



Roj: **STS 651/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:651**

Id Cendoj: **28079130032018100072**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **05/03/2018**

Nº de Recurso: **3003/2015**

Nº de Resolución: **336/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2465/2015,**
STS 651/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 336/2018

Fecha de sentencia: 05/03/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3003/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/02/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 8

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: DVS

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3003/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 336/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, Presidente, Presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 5 de marzo de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 3003/2015 interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado, y por ORANGE ESPAÑA, SAU, representada por el Procurador D. Roberto Alonso Verdú, contra la sentencia de la Sección 8^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de junio de 2015 dictada en el recurso contencioso-administrativo 314/2013 . Se han personado en las presentes actuaciones como partes recurridas, TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., representada por la Procuradora D^a Gloria Teresa Robledo Machuca, así como la propia ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado, respecto del recurso interpuesto por Orange España, SAU.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de Telefónica de España S.A.U. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictada con fecha 5 de diciembre de 2012 en el expediente DT 2012/824, sobre la revisión de los plazo e indicadores de calidad de la Oferta de Bucle de Abonados (OBA), y contra la resolución de 4 de abril de 2013 en la que se resuelven los recursos de reposición dirigidos contra aquella primera resolución.

En el suplico de la demanda Telefónica de España S.A.U. pedía el dictado de sentencia estimatoria del recurso contencioso-administrativo en la que se

<< ...declare nula la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 5 de diciembre de 2012 sobre la revisión de los plazo e indicadores de calidad de la Oferta de Bucle de Abonados (OBA) y la resolución de 4 de abril de 2013, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto>>.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8^a, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 17 de junio de 2015 (recurso contencioso-administrativo 314/2013)

<< F A L L A M O S

PRIMERO.- Estimar el recurso contencioso administrativo promovido por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de Telefónica de España, S.A.U., contra resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 4 de abril de 2013, que desestima los recursos de reposición interpuestos contra resolución de dicha Comisión, de fecha 5 de diciembre de 2012, por ser disconforme a Derecho.

SEGUNDO.- Dejar sin efecto el punto séptimo del Resuelve de la resolución de la CMT de fecha 5 de diciembre de 2012.

TERCERO.- Imponer las costas a la parte demandada>>.

Ese concreto apartado de la resolución impugnada que la sentencia deja sin efecto -apartado séptimo del "resuelve" de la resolución de la CMT de 5 de diciembre de 2012- establece lo siguiente:

<< Telefónica ofrecerá a los operadores una prueba de sincronismo del bucle de par de cobre desde central al punto de terminación de red y acceso del cliente, mediante la conexión del equipamiento adecuado en el mismo, en la provisión sobre par vacante de todos aquellos servicios que no admitan prueba de presencia de tono telefónico (en general, modalidades sin servicio telefónico u otras afectadas por esta circunstancia, bien de acceso directo o indirecto). Esta prueba simple de sincronismo se llevará a cabo en cada caso según lo dispuesto en el Fundamento Tercero, punto 9>>.

SEGUNDO.- En la vía administrativa, el fundamento tercero, punto 9, de la resolución de 5 de diciembre de 2012 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al que se remite la parte dispositiva de la propia resolución, tiene el siguiente contenido:

<< En cuanto a la solicitud inicial de Orange y resto de alegaciones, resulta evidente que la capacidad de la CMT para imponer procedimientos en red interior en relación con las ofertas mayoristas es ciertamente



dudosa. Telefónica está en lo cierto cuando afirma que la responsabilidad de un operador, bien sea mayorista o minorista, termina en el PTR (Punto de Terminación de Red), por la propia definición del mismo que realiza la vigente LGTel.

Para el caso de los edificios con ICT (Infraestructura Común de Telecomunicaciones), la situación resulta aparentemente más complicada, pues según la normativa aplicable (esencialmente el Real Decreto 401/2003, del 14 de mayo) el PTR puede no encontrarse en el propio domicilio del abonado, sino en el RIT (Recinto de Instalaciones de Telecomunicación).... Sin embargodado que los servicios de comunicaciones electrónicas se proveen hasta los equipos terminales del usuario final, y no hasta la base de los edificios donde se emplaza el RIT, la responsabilidad imputable a los operadores de comunicaciones electrónicas que proveen dichos servicios no puede terminar en el citado punto del RIT....

