

**RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO ENTRE GESTIÓN DE
INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS DE TELECOMUNICACIONES DEL
PRINCIPADO DE ASTURIAS Y TELECABLE RELATIVO AL SERVICIO DE
INSERCIÓN DE LA SEÑAL DE TELEVISIÓN EN RADIOFRECUENCIA QUE
SE PRESTA A TELECABLE A TRAVÉS DE LA RED PÚBLICA ASTURCON**

CFT/DTSA/030/17/GIT vs. TELECABLE

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros:

D. Benigno Valdés Díaz
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala:

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 19 de abril de 2018

Vistas las actuaciones practicadas en el expediente con nº CFT/DTSA/030/17, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Escrito de interposición de conflicto de GIT

El 7 de julio 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias, S.A. (GIT) en virtud del cual interponía un conflicto frente a Telecable de Asturias, S.A.U. (Telecable) relativo al servicio de inserción de la señal de televisión en radiofrecuencia (TV RF) que GIT presta a Telecable a través de la Red Astur de Comunicaciones Ópticas Neutras (red Asturcon¹).

¹ La red Asturcon es una red de acceso de fibra óptica hasta el hogar (FTTH) con tecnología GPON que fue desplegada por el Gobierno del Principado de Asturias en una serie de localidades asturianas donde no era previsible que interviniera la iniciativa privada para el despliegue de redes de banda ancha. La red Asturcon está gestionada por la empresa pública GIT, poniéndose a disposición de los operadores prestadores de servicios de telecomunicaciones, con el objetivo de que a partir de la misma puedan ofrecer servicios minoristas a los usuarios finales.

SEGUNDO.- Comunicación del inicio del procedimiento y requerimiento de información

Mediante escritos de 28 de julio de 2017 se comunicó a GIT y Telecable el inicio del presente conflicto, requiriéndose asimismo de Telecable que aportara determinada información adicional, necesaria para la resolución del mismo.

TERCERO.- Información adicional aportada por Telecable

Mediante escrito de 5 de septiembre de 2017, Telecable aportó la información requerida por la CNMC en el acto de inicio del procedimiento, efectuando este operador asimismo una serie de observaciones en relación con el conflicto interpuesto por GIT.

CUARTO.- Requerimientos de información a GIT y Telecable

En fecha 8 de septiembre de 2017, se requirió de GIT y Telecable determinada información adicional, necesaria para la tramitación y resolución del procedimiento.

QUINTO.- Contestación de Telecable y GIT al requerimiento de información de la CNMC

Mediante escrito de 18 de septiembre de 2017, Telecable aportó la información requerida por la CNMC. Mediante escrito de 5 de octubre de 2017, GIT aportó asimismo la documentación solicitada por la CNMC en su requerimiento de información.

SEXTO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito de fecha 5 de octubre de 2017, se procedió a declarar como confidenciales determinados elementos contenidos en el escrito de GIT precitado, por contener información que podría afectar al secreto comercial e industrial de este operador.

SÉPTIMO.- Trámite de audiencia y alegaciones de los interesados

El 27 de noviembre de 2017, y de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), se notificó a GIT y Telecable el informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA), emitido en el trámite de audiencia, otorgándoles el debido plazo para que efectuaran sus alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

Telecable y GIT presentaron sus alegaciones al informe de audiencia en fechas 11 y 26 de diciembre de 2017, respectivamente. En fecha 4 de enero de 2018,

GIT presentó un segundo escrito, por el que complementaba la información inicialmente aportada en trámite de audiencia.

OCTAVO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito de fecha 8 de enero de 2018, se procedió a declarar como confidenciales determinados elementos contenidos en los escritos de alegaciones de GIT mencionados en el antecedente de hecho anterior, por contener información que podría afectar al secreto comercial e industrial de este operador.

NOVENO.- Requerimiento de información a GIT

En fecha 15 de enero de 2018, se requirió de GIT determinada información adicional, necesaria para la tramitación y resolución del procedimiento.

Mediante escrito de 30 de enero de 2018, GIT aportó la información requerida por la CNMC.

DÉCIMO.- Complemento de alegaciones de GIT

En fecha 19 de febrero de 2018, GIT presentó un escrito, en virtud del cual manifestaba que había detectado algunas inconsistencias en la información puesta a disposición de la CNMC durante la instrucción del procedimiento, resultando por consiguiente conveniente poner la documentación aportada en contexto y aclarar las posibles dudas que pudieran suscitarse.

UNDÉCIMO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito de fecha 20 de febrero de 2018, se procedió a declarar como confidenciales determinados elementos contenidos en el escrito de GIT de fecha 19 de febrero de 2018, por contener información que podría afectar al secreto comercial e industrial de este operador.

DUODÉCIMO.- Segundo trámite de audiencia y alegaciones de los interesados

El 5 de marzo de 2018, se notificó a GIT y Telecable un segundo informe de la DTSA, emitido en el trámite de audiencia, otorgándoles el debido plazo para que efectuaran sus alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

Telecable presentó sus alegaciones al segundo informe de audiencia en fecha 13 de marzo de 2018. Por su parte, GIT no presentó observaciones al segundo trámite de audiencia, en el plazo de diez días conferido a tal efecto.

DÉCIMO TERCERO.- Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC) y del artículo 14.2.i) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Competencia de la CNMC ha emitido informe sin observaciones.

A los anteriores Antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes,

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

En su escrito de interposición del conflicto, GIT señala que esta entidad gestiona el despliegue, la operación y el mantenimiento de la red Asturcon, operativa desde abril de 2007.

Telecable hace uso de los distintos servicios mayoristas provistos a partir de la red Asturcon, incluyendo (desde octubre de 2007) el servicio de inserción de la señal de TV en RF. A través de dicho servicio, Telecable dispone de una oferta de televisión para sus usuarios (conectados mediante la red Asturcon).

