como ya señalaba el Informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la propia CNMC de fecha 11 de Abril de 2019.

En relación con la contraprestación económica por mantenimiento de la red de alcantarillado público que GTD paga a BCASA, alega que, pese a lo expuesto en el Informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la propia CNMC de 11 de Abril de 2019, la Sala de Supervisión Regulatoria da un giro inesperado e injustificado en la Resolución recurrida para desestimar su solicitud, cuya estimación había propuesto su propia Dirección General sectorial y ello con el único argumento de que BCASA había presentado Alegaciones a dicho Informe en las que indicaba que sus costes de mantenimiento de la infraestructura eran muy cuantiosos en razón de la existencia en el alcantarillado de tendidos de fibra óptica, y ello sin someter dichas manifestaciones de parte a ningún tipo de crítica técnica.

Invoca la recurrente la Directiva 2014/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad; el ya citado artículo 37, apartados 6 y 8, de la Ley 9/2014; el Real Decreto 330/2016; el artículo 6 de la Ley 3/2013 y artículos 15 y 70.2 LGTel.

TERCERO: El Abogado del Estado se opone a los motivos de impugnación, alegando, en síntesis, que el apartado 7 del artículo 37 LGTel no somete a la competencia de la CNMC la resolución de conflictos sobre las compensaciones económicas que establezcan al respecto las AAPP en cualquier caso, por lo que estas compensaciones deberán establecerse por las propias AAPP según la normativa reguladora del tipo de ocupación y de la naturaleza de la infraestructura ocupada y la competencia para resolver sobre la cuantía de la infraestructura pública ocupada dependerá, en cada caso, de la naturaleza jurídica de la misma. Que, conforme con el artículo 70.2.d) LGTel, la CNMC es la competente para resolver el conflicto planteado por GTD, pero que su competencia sólo podrá ser ejercida en la medida en que la cuestión a resolver se encuentre dentro de las competencias que le atribuye el art. 37 LGTel que, en materia de contraprestaciones económicas, sólo alcanza a aquéllas que puedan quedar a la libre negociación de las partes (art. 37.6 LGTel). Entiende el Abogado del Estado que el apartado 7 del artículo 37 da un tratamiento especial a las Administraciones Públicas, como es el Ayuntamiento de

Barcelona; que lo que GTD abona al Ayto de Barcelona es un “canon de cesión de uso” de la red de alcantarillado para su red de telecomunicaciones, que se trata de una figura tributaria, no un precio o contraprestación por la prestación de servicios de naturaleza civil o mercantil objeto de un conflicto entre operadores; que el importe del canon concesional no puede quedar a la libre negociación entre las partes y tampoco la CNMC puede fijar su cuantía.

Se añade que tanto el apartado 8 como el apartado 11 del artículo 4 del Real Decreto 330/2016 se refieren específicamente a “precios”, esto es, a contraprestaciones de naturaleza privada, pero no a figuras de derecho público como los “cánones”. Y que e GTD se dedica a desplegar fibra óptica para y por encargo de los operadores de telecomunicaciones, que son los que prestan realmente los servicios de telecomunicaciones finales a los usuarios o ciudadanos de Barcelona, pero GTD no presta directamente dichos servicios finales, por lo que resulta incluso dudoso que se le pueda aplicar la limitación del artículo 24.1.c) LRL que invoca.

En relación con la cuota abonada a BCASA por mantenimiento del alcantarillado público, se alega que la CNMC no está vinculada por el anterior “informe interno” emitido por los servicios de la DTSA, pues tanto la Ley 39/2015 de procedimiento administrativo como la Ley 3/2013 de creación de la CNMC, establecen la plena capacidad del órgano decisor para resolver el conflicto planteado, y por tanto la no vinculación por los informes o por la propuesta de resolución del órgano de instrucción. Que la resolución recurrida motivó suficientemente su apartamiento de los criterios del informe interno de los servicios con base a la diferente naturaleza de las infraestructuras civiles de oferta MARCo de Telefónica y de la red pública de alcantarillado, que justifica una cuota superior a los precios de los servicios mayoristas de acceso y uso de las instalaciones de la Oferta MARCo de Telefónica.

