Roj: **SAN 4661/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:4661**

Id Cendoj: **28079230012017100638**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **25/10/2017**
Nº de Recurso: **1087/2015**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**
Ponente: **MARIA LUZ LOURDES SANZ CALVO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0001087 / 2015

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **02301/2015**

Demandante: **TELEVISIÓN DE GIRONA S.L**

Procurador: **VICTORIA PÉREZ MULET-DIÁZ PICAZO**

Demandado: **COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA**

Codemandado: INDALECCIUS BROADCASTING SRL

DRAEVISIÓN S.L

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: **Dª. LOURDES SANZ CALVO**

S E N T E N C I A Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

Dª. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

Dª. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a veinticinco de octubre de dos mil diecisiete.

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo número **1087/2015** interpuesto por **TELEVISIÓN DE GIRONA S.L.** representada por la Procuradora Sra. Pérez-Mulet Díaz-Picazo, contra la resolución de 10 de febrero de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC); han sido parte en autos, la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado y como codemandadas las entidades Indaleccius Broadcasting S.L. y Dracvisió S.L, representadas por los Procuradores Sres. Sorribes Calle y Briones Méndez, respectivamente.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso Contencioso-administrativo ante esta Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional y turnado a la Sección 8ª, se remitió posteriormente a esta Sección 1ª. Siendo admitido a trámite por esta Sección, se reclamó el expediente administrativo y una vez recibido, se emplazó a la actora para que formalizara la demanda, lo que así se hizo en escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho qué consideró oportunos, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que se declare contraria a Derecho y se anule la resolución recurrida, declarando la continuidad de la empresa Tradia Telecom S.A. en la gestión de dicho múltiple digital y para la prestación del servicio soporte del servicio de difusión de televisión digital terrestre.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho qué consideró aplicables, postuló una sentencia desestimatoria de las pretensiones de la actora.

TERCERO.- Po r la codemandada Indaleccius Broadcasting S.L., en el trámite de contestación a la demanda se presentó escrito, en el que se solicitaba se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto, con imposición de costas.

CUARTO.- Por la también codemandada Dracvisió S.L., en igual trámite de contestación a la demanda, presentó escrito solicitando la desestimación del recurso interpuesto por Televisión de Girona S.L., con los pronunciamientos inherentes a tal decisión.

QUINTO.- Re cibido el recurso a prueba, practicada la documental admitida, y evacuado el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 10 de octubre de 2017 en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dª. LOURDES SANZ CALVO.

FU NDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo por la entidad Televisión de Girona S.L., la resolución de 10 de febrero de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), que estima parcialmente la solicitud de Dracvisió S.L., en virtud de la cual formulaba conflicto en relación con la elección del gestor del múltiple digital 39 de la demarcación de Girona (TL03GI) y del prestador del servicio de difusión de televisión digital terrestre (TDT) local. La CNMC resuelve dicho conflicto, en el sentido de instar a todos los miembros del citado múltiple digital 39 a que, en defecto de acuerdo, acuerden la gestión del múltiple digital con Indaleccius Broadcasting S.L., en los términos indicados en su oferta, de conformidad con lo indicado en el Fundamento cuarto de dicha resolución.

La actora sustenta su pretensión impugnatoria en los siguientes motivos: a) Falta de competencia de la CNMC para conocer la petición de intervención que formula Dracvisió S.L; b) Ilegalidad de la resolución recurrida, porque la intervención del órgano regulador hubiera requerido como cuestión previa que las entidades titulares de programas digitales dentro de dicho múltiple hubiesen intentado al menos aprobar de común acuerdo el cambio de gestor del múltiplex; c) La CNMC realiza una comparativa de las ofertas de Tradia e Indaleccius que parte de la base de idoneidad del emplazamiento propuesto por esta última entidad, afirmación que es profundamente errónea y que conduce también a la errónea decisión de que debe ser Indaleccius y no Tradia la gestora del referido canal múltiple y d) en último lugar se incide en otros elementos de comparación que realiza la CNMC de las ofertas de Indalecius y Tradia.

SEGUNDO.- Co mo antecedentes fácticos de interés cabe señalar los siguientes:

A).- El canal múltiple 39 con referencia TL03GI, en la demarcación de Girona, está distribuido en 4 programas, siendo los prestadores del servicio de televisión digital local en dicho canal múltiple 39:

El Consorcio de Televisión Digital de Girona, constituido por los Ayuntamientos de Girona, Salt, Cassá de la Selva, Llagostera, Sarria de Ter, Bescanó y Canet d'Adri, programa 1.