En definitiva, por los motivos señalados se considera esencial que la responsabilidad de operación de red, y muy especialmente la responsabilidad derivada de las obligaciones regulatorias, sea ostentada por los operadores de red hasta el PAU (Punto de Acceso al Usuario) ubicado en las viviendas de los inmuebles dotados de ICT. Únicamente de este modo puede asegurarse un grado adecuado de calidad hasta el domicilio del abonado, que es el punto en el que se establece la responsabilidad contractual a nivel minorista.

En cualquier caso, y más allá de la discusión sobre capacidad regulatoria de la CMT para imponer procedimientos sobre la red interior del domicilio, sigue siendo válido lo que ya se ha resuelto en ocasión anterior por esta Comisión: la instalación de red en interior de domicilio, más allá del PTR, es una actividad que puede prestarse por una variedad de agentes en un régimen claro de competencia.....

Modificación. Telefónica llevará a cabo una prueba simple de sincronismo del bucle desde central al punto de entrega del servicio (PTR, o PAU en caso de ICT), mediante la conexión del equipamiento adecuado en el mismo, en la provisión de servicios sobre par vacante que no admitan prueba de presencia de tono telefónico (en general, servicios sin ST, incluyendo indirectos) [...]."

La resolución de 4 de abril de 2013, que resuelve el recurso de reposición, modifica la operativa de la prueba de sincronismo simple pero mantiene su obligatoriedad; y da respuesta a las objeciones planteadas señalando lo siguiente:

<<Resulta claro, pues que la obligación regulatoria impuesta a TESAU en este caso de realizar la prueba de sincronismo desde la central al punto de entrada del servicio al usuario final, no implica en absoluto imposición de una obligación sobre una red o tramo de ésta que no le pertenece como puede ser el caso de los edificios con Infraestructuras Comunes de Telecomunicación (ICTs). Esta obligación está implícita en la de ofrecer determinados servicios mayoristas como resultado del análisis de un Mercado (Mercado 4), y por lo tanto es una obligación que afecta al servicio mayorista, con independencia de la topografía de red que lo soporte.....

En todo caso, esta Comisión reitera que tanto la entrega del servicio como las pruebas de sincronismo deberán hacerse en el punto de acceso del usuario final a dicho servicio (PAU) que es donde se conectan los equipos terminales del usuario y, por lo tanto, termina la responsabilidad de TESAU en cuanto a la prestación del servicio mayorista>>.

TERCERO.- Las razones que llevan a la Sala de instancia a estimar el recurso contencioso-administrativo las expone el fundamento jurídico segundo de la sentencia, que tiene el siguiente contenido:

<< (...) SEGUNDO.- El presente recurso se centra en el referido Resuelve Séptimo de la resolución impugnada, referido a la obligación para TESAU de realizar pruebas de sincronismo hasta el PAU en caso de edificios con ICTs. La tesis de la parte recurrente se centra en considerar que dicha obligación vulnera lo establecido en la LGTel, Ley 32/2003, y el Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Regulatorio de las Infraestructuras Comunes de Telecomunicaciones (Reglamento ICT) para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones.

Concretamente el artículo 37 LGTel aplicable se remite a la regulación que se efectúe por Real Decreto, el cual establece:

"Constituye el objeto de este reglamento el establecimiento de la normativa técnica de telecomunicación relativa a la infraestructura común de telecomunicaciones (ICT) para el acceso a los servicios de telecomunicación; las especificaciones técnicas de telecomunicación que se deberán incluir en la normativa técnica básica de la edificación que regule la infraestructura de obra civil en el interior de los edificios para garantizar la capacidad suficiente que permita el acceso a los servicios de telecomunicación y el paso de las redes de los distintos operadores y los requisitos que debe cumplir la ICT para el acceso a los distintos servicios de telecomunicación en el interior de los edificios".