Según GIT, la relación de acceso entre GIT y Telecable se estructura a través de un documento marco denominado ARPA (Acceso a la Red Pública Asturcon)². El documento marco ARPA recoge las obligaciones que cada una de las partes debe asumir, así como las contraprestaciones económicas que Telecable (o cualquier otro operador) ha de abonar por el uso de los servicios de la red Asturcon.

GIT señala que Telecable ha venido satisfaciendo de manera pacífica, desde la emisión de la primera factura en febrero de 2008, las cuotas correspondientes a todos los servicios prestados sobre la red Asturcon, excepto las cuotas relativas al servicio de inserción de la señal de TV en RF (cuota de alta, cuotas mensuales). A junio de 2017, las cantidades adeudadas por Telecable ascenderían a **CONFIDENCIAL** [3].

GIT solicita por consiguiente la intervención de la CNMC en la resolución del conflicto planteado en relación con la provisión del servicio de inserción de la señal de TV en RF a Telecable.

En concreto, GIT solicita que la CNMC *“declare procedente el abono del concepto facturable [inserción de la señal de TV en RF] por resultar conforme a la normativa de telecomunicaciones aplicable”*. Asimismo, GIT solicita que la

² El documento ARPA se configura como el documento de referencia en el que se establecen las condiciones de los servicios prestados por el GIT y a partir del cual se estructura la relación comercial de acceso a la red Asturcon entre GIT y cualquier otro operador de comunicaciones electrónicas (sea Telecable o un operador tercero).

³ **CONFIDENCIAL** [].

CNMC declare que *“procede el abono de estas cantidades al no existir impedimento legal o más concretamente regulatorio alguno al respecto”*.

SEGUNDO.- Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial.

Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), este organismo *“supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas”*, correspondiéndole a estos efectos *“realizar las funciones atribuidas por la [Ley General de Telecomunicaciones], y su normativa de desarrollo”*.

Según el artículo 15.1 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), *“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 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”*.

En similares términos, el artículo 70.2.d) de la referida Ley señala que corresponde a la CNMC *“resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 15 de la presente Ley”*, en línea con lo ya previsto por los artículos 6.4 y 12.1.a) 1º de la LCNMC en materia de resolución de los conflictos de acceso, interconexión e interoperabilidad.

Por último, según el artículo 12.5 de la LGTel, *“[...] 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”*.

Por ello, de conformidad con los preceptos citados y atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y el artículo 14.1.b) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el órgano decisorio competente para la resolución del presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Contexto en el que se enmarca el conflicto

GIT solicita que la CNMC declare procedente el abono de las cantidades que – según GIT– Telecable adeuda a esta entidad por la prestación del servicio de inserción de la señal de TV en RF, y que Telecable no habría satisfecho desde el inicio de la provisión del mismo en octubre de 2007⁴.

En sus escritos de alegaciones, Telecable cuestiona la validez del documento marco ARPA (Acceso a la Red Pública Asturcon) como instrumento jurídico regulador de las relaciones comerciales entre GIT y los operadores de comunicaciones electrónicas que hacen uso de la red neutra Asturcon. Según Telecable, el documento marco ARPA se limitaría a reflejar las condiciones generales que GIT ofrece a los operadores interesados en el acceso a la red Asturcon para la prestación de servicios minoristas a sus usuarios finales, constituyendo por consiguiente un documento de mera naturaleza informativa, sin trascendencia jurídica.

Telecable pone asimismo de manifiesto que **CONFIDENCIAL []**.

Por otra parte, Telecable señala que uno de los conceptos supuestamente facturables por GIT (la cuota de alta) no resultaría en ningún caso exigible, puesto que Telecable habría procedido a interconectar su red con los nodos primarios de la red Asturcon a través de sus propios medios. No existiría en consecuencia una inversión diferencial por parte de GIT que justificara el abono de una cuota de alta específica para el servicio de inserción de la señal de TV en RF.

Por último, según Telecable, el abono de las cantidades reclamadas por GIT podría resultar contrario a los principios de neutralidad tecnológica y no discriminación, habida cuenta de que GIT no estaría exigiendo una contraprestación económica equivalente al resto de operadores de comunicaciones electrónicas que, a través de la red Asturcon, ofrecen servicios de televisión de pago mediante tecnología IP.

SEGUNDO.- Marco regulatorio aplicable a la intervención de la CNMC

La jurisdicción contencioso-administrativa ha tenido la oportunidad de pronunciarse en repetidas ocasiones acerca de los límites a la intervención del regulador sectorial en controversias como la presente –aspecto relevante, dadas las cuestiones que se debaten por los interesados–.

⁴ Según GIT, la primera factura fue en todo caso remitida a Telecable en febrero de 2008.

En su sentencia de 28 de junio de 2011⁵, el Tribunal Supremo rechazó la competencia de la autoridad nacional de reglamentación para instar al pago de las penalizaciones contenidas en los contratos que vinculaban al operador con poder significativo de mercado (PSM) con otros operadores. Como recoge la citada sentencia, *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no es competente para pronunciarse, al resolver los conflictos de acceso, sobre las consecuencias meramente patrimoniales de [los incumplimientos por parte del operador con poder significativo de mercado de los términos preestablecidos en una oferta de referencia]. Y entre ellas se encuentran precisamente las penalizaciones pactadas que no son, a la postre, sino una modalidad de desembolso económico que un operador habrá de hacer a favor de otro por causa de sus incumplimientos contractuales, dolosos o culposos”*.