El Consorcio de Televisión Digital de Banyoles-Porqueres, constituido por los Ayuntamientos de Banyoles y Porqueres, programa 2.

Dracvisió S.L., programa 3.

Televisión de Girona, programa 4.

B).- El servicio soporte del servicio de difusión TDT en la citada demarcación de Girona correspondiente al múltiple digital 39 (TL03GI) era prestado desde el 22 de diciembre de 2008 por Tradia (Abertis), ahora Cellnex.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

C.- Con fecha 11 de diciembre de 2013 se celebró una reunión en la Biblioteca Municipal de Banyoles a la que asistieron: un apoderado de Televisión de Girona, los Alcaldes-Presidentes de los Ayuntamientos de Banyoles y Porqueras (los miembros del Consorcio Banyoles-Porqueres), el administrador único de Dracvisió S.L, y otras personas de soporte técnico y jurídico y el Secretario del Ayuntamiento de Banyoles, sin que se convocara al Consorcio de Televisión Digital de Girona, al haber acordado su disolución el pleno de los Ayuntamientos que formaban parte del mismo. En dicha reunión se acordó por mayoría de los asistentes (Consorcio de Banyoles y Dracvisió S.L programas 2 y 3 del múltiple) contratar la asistencia técnica (ubicación, mantenimiento e instalaciones de equipos) a Indaleccius Broadcasting y efectos del día 24 de diciembre de 2013. Televisión de Girona (programa 4) votó en contra de dicha decisión y a favor de Tradia.

D).- Posteriormente, el 20 de diciembre de 2013, se emite un informe jurídico por el Secretario del Ayuntamiento de Banyoles, que actuó como Secretario de la reunión celebrada el 11 de diciembre de 2013, que tras hacer referencia a dos correos electrónicos recibidos de la Dirección General de Medios de Comunicación de la Generalidad, concluía que debía dejarse sin efecto el contenido del acta de la reunión de 11 de diciembre de 2013 por no ajustarse a la realidad por un triple motivo: a) la falta de quórum de la votación por unanimidad o consenso; b) la falta de un proyecto técnico autorizado por la Administración competente y c) por no haber convocado a la reunión de 11 de diciembre al Consorcio de Televisión Digital de Girona.

E).- Dracvisió S.L. presentó un escrito que tuvo su entrada en la CNMC en fecha 18 de febrero de 2014 en el que hacia referencia a la reunión celebrada el 11 de diciembre de 2013 en el Ayuntamiento de Banyoles en la que se acordó por mayoría de los asistentes contratar los servicios del gestor del mux y prestador del servicio del canal múltiple 39 a Indaleccius Broadcasting y al posterior escrito del Secretario del Ayuntamiento de Banyoles. Asimismo señalaba que el 23 de enero de 2014 Indaleccius había presentado ante la Dirección General de Telecomunicaciones de la Generalidad de Catalunya el proyecto técnico de una estación de TDT en el paraje Rocacorba para la gestión del canal múltiple 39 y que no tenía constancia de que el proyecto hubiese sido remitido al Ministerio de Industria, Energía y Turismo para su aprobación. Retraso que le podría causar grave perjuicio, dado que hasta que el proyecto no fuese aprobado no se podrá emitir con Indaleccius y tendría que seguir emitiendo con Tradia. Añade, que ante su negativa a satisfacer los precios exigidos por Tradia, esta operadora había cortado su señal el 13 de febrero de 2014 a las 9 h después de amenazarle con dicho corte mediante correo electrónico de fecha 11 de febrero 2014.

Por ello Dracivisió solicitaba la intervención de la CNMC en virtud de las competencias que le atribuye el artículo 48.3 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones , para que pusiera fin al conflicto y adoptase la medida cautelar consistente en que la totalidad de los programas operativos del múltiple digital pudiesen emitir a través de Indaleccius Broadcasting según el acuerdo adoptado en fecha 11 de diciembre de 2013, o en su defecto, que se remitiese escrito a Tradia para que repusiera señal a Dracvisión hasta la resolución de sus discrepancia.

F).- Solicitud a la que recayó la resolución de 10 de febrero de 2015 aquí impugnada.