CUARTO: La representación del Ayuntamiento de Barcelona se opuso al recurso, reiterando en lo esencial los argumentos de la Abogacía del Estado. Razona que cuando se trata de acceso a infraestructuras públicas es de aplicación el artículo 37.7 LGTel y corresponde a la administración pública el establecimiento de la contraprestación que proceda por el acceso a la infraestructura pública. Que la contraprestación que GTD abona al Ayuntamiento de Barcelona por el uso de la red de alcantarillado es un canon de cesión de uso de la red de alcantarillado para su red de telecomunicaciones por constituir dicho uso un aprovechamiento especial del dominio público que se debe regular por lo establecido en el artículo 24.1 TRLRHL, por lo que deben decaer las alegaciones que en este punto hace la demanda; en primer lugar porque el RD 330/2016, citado por la recurrente, se refiere a contraprestaciones que se califican como precios y tienen carácter privado, netamente diferenciado de los cánones, que son ingresos de derecho público; en segundo lugar porque la recurrente actúa por encargo de los operadores que son quienes realmente prestan los servicios de telecomunicaciones que entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 24.1.c) TRLRHL; además la recurrente no acredita en modo alguno que esté abonando la tasa establecida en el artículo 24.1.c) TRLRHL.

En cuanto al importe de la cuota abonada por la recurrente a BCASA en concepto de mantenimiento de la red de alcantarillado público, alega que en la resolución recurrida se motiva y fundamenta la desestimación de revisión por entender que los costes de mantenimiento de la infraestructura civil -oferta MARCO de Telefónica- y de la red de alcantarillado público son sustancialmente diferentes.

QUINTO: La representación procesal de BARCELONA CICLE DE L'AIGUA, S.A., se opone también al recurso, adhiriéndose a los argumentos del Abogado del Estado. Expone que la discusión sobre la competencia de la CNMC para dilucidar el conflicto no se dirige a BCASA, ya que esta sociedad constituye una empresa pública con personalidad jurídica propia que establece un precio (figura no tributaria), una contraprestación por la prestación del servicio de mantenimiento de la infraestructura en cuestión; BCASA, a pesar de ser creada por el Ayuntamiento de Barcelona y de su vinculación con este, no es una administración pública.

Que la contraprestación económica por mantenimiento de la red de alcantarillado público que la recurrente paga a BCASA está justificada; que BCASA repercute a los operadores de telecomunicaciones exclusivamente los costes necesarios para mantener el equilibrio económico de la actividad, y que resultan de la correcta conservación de la infraestructura de telecomunicaciones; ello en base a una actuación que contempla el mantenimiento preventivo de las instalaciones, el mantenimiento posterior a episodios lluviosos y, por último, el correctivo que garantiza la atención frente a diferentes incidencias. Que las circunstancias de mayor riesgo y ambiente hostil en alcantarillado junto con la necesidad de no comprometer la continuidad y prestación del servicio público de alcantarillado exigen adoptar medidas preventivas o correctoras a tal efecto, que implican la necesidad del pago de un "plus" o cuota superior, frente a los precios de los servicios mayoristas de acceso y uso de las instalaciones de la Oferta MARCO de Telefónica.

SEXTO: La resolución de la cuestión referente a la competencia de la CNMC para resolver el conflicto planteado por GTD pasa, en primer lugar, por determinar la naturaleza de la contraprestación abonada por la entidad recurrente al Ayuntamiento de Barcelona por la ocupación parcial de su infraestructura dedicada al alcantarillado público para el despliegue de su red de fibra óptica.

En el escrito de interposición del conflicto ante la CNMC, la representación de GTD se refería a dicha contraprestación como un "canon" de entre 2,82 y 3,09 euros metro lineal y año, que se incrementaría anualmente en función del IPC; en el mismo escrito se habla también de "tasa", citando el artículo 19 de la Ley de Tasas y Precios Públicos.

En el documento denominado "Acta Administrativa" suscrito entre el Ayuntamiento de Barcelona y Cable Runner Ibérica, SL, con presencia del Presidente del Consorcio LOCALRET, se establecen las condiciones técnicas, económicas y administrativas aplicables a la utilización por parte de Cable Runner

Ibérica de la infraestructuras e instalaciones de titularidad municipal para la construcción e instalación del conjunto de elementos que configuren la red de telecomunicaciones, para la prestación de los servicios para los que Cable Runner Iberica había obtenido licencia de la CMT.

En cuanto a las contraprestaciones económicas a favor del Ayuntamiento de Barcelona por la utilización de las infraestructuras descritas en el Acta por parte de Cable Runner Iberica, se establecía que serían en forma de “canon”, independientes y compatibles con cualquiera otra figura tributaria o precio público previsto legalmente.

El TRLRHL dispone en su artículo 3 que:

“1. Constituyen ingresos de derecho privado de las entidades locales los rendimientos o productos de cualquier naturaleza derivados de su patrimonio, así como las adquisiciones a título de herencia, legado o donación.