Para el Tribunal Supremo, la función del organismo regulador en lo relativo a la provisión de servicios de comunicaciones electrónicas, en tanto servicios de interés general, *“no es la de componedor de los intereses privados en conflicto”*. Por tanto, según el Tribunal Supremo, no es función del regulador *“ordenar que uno de los operadores pague al otro la compensación por los retrasos ya producidos: su función de vigilar porque el acceso sea facilitado de modo efectivo se corresponde con la adopción de las medidas ejecutorias a su alcance, sin que para ello sea necesario pronunciarse sobre el abono de las cantidades debidas a causa de los retrasos ya consumados”*.

En su sentencia de 10 de noviembre de 2016⁶, el Tribunal Supremo fue llamado a pronunciarse sobre un asunto en el que se ventilaba, entre otras cuestiones, si la actuación unilateral de un operador, conforme a la cual había procedido al impago de determinadas cantidades a otro operador a cuenta de créditos que tenía a su favor (esto es, efectuando una compensación de deudas), resultaba conforme con la regulación sectorial.

En relación con la cuestión del impago por compensación de deudas, el Tribunal Supremo concluyó que éste era un aspecto puramente mercantil, que no

⁵ Recurso de casación núm. 5732/2008. En dicho asunto, fue objeto de recurso la Resolución de 29 de septiembre de 2005 sobre el conflicto de acceso entre Jazz Telecom y Telefónica, en relación con el cumplimiento de plazos de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA). El Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas instancias en términos casi idénticos a los expuestos en la sentencia referenciada, ver por ejemplo sentencias de 29 de junio de 2011 (rec. cas. 2349/2009); 6 de julio de 2011 (rec. cas. 145/2009); 14 de noviembre de 2011 (rec. cas. 618/2009); 24 de abril de 2012 (rec. cas. 2666/2009); 18 de enero de 2013 (rec. cas. 6446/2010); 15 de noviembre de 2013 (rec. cas. 5878/2010).

⁶ Recurso de casación núm. 229/2014. En dicho asunto, fue objeto de recurso la Resolución de 28 de julio de 2011 relativa al conflicto de interconexión presentado por Least Cost Routing Telecom frente a Telefónica de España y Telefónica Móviles España, como consecuencia de la retención de los pagos de interconexión efectuada por estos operadores en relación con el tráfico originado en roaming en España y con destino a números de tarificación adicional 80Y asignados a LCR (RO 2010/2491).

afectaba sino de manera accesoria a las relaciones de interconexión entre operadores (las cuales deberían constituir el eje de la intervención regulatoria).

En concreto, según señala el Tribunal Supremo en su sentencia:

“[...] en cuanto a los aspectos económicos, conviene hacer ciertas precisiones. La Comisión debe, sin duda, determinar el comportamiento de los diversos agentes, y le corresponde asimismo conocer y sancionar, en su caso, la negativa a reconocer o cumplir las condiciones económicas a los acuerdos de interconexión, como lo sería la negativa o rechazo a reconocer o asumir sus obligaciones económicas o la disputa de cuáles fuesen tales obligaciones, que están revisadas y en ocasiones directamente determinadas por la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

[...]

Puede asimismo valorar -y, en su caso, sancionar- el rechazo de las obligaciones económicas derivadas de los acuerdos recíprocos y de las obligaciones de interconexión así como el incumplimiento grave o generalizado de dichas obligaciones económicas, pues ello supondría poner en riesgo el adecuado funcionamiento del sistema.

Y puede también, y esto es de gran relevancia, determinar quién debe finalmente, de acuerdo con los acuerdos de interconexión aplicables, afrontar los impagos consecuencia de un fraude. Pero no, en cambio, enjuiciar la legalidad de una actuación meramente civil o mercantil como una compensación unilateral de créditos.

Tanto si la Comisión entiende que los impagos producidos en el concreto supuesto de fraude corresponde afrontarlos a Telefónica de España, como si aprecia lo contrario, las consecuencias de la actuación unilateral de la citada mercantil son meramente patrimoniales, y deben ser dilucidadas, en caso de desacuerdo entre las partes afectadas, por la jurisdicción civil. Pues no puede afirmarse que dicha compensación unilateral de créditos afecte de manera relevante o ponga en riesgo unas relaciones de interconexión entre las operadoras involucradas cuya regulación y obligaciones derivadas de la misma no han sido cuestionadas por las compañías litigantes”.

Por último, en su sentencia de 23 de marzo de 2017⁷, el Tribunal Supremo confirmó las facultades que asistían al regulador para considerar que la modificación unilateral de un Acuerdo General de Interconexión (AGI) por parte del operador declarado con PSM era un acto que podía resultar contrario a la normativa sectorial, independientemente de que el objeto de dicha modificación

⁷ Recurso de casación núm. 2420/2014. En dicho asunto, fue objeto de recurso la Resolución de 2 de junio de 2011 por la que se resuelve el conflicto de interconexión presentado por Peopletel, en relación con la modificación del AGI y la imposición de precios unilateral y retroactivamente por parte de Telefónica de España, en el servicio de tránsito con origen internacional y destino a numeración 902 (RO 2010/904).

unilateral fuera incluir una tipología de llamadas que no estaban debidamente contempladas en el AGI, lo que ocasionaba un perjuicio al operador con PSM.

En dicha sentencia, el Tribunal Supremo concluyó que *“el deslinde de la actuación del regulador no se resuelve con la simple enumeración de las competencias del mismo, [...], pues de lo que se trata es precisamente, de verificar si la actuación de una mercantil en sus relaciones con otra se mantiene en el plano privado o cae bajo las competencias del regulador. Y para ello es preciso examinar la concreta naturaleza de la actuación empresarial en cuestión, sin que resulte suficiente la invocación de dichas competencias”*.