TERCERO.- Si guiendo el orden expuesto en la demanda se va a examinar, en primer lugar, la invocada falta de competencia de la CNMC ya que la petición de intervención de la CNMC que formula Dracvisió no responde a las competencias de dicho Organismo. Reconoce la actora que el artículo 48.4.d) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones atribuye competencia a la entonces CMT para la resolución de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de uso compartido de infraestructura, supuesto que si incluiría la compartición del canal múltiple y que el artículo 12.1.a) de la LCNMC también le atribuye dicha competencia, por lo que no discute su competencia para resolver conflictos que se susciten en relación a la gestión del múltiple digital por parte de los prestadores de servicios audiovisuales que comparten el mismo.

Sin embargo, aduce, que lo que Dracvisió solicitó en su escrito de 18 de febrero de 2014 no es que resolviera un conflicto en relación con la gestión del múltiple digital por parte de los prestadores de servicios audiovisuales que comparten el mismo, sino un conflicto existente entre dicha sociedad y la Generalidad para lo que la CMT en su momento y ahora la CNMC no disponen de competencias. Y si lo que solicitó Dracvisió en su escrito fue que se agilizara la aprobación del proyecto técnico y el organismo regulador resuelve pronunciándose sobre una cuestión diferente, como es quien debe gestionar el múltiple, se ha vulnerado el artículo 89.1 LRJPAC.

Motivo que debe ser rechazado por cuanto una lectura del escrito de Dracvisió permite colegir que en el mismo además de la cuestión a que hace referencia la actora se ponía de manifiesto la voluntad de dicha entidad de suscitar un conflicto en relación con la gestión del múltiple digital 39.

Así, en el encabezamiento del escrito esta entidad señala con claridad que se dirige a la CNMC " *para exponerle la problemática que ha surgido en relación con la gestión del canal 39 (...) y para solicitarle su intervención rápida y urgente en este asunto, en virtud de las competencias que le atribuye el artículo 48.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones* ".

Lógicamente el interés de dicha entidad era que se confirmara el gestor del múltiple por el que ella había votado, razón por la cual consideraba de vital importancia que la Generalidad remitiera el proyecto presentado por esta entidad al Ministerio de Industria, Energía y Turismo para su aprobación.

En definitiva, el escrito de Dracvisió, como así se ha reconocido por la propia entidad, planteaba un conflicto en materia de gestión del múltiple digital, para el que la CNMC si tiene competencia, conforme al citado artículo 48.4 de la LGT de 2003 y el artículo 12.1.a) de la Ley 3/2013 , (cuestión ésta no discutida de contrario), siendo ese el procedimiento tramitado por la CNMC.

CUARTO.- Ad uce la actora, en segundo lugar, que la resolución hubiera sido igualmente ilegal incluso en el caso de que la petición de Dracvisio hubiera sido para que la CNMC interviniera en la resolución del conflicto entre los operadores integrantes del múltiplex para la elección de su gestor, porque no se cumplió el requisito de que las entidades titulares de programas digitales dentro de dicho múltiple hubiesen intentado al menos, con carácter previo a la intervención de la CNMC, aprobar de común acuerdo el cambio de gestor del múltiplex, tal como prescribe la Disposición Adicional tercera.2 del RD 439/2004 y el art 2.2.a) de la Orden ITC/2212/2007. Y en este caso, ese intento de acuerdo no se produjo pues la reunión del 11 de diciembre 2013 en la que supuestamente se habría acordado el cambio de gestor del múltiple digital 39 de la demarcación de Girona, no es acorde a la normativa aplicable y a la doctrina sentada en otras ocasiones por la CMT (antecesora del organismo demandado) por: a) falta de convocatoria previa, b) ausencia de autorización del proyecto técnico para el traslado del centro emisor que propone Indalecius Broadcasting y, c) inasistencia ausencia del Consorcio de Televisión Digital de Girona, uno de los integrantes del múltiple, por lo que se trata de un acuerdo ilegal.

En lo relativo a la gestión del múltiple digital, la Disposición adicional tercera del Real Decreto 439/2004, de 12 de marzo , por el que se aprueba el Plan Técnico de Televisión Digital Terrestre, que trata sobre la "Titularidad y gestión conjunta del canal múltiple" dispone en su apartado 2, que: *"Las entidades que accedan a al aprovechamiento de programas dentro de un mismo canal múltiple de televisión digital, sin perjuicio del derecho exclusivo a su explotación, establecerán de* ***común acuerdo*** *entre si la mejor gestión de todo lo que afecta al canal múltiple en su conjunto o las reglas para esa finalidad"*.

Posteriormente, la Orden ITC/2212/2007, por la que se establecen las obligaciones y requisitos para los gestores de múltiples digitales de la televisión digital terrestre y por la que se crea y regula el registro de parámetros de información de los servicios de televisión digital terrestre, viene también a seguir el criterio de común o mutuo acuerdo para la gestión del múltiple.