2. A estos efectos, se considerará patrimonio de las entidades locales el constituido por los bienes de su propiedad, así como por los derechos reales o personales, de que sean titulares, susceptibles de valoración económica, siempre que unos y otros no se hallen afectos al uso o servicio público.

*3. En ningún caso tendrán la consideración de ingresos de derecho privado los que procedan, por cualquier concepto, de los bienes de dominio público local.
(...)”*

No parece discutible que las infraestructuras a las que hace referencia la anterior “Acta Administrativa”, entre otras el alcantarillado, para cuya utilización se autoriza a la entidad recurrente para el despliegue de una red fija de telecomunicaciones electrónicas (fibra óptica), son bienes de dominio público local destinados al uso y servicio público. De manera que, tal como se dispone en el transcrito artículo 3.3 del TRLRHL, la contraprestación económica no merece la consideración de ingreso de derecho privado.

Establece el artículo 20 de la misma ley que, en todo caso, tendrán la consideración de tasas las prestaciones patrimoniales que establezcan las entidades locales por:

“A) La utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local. (...)”

Asimismo, el artículo 6 de la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos, en la redacción dada por la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, define “tasas” como *“los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público...”*

La naturaleza tributaria del canon establecido como contraprestación económica por el aprovechamiento especial del dominio público local, con independencia del *nomen iuris* empleado viene avalada por la doctrina del tribunal Constitucional -entre otras en sentencias 63/2003, de 27 marzo, Sentencia 273/2000, de 15 noviembre-.

Establecida la naturaleza tributaria del canon en cuestión, cabe recordar que el artículo 6.4 de la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, atribuye a la CNMC, entre otras funciones, la de resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 12.1.a) de la misma ley. Y este último precepto se refiere a los conflictos que le sean planteados por los operadores económicos en los siguientes casos:

“a) En los mercados de comunicaciones electrónicas, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los conflictos que se susciten en relación con las obligaciones existentes en virtud de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo, entre operadores o entre operadores y otras entidades que, de conformidad con lo establecido en la citada Ley, se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, de acuerdo con la definición que se da a los conceptos de acceso e interconexión en el Anexo II de dicha Ley. (...)”.

La referencia que el anterior precepto hace a la Ley 32/2003 ha de entenderse hecha a la vigente Ley 9/2014. Dicha Ley establece en su artículo 12.5 que *“... la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3. La decisión de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia será vinculante y se adoptará en el plazo indicado en la Ley 3/2013 de creación de dicha Comisión.”* Y, en el mismo sentido, en el artículo 15 se establece que la Comisión resolverá los conflictos que se susciten en relación con las obligaciones existentes en virtud de la presente Ley y su normativa de desarrollo entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, de acuerdo con la definición que se da a los conceptos de acceso e interconexión en el anexo II de la presente Ley.

Por su parte, el artículo 70.2 otorga a la Comisión, entre otras funciones, las de: *“d) Resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 15 de la presente Ley. En particular, le corresponderá resolver conflictos entre operadores relativos a la determinación de las condiciones concretas para la puesta en práctica de la obligación impuesta por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo de la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada, o de la ubicación compartida de infraestructuras y recursos asociados..., así como resolver conflictos sobre el acceso a infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas (...)”*, y *“g) Intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades*

que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, en los términos establecidos en el artículo 12 de la presente Ley y su normativa de desarrollo.”

Ninguno de los anteriores preceptos, hace referencia específica a conflictos entre operadores y administraciones públicas titulares de las infraestructuras utilizadas por los operadores.

Es el artículo 37 de la misma Ley 9/2014 el que regula el acceso a las infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas, imponiendo (apartado 1) a las administraciones públicas titulares de infraestructuras susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas la obligación de facilitar 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. El apartado 2 hace referencia a *“entidades o sociedades encargadas de la gestión de infraestructuras de transporte de competencia estatal, empresas y operadores de otros sectores distintos al de las comunicaciones electrónicas”*.

En el apartado 6 de dicho artículo, de manera general se dispone que *“las partes negociarán libremente los acuerdos del acceso a que se refiere este artículo y sus condiciones, incluidas las contraprestaciones económicas”*, y prevé que pueda plantearse un conflicto sobre el acceso y sus condiciones ante la CNMC, que deberá dictar resolución vinculante.