A la luz de esta jurisprudencia, puede deducirse que la CNMC resulta competente para pronunciarse sobre la posible negativa de un operador a reconocer o cumplir con las condiciones económicas acordadas en un acuerdo de acceso o interconexión⁸, en particular cuando las condiciones que rigen dichos acuerdos han sido directamente determinadas por el regulador sectorial en el ejercicio de sus competencias, o han sido revisadas por el mismo.

La CNMC no puede, sin embargo, entrar a valorar la legalidad de una actuación meramente civil o mercantil, cuando las consecuencias de dicha actuación son puramente patrimoniales y no afectan al correcto funcionamiento del mercado o al modo en que las partes se relacionan en un entorno regulado. Tal y como señala el Tribunal Supremo, en estos casos las controversias que se puedan suscitar entre las partes deberán ser solventadas por la jurisdicción civil.

TERCERO.- Valoración de las cuestiones planteadas

En el presente procedimiento, GIT solicita de la CNMC que:

- (i) declare que resulta procedente la consideración del servicio de inserción de la señal de TV en RF como concepto facturable;
- (ii) declare asimismo que GIT puede exigir de Telecable el abono de las cantidades adeudadas por la provisión del citado servicio.

En relación con esta solicitud, como se ha mencionado, Telecable señala que:

- (i) el documento marco ARPA no es un instrumento jurídico susceptible de generar derechos y obligaciones entre las partes, al tener un carácter meramente informativo;
- (ii) **CONFIDENCIAL []**;
- (iii) no cabe exigir el pago de una contraprestación económica por un servicio de acceso a una determinada modalidad de televisión (inserción de la señal de TV en RF) cuando sin embargo GIT no está reclamando cantidad alguna a los operadores que prestan servicios de

⁸ Por ejemplo, cuando el contenido preciso de tales obligaciones sea objeto de disputa entre las partes.

televisión mediante tecnología IP. Según Telecable, no cabe exigirle ningún pago por el servicio prestado, en virtud de los principios de neutralidad tecnológica y no discriminación.

Como se desprende de la jurisprudencia reseñada en el epígrafe anterior, la CNMC resulta competente para pronunciarse sobre la posible negativa de un operador a cumplir con las condiciones técnicas o económicas acordadas en un acuerdo de acceso o interconexión. La CNMC no puede sin embargo entrar a valorar aspectos que en última instancia tienen un carácter puramente privado (*inter-partes*) o patrimonial, y donde no entran en juego aspectos esenciales que afecten al interés general, como podría ser salvaguardar el correcto funcionamiento del mercado.

Hechas estas consideraciones, se procede a valorar las cuestiones puestas de manifiesto por GIT y Telecable en el seno del presente conflicto.

III.1.1 Sobre el documento marco ARPA

Como se ha indicado, Telecable cuestiona que el documento marco de Acceso a la Red Pública Asturcon (ARPA) tenga un carácter verdaderamente vinculante. Según Telecable, el citado documento simplemente reflejaría las condiciones generales de acceso a la red neutra Asturcon, a título meramente informativo.

En relación con esta cuestión, procede recordar que **CONFIDENCIAL []**.

En lo que se refiere al contenido del documento marco ARPA, en la versión de este documento remitida por GIT (versión 3.0.3) se señala en la Introducción que *“[e]l presente documento, denominado “Acceso a la Red Pública ASTURCÓN” o simplemente “ARPA”, constituye la obligada referencia para las relaciones entre el GIT y los Operadores, y su contenido enumera y detalla el catálogo de servicios puestos a disposición de estos últimos, sus condiciones de prestación, y los procedimientos administrativos de soporte a los procesos de Provisión, Aseguramiento y Facturación que les permite ofrecer sus servicios utilizando la Red ASTURCÓN”*. La versión del documento marco ARPA puesta a disposición de esta Sala por Telecable (versión 2.0) contiene la misma previsión, formulada en términos idénticos.

Por otra parte, Telecable ha venido contratando a partir del año 2007 el conjunto de servicios contemplados en el documento marco ARPA, y ha procedido al abono de las contraprestaciones por la provisión de dichos servicios mayoristas conforme al precario allí fijado (con la excepción del servicio de inserción de la señal de TV en RF). Al mejor entender de esta Sala, y con la excepción ya mencionada del servicio de TV en RF, Telecable en ningún momento ha cuestionado la procedencia del resto de los conceptos facturables recogidos en el documento marco ARPA, o las cantidades económicas allí contempladas (y que han dado lugar al giro de las correspondientes facturas por GIT por la

prestación de los demás servicios a Telecable).

Dado lo que antecede, no se aprecian razones por las cuales el documento marco ARPA no pueda constituir la base para analizar la controversia suscitada por las partes en el seno del presente procedimiento, toda vez que la mayoría de los servicios prestados por GIT a Telecable se han facturado estos años, y se facturan actualmente, en base a este documento.

A estos efectos, el citado documento marco ARPA contempla expresamente las características y modalidades técnicas bajo las que se prestará a un operador (en este caso, Telecable) el servicio de inserción de la señal de TV en RF, e incluye expresamente como concepto facturable la “*inserción de la señal de TV en RF*”, detallándose el precio que deberá satisfacerse por el mismo en concepto de cuota de alta (120.000 euros) y cuota mensual (2.200 euros/mes).

III.1.2 Sobre el abono de las cantidades supuestamente adeudadas por Telecable desde el año 2007

GIT solicita de la CNMC que declare que este agente puede exigir de Telecable el abono de las cantidades supuestamente adeudadas por la provisión del servicio de inserción de la señal de TV en RF desde el año 2007.

Por su parte, Telecable considera que el pago de las cantidades reclamadas por GIT no resulta procedente, habida cuenta de que **CONFIDENCIAL []**.