Así, su artículo 2, que versa sobre la "Gestión del múltiple digital de televisión digital terrestre", establece en el apartado 2, que la actividad de gestor del múltiple digital podrá ejercerse:

"a) En todo caso, por operadores de redes y servicios de telecomunicaciones eléctricas inscritos en el Registro de Operadores dependientes de la Comisión del Mercad de las Telecomunicaciones, ***previo acuerdo libremente adoptado*** *entre éstos y las personas físicas o jurídicas q dispongan del título habilitante para la prestación del servicio de televisión digital terrestre y que hayan obtenido el derecho de uso del dominio público radioeléctrico correspondiente de la Admón. General del Estado de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 42 de la Orden del Ministerio de Fomento de 9 de marzo de 2000 por la que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones , en lo relativo al dominio público radioeléctrico"*.

(...)

c) *En el supuesto de que existan distintos titulares de derechos de uso de dominio público radioeléctrico dentro de un mismo múltiple digital y cuando no se haya acordado el ejercicio de la actividad por uno de los operadores a que se hace referencia en el apartado a) anterior, dichos titulares podrán establecer de* ***mutuo acuerdo*** *la fórmula para la gestión del múltiple bien mediante la constitución de una persona jurídica u otra alternativa pero en todo caso sin ánimo de lucro y en régimen de autoprestación de conformidad con el art 6.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones ".*

Previamente en el mismo artículo 2, apartado 1, se define al gestor del múltiple digital a los efectos de la citada Orden, como: " *la entidad encargada de la organización y coordinación técnica y administrativa de los servicios y medios técnicos, ya sean compartidos entre distintas entidades habilitadas o de titularidad exclusiva de una sola de ellas, que deban ser utilizados para la adecuada explotación de los canales digitales que integran dicho múltiple digital"*.

Es decir, la normativa obliga a los concesionarios a ponerse de acuerdo en lo que respecta a la gestión del múltiple y en consecuencia a nombrar de común acuerdo al gestor del múltiple digital. La Orden citada recoge dos opciones para el ejercicio de la actividad del gestor del múltiple, para el supuesto de que existan

distintos titulares de derechos de uso del dominio público radioeléctrico dentro de un mismo múltiple digital: Autoprestación del servicio y prestación por un operador de comunicaciones electrónicas, siendo esta opción la que aquí nos interesa.

Sin embargo, la normativa no prevé las reglas para la adopción de tales acuerdos en el seno de cada múltiple, ni para resolver los conflictos que se puedan producir ante la falta de unanimidad para elegir al gestor del múltiple, habiendo señalado la CMT (antecesora de la CNMC) que en defecto de acuerdo, la regla para elegir el gestor del múltiple debe ser la de la mayoría, y no la de la unanimidad de los concesionarios, pues la unanimidad supondría otorgar un derecho de veto absoluto y permanente a cualquier socio.

Sentado lo anterior, se van a analizar las razones por las que considera la actora que la reunión celebrada el 11 de diciembre de 2013 en la que se decidió contratar con Indaleccius Broadcasting, no es acorde con la normativa aplicable ni con la doctrina sentada por la CMT.

Alega, en primer lugar, la ausencia de convocatoria de la citada reunión de 11 de diciembre de 2013, que impedía que con una antelación mínima de una semana, los diferentes operadores del servicio de televisión digital local integrantes del múltiplex pudieran conocer y analizar las diferentes ofertas presentadas para gestionar dicho múltiplex, contraviniendo la doctrina establecida por la CMT para estos supuestos, circunstancia que, según la actora, llevaría a considerar ilegal dicha reunión y el acuerdo en ella adoptado.

Pues bien, según el acta levantada por el Secretario del Ayuntamiento de Banyoles, la reunión tenía por objeto decidir si se continuaba con el servicio de Tradia (que venía prestando el servicio soporte del servicio de difusión de TDT en la demarcación territorial de Girona correspondiente al múltiple digital 39 desde el 22 de diciembre de 2008) o si, por el contrario, a partir del día 24 de diciembre de 2013 se pasaba a recibir la asistencia técnica (ubicación, mantenimiento e instalación de equipos) de Indaleccius. A tal fin se analizaron las ventajas e inconvenientes, técnicos y económicos, y se acordó por mayoría de los asistentes (Consorcio de Banyoles-Porqueres y Dracvisión- programas 2 y 3 del múltiple) contratar los servicios como operador de red a Indaleccius. Televisión de Girona (programa 4 del múltiple) votó en contra de esa decisión y a favor de Tradia.