Y en el Anexo II se establece:



"La red de la edificación es el conjunto de conductores, elementos de conexión y equipos, tanto activos como pasivos, que es necesario instalar para establecer la conexión entre las bases de acceso de terminal (BAT) y la red exterior de alimentación. A título ilustrativo se incluyen como apéndices 1, 2, 3.1, 3.2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 los esquemas generales de una ICT completa y de la parte de la ICT que cubre el acceso a los servicios de telefonía disponible al público y de telecomunicaciones de banda ancha".

Y la red de la edificación se estructura en cuatro subredes: Red de alimentación, Red de distribución, Red de dispersión y Red interior de usuario. Y se define el Punto de Terminación de Red (PTR):

"Realiza la unión entre cada una de las redes de alimentación de los operadores del servicio y las redes de distribución de la ICT de la edificación, y delimita las responsabilidades en cuanto a mantenimiento entre el operador del servicio y la propiedad de la edificación. Se situará en el registro principal, con carácter general, en el interior del recinto de instalaciones de telecomunicación interior del edificio (RITI), y estará compuesto por una serie de paneles de conexión o regletas de entrada donde finalizarán las redes de alimentación de los distintos operadores de servicio, por una serie de paneles de conexión o regletas de salida donde finalizará la red de distribución de la edificación, y por una serie de latiguillos de interconexión que se encargarán de dar continuidad a las redes de alimentación hasta la red de distribución de la edificación en función de los servicios contratados por los distintos usuarios".

Y el artículo 5 del citado Real Decreto dispone:

" 1. Con carácter general, los operadores de redes y servicios de telecomunicación estarán obligados a la utilización de la infraestructura en las condiciones previstas en este reglamento y garantizarán, hasta el punto de terminación de red, el secreto de las comunicaciones, la calidad del servicio que les fuere exigible y el mantenimiento de la infraestructura.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero , sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación, el propietario o los propietarios de la edificación serán los responsables del mantenimiento de la parte de infraestructura común comprendida entre el punto de terminación de red y el punto de acceso al usuario, así como de tomar las medidas necesarias para evitar el acceso no autorizado y la manipulación incorrecta de la infraestructura. No obstante, los operadores y los usuarios podrán acordar voluntariamente la instalación en el punto de acceso al usuario, de un dispositivo que permita, en caso de avería, determinar el tramo de la red en el que dicha avería se produce".

Extraemos, por tanto, una conclusión que compartimos con la recurrente: la responsabilidad de los operadores de redes y servicios llega hasta el citado PTR o ICT, no extendiéndose hasta el PAU. Consecuencia de ello, es la razonable impugnación de la decisión de la CMT, pues la Comisión impone a Telefónica la obligación de realizar la prueba de sincronismo desde la central hasta el punto de entrada del servicio al usuario final, lo que vulnera la normativa que acabamos de reflejar.

Resaltamos, en este punto, lo que señala la recurrente, pues la SETSI examinó las alegaciones al Reglamento citado denegando las alegaciones de la CMT en este punto. El problema se centraba en que el proyecto situaba la ubicación del PTR en el punto de interconexión que se habilita en el RITI, lo que "equivale a afirmar, tal como se recoge en la LGTel, que es en dicho punto donde terminan las obligaciones de los operadores de redes y servicios", según señalaba la propia CMT. Pues bien, la Dirección General de Telecomunicaciones, afirmaba que ello suponía un cambio en el concepto de ICT y que "debe primar la condición de punto donde terminan las obligaciones de los operadores".

Con todo lo expuesto, concluimos en la procedencia de estimar el recurso, resaltando que la "razonabilidad" de la obligación impuesta no puede constituirse -en este caso- en conformidad a derecho de la misma. La consecuencia de ello, es que la obligación impuesta no es conforme a derecho, debiendo estimarse el recurso, pues la obligación del operador finaliza donde se determina por la norma y no llega hasta el PAU a efectos de realizar la prueba de sincronismo a que se refiere el punto séptimo del Resuelve, objeto de recurso>>.