En relación con estos hechos, procede señalar que –tal y como pone de manifiesto la jurisprudencia analizada en epígrafes anteriores- la CNMC no resulta competente para pronunciarse (en un sentido o en otro) sobre la procedencia del pago de las cantidades supuestamente adeudadas en el pasado por Telecable por el servicio de inserción de la señal de TV en RF, así como sobre las posibles excepciones al pago invocadas por este operador, al tratarse de cuestiones de índole puramente privada.

La conveniencia de que estas cuestiones sean objeto de valoración por la jurisdicción civil, y no por el regulador sectorial, se ve reforzada por el hecho de que los instrumentos jurídicos que rigen el acceso a la red pública Asturcon, incluyendo los precios, han sido fijados por GIT (y no por el regulador sectorial en el ejercicio de sus competencias).

III.1.3 Sobre la pretendida vulneración de los principios de neutralidad tecnológica y no discriminación

III.1.3.1 Sobre la aplicación de los principios de neutralidad tecnológica y no discriminación al presente conflicto

En su escrito de alegaciones al inicio del procedimiento, Telecable postula que la exigencia a este operador de una contraprestación económica de 2.200

euros/mes por la prestación del servicio de inserción de la señal de TV en RF podría resultar discriminatoria y ser contraria al principio de neutralidad tecnológica, habida cuenta de que GIT no estaría exigiendo ningún pago a los operadores que ofrecen servicios de televisión a sus clientes finales mediante tecnología IP. En su último escrito de alegaciones, Telecable insiste en la vulneración de los principios de neutralidad tecnológica y no discriminación debido a que los demás operadores no pagan este servicio.

En relación con las cuestiones puestas de manifiesto por Telecable, el principio de neutralidad tecnológica requiere que la intervención pública privilegie en la medida de lo posible las soluciones que, satisfaciendo las mismas necesidades, no condicionen la tecnología que ha de ser utilizada para prestar los servicios objeto de consideración⁹. El principio de no discriminación exige por su parte la aplicación a un operador de condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a las que se aplican a otros operadores que prestan servicios equivalentes (y que prestan estos servicios sobre la base de la mismas condiciones técnicas)¹⁰. A este respecto, en la Introducción del documento marco ARPA se señala que la red Asturcon *“tiene más de 56.000 puntos serviables y se pone a disposición de todos los Operadores prestatarios de servicios finales [...], que deseen utilizarla en condiciones de igualdad, competencia y no discriminación para ofrecer sus servicios de telecomunicación a sus clientes [...].”*

Los principios de neutralidad tecnológica y no discriminación se configuran por consiguiente como dos ejes fundamentales que deben guiar la intervención pública en el sector de las comunicaciones electrónicas. A modo de ejemplo, en su Decisión de 14 de diciembre de 2009 en el asunto N323/2009 – *Banda ancha en las zonas rurales de Asturias*¹¹, la Comisión Europea concluyó que la concesión de ayudas e incentivos a la inversión de operadores de telecomunicaciones en el Principado de Asturias resultaba compatible con la normativa contenida en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en materia de ayudas de estado, puesto que las medidas planteadas respetaban el principio de neutralidad tecnológica¹² y el acceso mayorista se ofertaba de manera abierta y no discriminatoria.

Estos mismos principios (neutralidad tecnológica, no discriminación) están

⁹ Ver por ejemplo el artículo 3.h) de la LGTel, conforme al cual uno de los objetivos y principios de la Ley consiste en *“fomentar, en la medida de lo posible, la neutralidad tecnológica en la regulación”*.

¹⁰ Ver por ejemplo el artículo 3.c) de la LGTel, que postula el fomento del acceso en condiciones de igualdad y de no discriminación, como un objetivo de la Ley, y el artículo 14.1.b) de la LGTel, en lo relativo a la imposición de obligaciones específicas aplicables a los operadores con poder significativo en mercados de referencia.

¹¹ Disponible en

http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N323_2009

¹² En concreto, las medidas propuestas no favorecían a ninguna plataforma de red en particular y permitían que fueran los operadores comerciales quienes presentaran las soluciones tecnológicas más apropiadas para prestar servicios de banda ancha a los usuarios finales.

asimismo contemplados en las Directrices de la Comisión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha¹³, y resultan instrumentales en la ejecución de una política de telecomunicaciones de red abierta por parte de los organismos y empresas de titularidad pública, los cuales en principio deben garantizar su cumplimiento estricto. La exigencia de no discriminación constituye asimismo una piedra angular del acceso mayorista que han de garantizar sobre sus redes e infraestructuras subvencionadas los operadores gestores de estas infraestructuras, de conformidad con el Reglamento de exención por categorías¹⁴.

Hechas estas consideraciones, procede señalar que -como se desprende de la información que figura en el expediente- los operadores prestadores del servicio de televisión de pago en tecnología IP no están efectivamente obligados a abonar a GIT una contraprestación económica específica por la provisión de servicios mayoristas vinculados a su oferta de televisión minorista.

En efecto, según consta en el documento marco ARPA (Anexo IV), el servicio de acceso a la red Asturcon en su modalidad estándar incluye el servicio de conectividad IP con velocidad máxima de acceso de hasta 100 Mb/s, e incluye la posibilidad de contratar de forma independiente o conjunta los siguientes tráfico: (i) tráfico *Best Effort* (orientado al acceso a Internet); (ii) tráfico *Real Time* (orientado al tráfico VoIP); (iii) tráfico multicast (orientado al tráfico de TV sobre IP y video bajo demanda).

En todos los casos, y con independencia del tipo de tráfico contratado¹⁵, el precio de acceso es idéntico, consistiendo en el pago de una cuota de alta por acceso de 35€, y una cuota recurrente de 16€/mes¹⁶. Estas cuotas son asimismo abonadas por Telecable por la provisión de los servicios de conectividad básicos (sin caudal garantizado) que tiene contratados con GIT.