Señala la resolución impugnada -página 21- que si bien el acta no hace referencia al servicio soporte de TDT ni a la gestión del múltiple, de la documentación obrante en el expediente (oferta presentada por Indaleccius, oferta presentada por Tradia y especificación de los servicios que se venían prestando a los concesionarios que emiten en el múltiple digital 39) se desprende que el objeto de la reunión era decidir quien sería el encargado de la prestación de ambos servicios.

Es decir se ha constatado que en dicha reunión, a la que asistieron también personas de soporte técnico y jurídico según consta en el acta, se produjo un intenso debate sobre las ventajas e inconvenientes de las dos ofertas (Tradia e Indaleccius), lo que implica que se disponía de las mismas y su conocimiento previo por los asistentes, sin que nada se objetara sobre dicha cuestión por la recurrente, que no invocó ni falta de información, ni necesidad de más tiempo para examinar las ofertas etc. Por tanto, a la vista de las circunstancias expuestas, no cabe apreciar la generación de ningún tipo de indefensión material a Televisión de Girona S.L.

En segundo lugar, con amparo en el informe jurídico del Secretario del Ayuntamiento de Banyoles de 20 de diciembre de 2013, se alega que para que se diera la voluntad de los integrantes del canal múltiple de trasladar el centro emisor del servicio de televisión digital local, tal y como postulaba Indaleccius, sería necesario tramitar un nuevo proyecto técnico o, para el caso de que se quisiera modificar alguna de las características técnicas autorizadas, una modificación de proyecto técnico ante la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información. Sin embargo, cuando se celebró la reunión de 11 de diciembre de 2013 faltaba el proyecto técnico autorizado por la Administración competente.

No invoca la actora norma o resolución alguna de la antigua CMT o de la actual CNMC que ampare la exigencia de que el proyecto técnico tenga que estar aprobado por la autoridad competente al momento de la designación del gestor del múltiplex por los concesionarios del servicio de televisión digital terrestre. En vista de lo cual y considerando lógico y razonable el criterio sostenido por la resolución recurrida respecto a que lo fundamental es que cuando comiencen las emisiones en el nuevo emplazamiento este reúna los requisitos técnicos y legales establecidos para su fin, sin que ello incida en el principio de transparencia invocado en la demanda, procede rechazar dicho motivo.

En tercer lugar y también con base en el citado informe del Secretario del Ayuntamiento de Banyoles de 20 de diciembre de 2013, se aduce que procede dejar sin efecto el acuerdo adoptado en la reunión de 11 de diciembre de 2013 al no haberse citado para dicha reunión al Consorcio de Televisión Digital de Girona que en esa fecha no se encontraba disuelto.

Es un hecho incuestionado que el citado Consorcio no fue citado a dicha reunión, recogiéndose en el acta de la misma que se hallaba disuelto y liquidado.

De la documentación obrante en el expediente y de la prueba documental practicada en vía jurisdiccional, se ha constatado que el citado Consorcio se constituyó formalmente el 4 de mayo de 2007 con el objetivo de la gestión, en régimen de concesión administrativa, de la prestación unificada del servicio de televisión digital local en los municipios incluidos en la demarcación territorial de Girona, conforme al Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Local del programa núm. 1 del canal múltiple 39, con referencia TLO3GI. Se dispuso que el Ayuntamiento de Girona fuese su sede y se comunicó a la Dirección General de Administración Local de la Generalidad de Cataluña a los efectos de su inscripción en el Registro de Entidades Locales de Cataluña.

Vista su inactividad ya que no había emitido nunca a través del canal 1 del múltiple digital, canal que no llegó a gestionar por la inviabilidad económica de promover la prestación de televisión digital local en calidad de concesionarios, mediante acuerdo del Pleno del Consorcio en la sesión celebrada el día 28 de mayo de 2013, se dispuso su disolución, fundamentada en la dificultad material de cumplir con sus objetivos y se adoptó de común acuerdo entre las entidades consorciadas, declarando la innecesariedad de promover su liquidación por falta de ningún tipo de bien, derecho o deudas del Consorcio, de ninguna aportación efectuada por las entidades que lo integran y la inexistencia de ninguna obligación contraída por terceros.