Por todo ello la Sala de instancia estima el recurso contencioso-administrativo y acuerda dejar sin efecto el punto séptimo de la parte dispositiva de la resolución de la CMT de 5 de diciembre de 2012.

CUARTO.- Notificada a las partes la sentencia, preparó recurso de casación contra ella la representación procesal de la Administración del Estado, que formalizó la interposición de su recurso mediante escrito presentado con fecha 9 de septiembre de 2015 en el que se formulan dos motivos de casación, el primero al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el segundo invocando el artículo 88.1.d/ de la misma Ley . El contenido de estos motivos es, en síntesis, el siguiente:

1.- Incongruencia de la sentencia, con vulneración del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Según la Administración recurrente la sentencia incurre en incongruencia por exceso (da más de lo pedido) pues anula



en su integridad el punto 7º de la resolución de la CMT de 5 de diciembre de 2012 cuando lo que se había pedido era tan solo la anulación del extremo referido a la obligación de realizar pruebas de sincronismo hasta el PAU en caso de infraestructuras comunes de edificios.

2.- Infracción del artículo 5 y el anexo II del Real Decreto 346/2011 de 11 de marzo . Aduce la recurrente que en el pleito no se discute de quién es la responsabilidad de las instalaciones desde el PTR al ITC y desde éste al PAU sino, exclusivamente, dónde debe hacerse la prueba de sincronismo, que es una simple prueba de funcionamiento de la conexión. Esa prueba de funcionamiento no es un problema de la propiedad, titularidad o responsabilidad de la red sino una cuestión de propiedad, titularidad o responsabilidad de las ondas electromagnéticas, independientemente de su transporte, que llega hasta el usuario final. La demanda no planteaba de quién sea la responsabilidad de la solución o avería sino dónde debe realizarse la prueba de sincronismo; y la respuesta lógica es que debe hacerse en la instalación del usuario o PAU, pues se trata de comprobar que el usuario recibe la señal. Además, de efectuarse la prueba en el PTR o ITC se estaría comprometiendo innecesariamente el secreto de las comunicaciones por cuanto al realizar la prueba se tendría acceso a la totalidad de las líneas conectadas al PTR o ITC pertenecientes a otros usuarios, contraviniendo con ello el artículo 5.1 del Real Decreto 346/2011 que impone a los operadores de redes y servicios de telecomunicación el deber de garantizar el secreto de las comunicaciones.

Termina el escrito del Abogado del Estado solicitando que por esta Sala se dicte sentencia en la que se case y anule la sentencia recurrida y en su lugar se dicte otra desestimando el recurso contencioso-administrativo, o, en su defecto, que, apreciando incongruencia, se dicte sentencia de conformidad con la pretensión formulada por la actora.

QUINTO.- También preparó recurso de casación contra la sentencia la representación de Orange España S.A.U., que formalizó su interposición mediante escrito presentado con fecha 4 de noviembre de 2015 en el que se formulan cinco motivos de casación, los tres primeros al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los dos restantes invocando el artículo 88.1.d/ de la misma Ley . El contenido de estos motivos es, en síntesis, el siguiente:

1.- Defecto de motivación de la sentencia, con infracción de los artículos 24 y 120 de la Constitución y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . La sentencia carece de una mínima reflexión sobre un punto central del debate, cual es la explicación de por qué debe aplicarse el Real Decreto 346/2011 (norma cuya aplicación defiende Telefónica de España SAU) en lugar de la LGTel y la Directiva 2002/21 (normativa cuya aplicación defiende Orange España S.A.U.).

2.- Falta de valoración en la sentencia de la prueba obrante en autos, pese al carácter eminentemente técnico de la controversia, vulnerando con ello los artículos 9.3 y 24 de la Constitución en relación con los artículos 218 , 317 y siguientes y 324 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil LEC .