La documentación adicional aportada por GIT corrobora por otra parte que **CONFIDENCIAL** [¹⁷].

Dado lo que antecede, y desde la perspectiva de la normativa sectorial de telecomunicaciones y los intereses públicos por los que esta Sala debe velar,

¹³ DOUE C25/1 de 26 de enero de 2013.

¹⁴ Artículo 52.5 del Reglamento (UE) No 651/2014 de la Comisión de 17 de junio de 2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (DOUE L187/1).

¹⁵ La oferta de precios contenida en el documento marco ARPA es a este respecto diferente de la oferta regulada de acceso al servicio NEBA de Telefónica, donde el precio de la cuota mensual es distinto dependiendo de la calidad del tráfico contratada (*Best Effort*, Oro, *Real Time*).

¹⁶ El propio Anexo IV del documento marco ARPA, en la especificación de este servicio, señala que "el servicio de acceso estándar incluye cualquiera de los servicios de Conectividad IP estándar con velocidad de hasta 100 Mb/s, el servicio de Telefonía POTS y el servicio de difusión de TV RF".

¹⁷ **CONFIDENCIAL** [].

corresponde a GIT justificar que existen circunstancias particulares (tales como la necesidad de acometer y recuperar inversiones específicas, hechas en su momento y actualmente, para el desarrollo y/o mantenimiento de la red y para la prestación actual del servicio) conforme a las cuales la aplicación de condiciones económicas diferenciadas a Telecable¹⁸ frente al resto de operadores que ofrecen servicios de TV mediante tecnología IP resulta proporcionada. Tal y como detallaba el primer informe de audiencia remitido por la DTSA a los interesados, resulta evidente que la prestación de un servicio mayorista diferenciado que exija la asunción de unos costes adicionales justificaría la percepción de una contraprestación razonable.

III.1.3.2 Sobre la documentación aportada por GIT relativa a la existencia de inversiones específicas para la provisión del servicio de inserción de la señal de TV en RF

En las alegaciones formuladas en el trámite de audiencia así como en la documentación remitida con posterioridad, GIT ha aportado una serie de elementos que permiten valorar la procedencia de las cantidades económicas contempladas en el documento marco ARPA por la prestación del servicio de inserción de la señal de TV en RF.

A estos efectos, en primer lugar, GIT aporta una descripción del funcionamiento del servicio de inserción de la señal de TV en RF así como una serie de diagramas y fotografías donde pueden apreciarse los equipos que se emplean en los puntos de interconexión de CATV y en los nodos primarios para el servicio que se viene prestando a Telecable¹⁹.

En particular, GIT aporta un desglose de los equipos empleados para la incorporación de la señal de TV en RF de Telecable a la red de GIT a través de los puntos de interconexión, así como el transporte de dicha señal por medios portadores ópticos hasta los nodos primarios, y su incorporación a la red de acceso FTTH hasta los usuarios ubicados en las localidades de las comarcas mineras servidas, entre otras zonas, por la red Asturcon.

De acuerdo con la arquitectura de red facilitada por GIT, para la provisión de este servicio a Telecable es necesario dotar a tres puntos de interconexión de equipos de inserción de señales de TV en RF, así como ubicar en 11 nodos primarios sistemas de amplificación y distribución óptica para el transporte de la señal hasta los usuarios finales a través de 19 nodos secundarios.

¹⁸ Cabe recordar que Telecable es el único operador que hace uso del servicio de inserción de la señal de TV en RF. A diferencia del resto de operadores que hacen uso de la red Asturcon, Telecable es un operador que presta servicios de comunicaciones electrónicas por medio de una red de acceso de cables coaxiales, lo que determina que resulte necesaria la conversión de la señal a fin de garantizar la interoperabilidad con la red de fibra óptica de Asturcon.

¹⁹ Ver a estos efectos la contestación de GIT al requerimiento de información remitido por la CNMC en fecha 15 de enero de 2018.

El conjunto de elementos de red enumerados por GIT -esencialmente tarjetas amplificadoras ópticas, junto con los chasis que las albergan y sus correspondientes fuentes de alimentación- son imprescindibles para habilitar funcionalidades de inserción de señales en RF y amplificación óptica en los puntos de interconexión y nodos primarios de la red de GIT, estando por consiguiente debidamente justificada su repercusión al servicio de distribución de la señal de Telecable.

La misma conclusión es extrapolable a la habilitación de funcionalidades de recepción de TV en RF en los equipos de usuario ONT, puesto que de otro modo los abonados al servicio de televisión de Telecable no podrían acceder a la señal de televisión de este agente.

En segundo lugar, en sus escritos de fechas 26 de diciembre de 2017, 4 de enero y 19 de febrero de 2018, GIT aporta la siguiente información relativa al esfuerzo económico realizado en su momento por GIT para habilitar la distribución de la señal de TV en RF en favor de Telecable, en los términos antes descritos:

CONFIDENCIAL [

Costes servicio CATV	
20	
Total	

Ingresos por inserción de señal en TV		A 40 años ²¹
Cuota de alta	120.000,00€	
Cuota mensual	2.200,00€	
Ingresos totales		

FIN CONFIDENCIAL]

GIT complementa la citada información relativa a los costes incurridos por GIT para la provisión del servicio de TV en RF con una serie de informes donde se detallan las inversiones efectuadas por este operador y el Principado de Asturias en el despliegue inicial de la red Asturcon en equipos de CATV, así como con algunas de las facturas correspondientes a los equipos adquiridos para completar la red Asturcon²².

A este respecto, GIT detalla que el despliegue de la red Asturcon se ha llevado a cabo en dos etapas: (i) Extensión de la Banda Ancha a las Comarcas Mineras

²⁰ **CONFIDENCIAL []**

²¹ **CONFIDENCIAL []**.