Dicho acuerdo de disolución se remitió a los Ayuntamientos que lo integraban para su ratificación y sometimiento a información pública. Los Plenos de los Ayuntamientos de Girona, Salt, Cassá de la Selva, Llagostera, Sarria de Ter, Bescanó y Canet d'Adri, ratificaron el acuerdo de disolución durante los meses de junio y julio de 2013 y lo sometieron a información pública por el plazo de 30 días a través de anuncios en el BOP, DOGC y tablón de edictos de los Ayuntamientos, indicándose expresamente que caso de no formularse alegaciones se consideraría aprobado con carácter definitivo sin necesidad de ningún otro acuerdo, no presentándose alegaciones, por lo que el acuerdo de disolución devino definitivo.

No obstante lo cual, a raíz del informe jurídico de 20 de diciembre de 2013 del Secretario del Ayuntamiento de Banyoles, se tuvo conocimiento que no se había remitido comunicación relativa a la disolución del Consorcio y no figuraba de baja en el Registro de Entidades Locales de Cataluña, baja que se efectuó con posterioridad.

Por esa razón señala la resolución recurrida que en la fecha de la reunión de 11 de diciembre de 2013 el Consorcio de Televisión Digital de Girona gozaba de personalidad jurídica y debería haber sido citado a la reunión, pero afirma que " *este defecto en la convocatoria no tiene incidencia práctica en la discrepancia habida entre los concesionarios o en la resolución del presente conflicto puesto que el Consorci Teledigital de Girona posteriormente se ha disuelto definitivamente, sin que en la actualidad disponga de personalidad jurídica, tal y como se desprende del Registre d'Ens Locals de Catalunya, que se puede consultar vía web, donde este consorcio ya no consta como tal. Por ello, aunque si se tratase de un concesionario activo tendría que volver a repetirse la votación, en el presente caso ello no tiene sentido alguno pues el Consorci Teledigital de Girona no podría votar, por lo que no podría influir en el resultado de la votación*".

Consideración que combate la recurrente con el argumento de que aunque se liquide el ente de cooperación, en este caso el Consorcio, ello no significa que los municipios integrantes del mismo que son a la postre los habilitados para prestar el servicio de televisión digital terrestre dejen de tener habilitación para la prestación del servicio de televisión digital terrestre. Por lo que, no habiendo constancia de que los Ayuntamientos que lo integraban hayan renunciado a prestar este servicio de televisión digital local y nada impide que liquidado el Consorcio de Televisión digital de Girona los Ayuntamientos que lo componían no constituyeran otro ente asociativo, debería haberse convocado nueva reunión citando a los municipios integrados en dicho Consorcio para que pudieran comparecer en la misma mediante el ente asociativo que decidieran.

Alegación que debe ser rechazada ya que la persona jurídica concesionaria del servicio de televisión en el canal múltiple 39, era el Consorcio de Televisión digital de Girona, a quien se otorgó por la SETSI el título habilitante para el uso del dominio público radioeléctrico, por lo que una vez extinguido el Consorcio ninguna obligación había de llamar a los Ayuntamientos que lo componían. Ayuntamientos que, por otro lado, no han manifestado nada en ese sentido, ni tampoco respecto a su falta de citación a la reunión de 11 de diciembre de 2013, lo que se explica porque en esa fecha el Consorcio, que no había emitido en ningún momento a través del programa 1, se hallaba materialmente, aunque no formalmente, disuelto.

Estas circunstancias específicas, junto con los motivos que llevaron a acordar la disolución del Consorcio y con el hecho de que poco tiempo después fue formalmente disuelto, no pueden ser obviadas y deben ser tomadas en consideración a la hora de valorar la incidencia de su no citación a dicha reunión, omisión a la que, por las especiales circunstancias concurrentes, no cabe atribuir las consecuencias pretendidas por la actora.

Por otro lado, además, según lo manifestado por los demás interesados en vía administrativa, en la actualidad seguirían votando en el mismo sentido, por lo el resultado de la votación seguiría siendo de 2 a 1 (Dracvisio y el Consorci Banyoles-Porqueres frente a Televisió de Giriona) favorable a Indaleccius, igual que el 11 de diciembre de 2013.

Hubo por tanto acuerdo para elegir a Indaleccius como gestor del múltiple, sin perjuicio de que una vez suscitado el conflicto la CNMC haya procedido a valorar las dos ofertas presentadas acordando cual de las dos es la mejor, y ello, debido a las consideraciones efectuadas en la resolución recurrida sobre la validez del voto emitido por el Consorcio de Banyoles-Porqueres (voto sobre el que nada objetaba el informe jurídico del Secretario del Ayuntamiento de Banyoles), y que frente a lo alegado por la actora no afecta en la intervención de la CNMC que es competente, como ya se ha dicho, para resolver un conflicto en relación con la gestión del múltiple digital como el que nos ocupa.