Sin embargo, cuando los titulares de las infraestructuras sean administraciones públicas -como es el caso que nos ocupa- el apartado 7 dispone que dichas administraciones *“tendrán derecho a establecer las compensaciones económicas que correspondan por el uso que de ellas se haga por parte de los operadores”*.

Entiende el tribunal, en consecuencia, que el supuesto enjuiciado no es el previsto en el citado apartado 6, sino el contemplado en el apartado 7, y la contraprestación económica establecida por el aprovechamiento especial del dominio público local no es un precio de derecho privado, sino de naturaleza tributaria.

El RD 330/2016, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, que desarrolla los artículos 35 a 38 de la Ley 9/2014, tras incluir entre los sujetos obligados a las administraciones públicas titulares de infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas [artículo 3.5 d)], regula en su artículo 4 el *“acceso a infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad”*.

En el apartado 3 de dicho artículo 4 se establece, con carácter general, 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 obligados, éste estará obligado a atender y negociar dicha solicitud de 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.

Por su parte, el apartado 8 dispone que cualquiera de las partes podrá plantear el conflicto ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia cuando se deniegue el acceso o cuando transcurrido el plazo de dos meses mencionado en el apartado 7, no se llegue a un acuerdo sobre las condiciones en las que debe producirse el mismo, incluidos los precios, sin perjuicio del posible sometimiento de la cuestión ante los tribunales. Añadiendo el apartado 9 que, en caso de conflicto relativo al precio de acceso, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia fijará dicho precio de manera que el suministrador del acceso tenga oportunidad de recuperar sus costes de manera justa, (...).

El apartado 10 hace referencia al conflicto relacionado con el acceso a la infraestructura física de un operador de redes públicas de comunicaciones electrónicas, atribuyendo a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el deber de resolver el conflicto y fijar los precios.

No estamos en el presente supuesto, como ya se ha dicho ante un conflicto entre operadores por el acceso a la infraestructura física de un operador de redes públicas de comunicaciones electrónicas, por tanto, estas normas, invocadas por la actora no avalan en forma alguna su pretensión.

SÉPTIMO: En la demanda se razona sobre la inadecuación, por excesiva, de la contraprestación económica por mantenimiento de la red de alcantarillado público que GTD paga a BCASA, en lo términos ya expuestos. Sin embargo, en el suplico de la demanda la única pretensión que se deduce es que, *“revocando dicha Resolución, se condene a la CNMC a admitir y estimar la solicitud de GTD Cableado de Redes Inteligentes, S.L.U contra el Ayuntamiento de Barcelona en relación con su negativa a revisar los cánones por ocupación y mantenimiento de su infraestructura de alcantarillado público, fijando los precios máximos que conforme al mercado, puede este fijar por dichos conceptos”*.

Ninguna pretensión se deduce respecto de la contraprestación económica por mantenimiento de la red de alcantarillado público que GTD paga a BCASA.

En todo caso, en la resolución impugnada se justifican ampliamente las razones por las que se acogen las alegaciones de la entidad BCASA y el contenido de los informes aportados, en relación con los criterios expuestos al respecto en el Informe DTSA, tomando en consideración las específicas circunstancias concurrentes, que determinan actuaciones de mantenimiento de la red de alcantarillado con presencia de redes de operadores en las infraestructuras de alcantarillado público, que no son

necesarias en aquellas alcantarillas donde no existen infraestructuras de comunicaciones electrónicas. Y tampoco son comparables los costes del mantenimiento necesario para la correcta conservación de las infraestructuras de telecomunicaciones desplegadas en el interior de la red de alcantarillado público con los costes asociados al tendido de redes en las infraestructuras sujetas a la oferta MARCo de Telefónica, las cuales están específicamente diseñadas y construidas para acoger redes de comunicaciones electrónicas.

La resolución recurrida no adolece de falta de motivación, sino que, por el contrario, justifica cumplidamente las razones por las que se aparta del criterio del informe interno de los servicios de la Comisión. Que en ningún caso es vinculante.

OCTAVO: A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA, tomando en consideración las circunstancias concurrentes, entre ellas la resolución de la Autoridad Catalana de la Competencia que indica a la recurrente que es la CNMC el órgano competente para resolver la cuestión planteada, entiende el tribunal que no procede la condena en costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora **D^a. María Dolores Uroz Moreno**, en nombre y representación de la entidad **GTD CABLEADO DE REDES INTELIGENTES S.L.U**, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, de fecha 10 de octubre de 2019, a la que la demanda se contrae, la cual confirmamos.

Sin hacer condena en costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.