²² **CONFIDENCIAL []**.

(EBACOM) y (ii) resto del territorio de Asturias (Nuevas Poblaciones). EBACOM se licitó como proyecto llave en mano antes de la creación de la sociedad GIT, para extender la banda ancha a 22 poblaciones de las comarcas mineras. El despliegue inicial continuó en los años siguientes, complementándose los despliegues inicialmente previstos por GIT, a través de una encomienda del Principado de Asturias.

GIT indica igualmente que el proyecto EBACOM ya contemplaba el diseño y ejecución de una red de vídeo *broadcast*, destinada a prestar el servicio de difusión de TV en RF del que viene disfrutando Telecable desde los inicios del proyecto. A efectos del cálculo del precio que Telecable debería satisfacer por el acceso a dicho servicio, GIT expone que únicamente se tomaron en consideración los costes asociados a la fase del despliegue de red en las comarcas mineras (EBACOM), quedando fuera de los cálculos todas aquellas inversiones que posteriormente se han efectuado para extender la red Asturcon a otras poblaciones, hasta completar las 49 poblaciones que en la actualidad están cubiertas por la red (proyecto Nuevas Poblaciones).

Es decir, la inversión total acometida por GIT para la construcción de la red que da servicio de manera específica a Telecable sería superior al importe de **CONFIDENCIAL []** que se tomó en consideración para determinar en un primer momento los precios de acceso al servicio de inserción de la señal de TV en RF –precios que asimismo son los que figuran en el ARPA-, y donde no aparecen reflejados los costes posteriormente asumidos por GIT para la extensión de la red Asturcon a nuevas poblaciones.

En lo que se refiere a la determinación de las cuotas mensuales que debían ser satisfechas por Telecable sobre la base de un periodo estimado de **CONFIDENCIAL []** para la recuperación de la inversión acometida, debe concluirse que la distribución de las cuotas a lo largo de dicho lapso de tiempo resulta proporcionada, al sobrepasar dicho plazo de tiempo ampliamente la vida útil esperable de los equipos de telecomunicaciones adquiridos por GIT.

Por último, el coste considerado por GIT de 14,25€ por equipo de usuario ONT resulta razonable, ya que supone un incremento porcentual moderado con respecto al precio típicamente atribuible a estos equipos de usuario, con el fin de adaptarlos a la recepción de señales en RF²³.

Desde el punto de vista de Telecable, cabe indicar que el impacto que tendría en este operador el abono de una cuota mensual de 2.200 euros/mes por la provisión del servicio de inserción de la señal de TV en RF es absolutamente residual. Asumiendo un número aproximado de **CONFIDENCIAL [24]** de

²³ Considerando el precio de los equipos de usuario instalados por un operador como Telefónica, el sobrecoste por inclusión de la funcionalidad de recepción de televisión por RF sería del 14%, ver <http://www.movistar.es/particulares/movil/moviles/hgu/>

²⁴ **CONFIDENCIAL []**.

Telecable que hacen uso de la red Asturcon, la introducción de esta cuota supondría un coste adicional para Telecable de **CONFIDENCIAL []** por cliente al mes. Este gasto es mínimo comparado con el coste que para Telecable supone el pago del servicio mayorista de acceso a la red Asturcon en su modalidad estándar, cuya cuota mensual es de 16€/mes por cliente, lo que supone un gasto mensual para Telecable de más de unos **CONFIDENCIAL [25]**. En el mismo sentido, cabe asimismo indicar que las ofertas empaquetadas de Telecable vinculadas a la red Asturcon (hasta 100 Mb/s) oscilan entre los 51€/mes²⁶ y los 66€/mes²⁷.

Debe por consiguiente concluirse que la cuota mensual de 2.200 euros/mes planteada por GIT para la prestación a Telecable del servicio de TV en RF resulta razonable, siendo éste por tanto el precio por el que deberá regirse el acceso al servicio mayorista de referencia por parte de Telecable, a partir de la resolución del presente procedimiento.

En relación con las cuotas mensuales pendientes de abono hasta la fecha, así como con el pago de la cuota de alta, debe recordarse que –según reiterada jurisprudencia- la resolución de dichas cuestiones trascienden del ámbito del presente procedimiento y de las competencias de esta Comisión, y deberán ser resueltas, en caso necesario, por los tribunales que resulten competentes para resolver el litigio entre GIT y Telecable, por tratarse de un aspecto puramente patrimonial²⁸.

Desde la perspectiva regulatoria, cabe reseñar que no resultaría procedente en el momento actual pronunciarse explícitamente sobre el abono de un concepto –la cuota de alta– que en su caso se habría devengado en el inicio de la relación contractual contraída entre las partes, hace más de diez años.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar la pretensión de Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias, S.A., concluyéndose que el

²⁵ **CONFIDENCIAL []**.

²⁶ Precio promocionado de 29,90€/mes durante doce meses (la oferta incluye telefonía fija, acceso a Internet 50 Mb/s y TV).

²⁷ Precio promocionado de 34,90€/mes durante doce meses (la oferta incluye telefonía fija, acceso a Internet 100 Mb/s y TV).

²⁸ En contraposición con las manifestaciones de Telecable en su último escrito de 13 de marzo de 2018, la presente Resolución no se pronuncia por consiguiente –como tampoco lo hacía el informe de audiencia elaborado en el trámite de audiencia- acerca del posible derecho de GIT a reclamar los pagos atrasados por la provisión del servicio de TV en RF, al ser esta una cuestión que deberá ser ventilada por los tribunales competentes.

documento marco de Acceso a la Red Pública Asturcon (ARPA) constituye una referencia válida para analizar la controversia planteada entre las partes en el seno del presente procedimiento.