QUINTO.- En cuanto a la comparativa de las ofertas de Tradia e Indaleccius realizadas por la CNMC alega que se parte de la base de la idoneidad del emplazamiento para dicho centro propuesto por Indaleccius, la cima de Rocacorba. Así señala, que la cima de Rocacorba donde Tradia e Indaleccius tienen sus emisores esta ordenada desde la perspectiva urbanística por las Normas Subsidiarias de Planeamiento del municipio de Canet d'Adri, aprobadas por la Comisión Territorial de Urbanismo de Girona el 10 de marzo de 1990 y objeto de refundición el 15 de febrero de 2007 y el Grupo Abertis y Tradia en su actividad de prestador de servicios portadores de los servicios de difusión operan con la red de telecomunicaciones procedente de Retevisión, y su centro emisor en la cima de Rocacorba ha sido legitimado por la disposición transitoria quinta de las Normas Subsidiarias del Planeamiento de Canet d'Ardi. Por el contrario, las instalaciones con que contaba Indaleccius en el referido emplazamiento quedan según las NNSS fuera de ordenación no pudiéndose hacer en las mismas más que obras de reparación y conservación, según lo dispuesto en el artículo 108.2 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña , aprobado mediante Decreto Legislativo 2/2010. Sin embargo, Indaleccius realizó en dichas instalaciones una obra nueva consistente en la construcción de un nuevo mástil de telecomunicaciones e instalaciones anejas que excedían de esa consideración de obras de reparación y conservación, por lo que se le requirió por la Alcaldía de Canet d'Adri mediante Decreto de 3 de octubre 2014 para que procediera a la restauración de la realidad física alterada en el término de un mes mediante el desmontaje del mástil de telecomunicaciones e instalaciones construidas.

Es cierto que existe una resolución de la Alcaldía de Canet d'Adri que afecta a la actividad a desarrollar por Indaleccius como gestor del múltiplex, habiendo sido recurrida ante la jurisdicción contencioso administrativa (Rec. 326/2014 del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 3 de Girona), desconociéndose si ha recaído sentencia en dicho asunto.

Esa circunstancia, no ha sido obviada por la resolución recurrida, que señala:

" *En el supuestode que una vez recibida la aprobación del proyecto técnico por parte del Minetur, la infraestructura de Indaleccius haya sido legalizada, los miembros del múltiple, en coordinación con Tradia e Indaleccius deberán planificar la migración de la señal de los concesionarios al nuevo gestor del múltiple para que todo esté listo en el momento en que este último tenga la autorización ara difundir la señal del múltiple digital*".

Pero también contempla la alternativa contraria y continúa:

" *En caso contrario, esto es, si cuando se reciba la aprobación del proyecto del Minetur, la infraestructura de Indaleccius no hubiera sido legalizada de conformidad con la normativa urbanística aplicable, Televisió de Girona no estará obligada a migrar su señal al centro de Indaleccius ni a firmar el contrato con dicho prestador de servicios.*

En este escenario, Indaleccius tendría que ubicar su centro emisor e infraestructuras en otro emplazamiento y presentar otra oferta técnica y económica a los concesionarios del canal múltiple 39. Esta Comisión no se puede pronunciar sobre esa nueva propuesta dado que los aspectos técnicos y económicos podrían variar respecto de la evaluada en el presente conflicto.

Por ello, si se produce ese escenario, se entiende que Tradia seguiría emitiendo a los concesionarios del múltiple 39 de la demarcación de Girona y se deja a la negociación de dichos concesionarios la valoración de las opciones disponibles (...)".

Es decir, la CNMC ha considerado que la mejor oferta era la de Indaleccius y que esa oferta no se veía empañada en ese momento por una resolución de la Alcaldía de Canet d'Adri de resultado finalmente incierto y que podía resultar contraria a la unidad de mercado. Ello sin perjuicio de que, si finalmente la infraestructura de Indaleccius no es legalizada deba esta entidad presentar otra oferta a los concesionarios del canal múltiple 39, siendo que mientras tanto, es el otro operador, Tradia, quien ha de seguir prestando sus servicios, a quien,

como pone de relieve el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, no se le irroga ningún tipo de perjuicios por esta circunstancia.

Alega la actora, que con dicho proceder la CNMC desconoce el contenido del artículo 57 de la Ley 30/1992 que señala que los actos administrativos se presumirán válidos y, en este caso la resolución municipal en cuestión no ha sido suspendida en sede jurisdiccional y despliega mientras tanto todos sus efectos, por lo que considera que la infraestructura de Indaleccius es ilegal.

Sin embargo, debe señalarse que en el presente procedimiento no nos corresponde enjuiciar la legalidad de la citada decisión municipal sino de la resolución de la CNMC, y como está llega a colegir que " *si cuando se reciba la aprobación del proyecto del Minetur, la infraestructura de Indaleccius no hubiera sido legalizada de conformidad con la normativa urbanística aplicable, Televisió de Girona no estará obligada a migrar su señal al centro de Indaleccius (...)* debe rechazarse la pretensión de la actora, máxime cuando caso de que finalmente dicha infraestructura no resultara legalizada, Tradia seguiría prestando sus servicios.

SEXTO.- Por último, se refiere la actora a los otros elementos de comparación, que realiza la resolución recurrida de las ofertas de Indaleccius y Tradia, y a tal fin viene a reiterar lo manifestado en las alegaciones presentadas en su momento al organismo regulador.

Reitera en este sentido que la oferta presentada por Indaleccius se basa en el conocimiento previo de los precios ofertados por Tradia, toda vez que el administrador de Dracvisió y el de Indaleccius son la misma persona, lo que ha llevado a viciar la confección de la oferta de Indaleccius. Es cierto que Dracvisió ha reconocido que forma parte de Indaleccius, reseñando la resolución recurrida que en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORM) de 26 de diciembre de 2013 se publicó el cambio de administrador de Indaleccius, dejando de ser administrador el administrador de Dracvisió siendo nombrada otra persona, añadiendo la CNMC que como indicó el Consejo de la CMT mediante resolución de 14 de julio de 2011 " *no existe en la normativa ningún impedimento a que la empresa encargada de la gestión del múltiple digital sea una empresa en participación de uno de los licenciatarios",* sin perjuicio de que caso de que Televisión de Girona considerara que sufre comportamientos desleales o prácticas que perjudican la prestación de su servicio, podría denunciarlo ante la Comisión.

De otro lado, además de no resultar acreditado que la oferta de Indaleccius se base en el conocimiento previo de la de Tradia, no deja de resultar llamativa la invocación de dicho motivo por Televisión de Girona, cuando la afectada sería en todo caso Tradia que no ha recurrido dicha resolución.

Reitera, además que en la prestación del servicio la CNMC no está valorando el precio del transporte de la señala desde los estudios de Televisión de Girona hasta el centro emisor, que la oferta de Tradia incluía en el precio del servicio que ofrece un centro de atención al cliente en caso de incidencias 24x7, realizando la supervisión remota de los equipos que no ofrece Indaleccius, que Indaleccius debería incorporar a su oferta los costes de interconexión con el centro de Televisión de Girona para garantizar la distribución de la señal del múltiple al resto de emplazamiento de extensión del servicio, que el cambio de centro y condiciones de emisión pueden provocar las pérdidas de señal en los reemisores de la demarcación correspondientes a la extensión de cobertura dentro de los proyectos del Encendido y Conecta de la Generalidad etc.

Alegaciones todas a las que la resolución recurrida da respuesta, siendo cosa distinta que no le satisfaga a la actora. Por lo demás, no se ha propuesto prueba pericial que sustente las manifestaciones efectuadas por la actora, y desvirtúen las consideraciones efectuadas por la CNMC, que, como pone de relieve el Abogado del Estado, ha actuado como árbitro, decidiendo cual de las dos ofertas presentadas era la mejor.

Así, la resolución recurrida, tras determinar que las características de emisión de ambos centros son equiparables, entiende que la propuesta efectuada por Indaleccius de 900 € por mes es más económica que la presentada por Tradia de 1.100 € mes, y por ende la mejor, razón por la cual determina que los miembros del múltiple digital 39 acuerden la gestión del mismo con el primer operador.

En consecuencia, el recurso contencioso administrativo interpuesto debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- La desestimación del recurso conlleva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción , la imposición de costas a la parte demandante.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **TELEVISIÓN DE GIRONA S.L.** representada por la Procuradora Sra. Pérez-Mulet Díaz-Picazo, contra la resolución de 10 de febrero de 2015

de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC); con imposición de costas a la parte demandante.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante el Tribunal Supremo que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **no** tificación; 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 que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a.

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