SEGUNDO.- Estimar la pretensión de Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias, S.A. en lo relativo a la razonabilidad de la cuota mensual de 2.200 euros/mes establecida en el ARPA por la provisión del servicio de TV en RF a Telecable de Asturias, S.A.U.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

ANEXO – CONTESTACIÓN AL RESTO DE LAS ALEGACIONES FORMULADAS POR LOS INTERESADOS

En sus alegaciones al primer informe de la DTSA, sometido a audiencia de las partes en virtud del artículo 82 de la LPAC, Telecable se refiere al contexto en el que este operador empezó a hacer uso de la red gestionada por GIT. Telecable señala que en el momento de desarrollo de la red neutra Asturcon, estaba llevando a cabo un despliegue paralelo de red propia, conforme a su propia tecnología, y a través de la formalización de los correspondientes convenios con los ayuntamientos afectados. Telecable considera que en ningún momento hubiera renunciado a efectuar su propio despliegue, si no hubiesen existido garantías por parte del Principado de Asturias y GIT de que la arquitectura de red que se proponía construir sería plenamente compatible con la tecnología empleada por Telecable (incluyendo el servicio de inserción de la señal de televisión en radiofrecuencia) y el acceso por parte de los operadores sería tecnológicamente neutro.

Dados estos antecedentes, Telecable considera que el informe de la DTSA es demasiado laxo en su interpretación de los principios de neutralidad tecnológica y no discriminación, al limitarse a requerir que GIT acredite la existencia de inversiones específicas para el desarrollo y/o mantenimiento de la red y para la prestación actual del servicio, en el caso de que pretenda aplicar condiciones diferenciadas a Telecable por la provisión del servicio de TV en RF. Según Telecable, esta interpretación convalidaría la imposición de cargas económicas diferenciadas en función del tipo de tecnología empleado, pudiendo resultar contraria al principio de no discriminación. Telecable pone asimismo de manifiesto que la red Asturcon fue en gran medida subvencionada por diferentes administraciones públicas, por lo que el abono de contraprestaciones económicas adicionales a GIT podría dar lugar a una doble financiación.

En lo que se refiere a la validez del documento marco de Acceso a la Red Pública Asturcon (ARPA) como cauce para articular la relación entre GIT y Telecable, en sus alegaciones al primer y segundo informe de audiencia de la DTSA Telecable indica que en ningún momento firmó expresamente el modelo de contrato contenido en el documento marco ARPA, lo que sería evidencia de su negativa a adherirse al mismo. Respecto al abono de las contraprestaciones económicas tal y como aparecen configuradas en el documento marco ARPA, dichas contraprestaciones habrían sido satisfechas por Telecable con independencia de que las mismas estuvieran contempladas o no en cualesquiera documentos públicos o privados (incluyendo el ARPA). Por tanto, los pagos efectuados por Telecable simplemente confirmarían la existencia de una relación jurídica entre las partes, configurada en los términos en que GIT procedió a emitir facturas a Telecable, pero no en los precisos términos y condiciones recogidos en el ARPA.

En contestación a las alegaciones de Telecable²⁹, debe señalarse que las referencias a las previsiones contenidas en el documento marco ARPA se llevan a cabo exclusivamente a los efectos de la resolución del presente procedimiento. A este respecto, el hecho de que Telecable haya venido satisfaciendo pacíficamente las contraprestaciones económicas contempladas en el ARPA (con la excepción del servicio de TV en RF) por los conceptos facturables expresamente recogidos y detallados en el mismo, permiten concluir que dicho instrumento es una referencia válida a la hora de analizar la razonabilidad de las pretensiones de las partes en el presente procedimiento.

En lo que se refiere al principio de no discriminación, la aplicación del citado principio implica que se dé el mismo tratamiento a circunstancias que son semejantes, pero asimismo que no se traten de la misma manera situaciones que son distintas³⁰.

A estos efectos, el hecho de que GIT haya acreditado la existencia de inversiones específicas para el desarrollo y/o mantenimiento de la red y para la prestación actual del servicio de TV en RF constituye una causa suficiente para justificar el abono por parte de Telecable de una contraprestación económica razonable por la recepción del citado servicio, a fin de posibilitar la recuperación de los costes incurridos por GIT. Esta conclusión es particularmente pertinente en un caso como el presente, donde Telecable es el único beneficiario del servicio de TV en RF, servicio que además necesita para poder prestar servicios audiovisuales a sus clientes.

El abono por parte de Telecable de una contraprestación económica por la recepción del servicio de TV en RF es por otra parte consistente con los pagos que los operadores de comunicaciones electrónicas (incluyendo Telecable) están efectuando a GIT por la recepción de otro tipo de servicios mayoristas a través de la red Asturcon, tales como el servicio de banda ancha. A estos efectos, y a título indicativo, cabe recordar que las Directrices de la Comisión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha delimitan una serie de criterios encaminados a verificar la razonabilidad de los precios de acceso que los operadores de red puedan fijar, pero no cuestionan la misma existencia de un precio mayorista razonable por el

²⁹ A título incidental, procede señalar que las consideraciones expuestas a continuación ya estaban contenidas en el informe de la DTSA sometido a una segunda audiencia de las partes. La aseveración de Telecable, conforme a la cual sus alegaciones en relación con la naturaleza del documento marco ARPA no habrían sido consideradas por la DTSA en su segundo informe de audiencia, no es por consiguiente exacta.

³⁰ Existe bastante doctrina sobre la naturaleza de esta obligación. Ver el artículo 14.1.b) de la LGTel y, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de septiembre de 2003 recaída en el asunto C-137/00, *The Queen v. Competition Commission: "la prohibición de toda discriminación [...] no es sino la expresión específica del principio general de igualdad, que exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado"* (para. 126).

mero hecho de que la infraestructura haya sido total o parcialmente subvencionada.