3.- Indebida valoración por la sentencia un documento que no fue admitido como prueba, con vulneración de los artículos 292 , 284 y 285 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Se refiere la recurrente a unas alegaciones emitidas por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información con ocasión de la aprobación del reglamento concernido, que no constituye material probatorio en este litigio y no forma parte del expediente de su razón.

4.- Infracción del artículo 37 y Anexo II de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones , así como del artículo 2.d.bis/ de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 , relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), y de los artículos 9.3 de la Constitución y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ; con infracción de los principios de jerarquía normativa, primacía del Derecho Comunitario y efecto directo de las Directivas. Aduce la recurrente que la sentencia de instancia ha aplicado erróneamente el Real Decreto 346/11 en lugar de la Ley General de Telecomunicaciones, que ha de aplicarse preferentemente por razón del principio de jerarquía normativa, o bien la Directiva 2002/21, cuya aplicación es obligada por efecto de la primacía del derecho Comunitario.

5.- Infracción de los artículos 8 y 10 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 , relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso), traspuesta también a nuestro ordenamiento por la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones. La decisión de la Sala de anular la imposición de una obligación al operador con peso significativo resulta contraria a los artículos 8 y 10 de la Directiva de acceso así como a los principios que rigen la regulación de las telecomunicaciones a nivel comunitario.

Termina el escrito de Orange España S.A.U. solicitando se dicte sentencia en la que se case y anule la sentencia recurrida.



SEXTO.- Mediante providencia de la Sección Primera de esta Sala del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2015 se acordó la admisión del recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado y por Orange España S.A.U., así como la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, de conformidad con las reglas de reparto de asuntos.

SEPTIMO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, por diligencia de ordenación de 8 de enero de 2016 se acordó dar traslado de los escritos de interposición a las partes recurridas para que en el plazo de treinta días formalizasen su oposición.

La Abogacía del Estado presentó escrito con fecha 15 de enero de 2016 en el que manifiesta que "se abstiene de formular oposición" (tal manifestación debe entenderse referida al recurso de casación de Orange España S.A.U.).

Por su parte, la representación de Telefónica de España S.A.U. presentó dos escritos, ambos con fecha 12 de febrero de 2016, en los se opone por separado al recurso de la Administración del Estado y al recurso de Orange España S.A.U.

Con relación al recurso de la Administración del Estado la representación de Telefónica de España S.A.U. plantea la inadmisibilidad del motivo segundo, por carecer de interés casacional la cuestión suscitada (artículo 93.2.e/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Por lo demás, la representación de Telefónica de España S.A.U. expone las razones de su oposición a los motivos de casación y termina solicitando la inadmisión o desestimación del recurso de casación, con imposición de las costas a la parte recurrente.

En lo que se refiere al recurso de casación de Orange España S.A.U. la representación de Telefónica de España S.A.U. plantea en primer lugar la inadmisibilidad del recurso en su totalidad, aduciendo que la recurrente pretende en realidad que esta Sala vuelva a enjuiciar la controversia de fondo como si de una nueva instancia se tratase; y plantea asimismo la inadmisibilidad de los motivos primero y segundo, por carecer manifiestamente de fundamento (artículo 93.2.d/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), y también la inadmisibilidad del motivo cuarto, por carecer de interés casacional la cuestión suscitada (artículo 93.2.e/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Por lo demás, la representación de Telefónica de España S.A.U. expone las razones de su oposición a los motivos de casación y termina solicitando la inadmisión o desestimación del recurso de casación, con imposición de las costas a la parte recurrente.

OCTAVO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 27 de febrero de 2018, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El presente recurso de casación nº 3003/2013 lo dirigen las representaciones procesales de la Administración del Estado y de Orange España S.A.U. contra la sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de junio de 2015 (recurso contencioso-administrativo 314/2013).

Como hemos visto en el antecedente primero, la sentencia aquí recurrida estima el recurso contencioso-administrativo que interpuso Telefónica de España, S.A.U., contra resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 4 de abril de 2013, desestimatoria de los recursos de reposición dirigidos contra resolución de dicha Comisión de 5 de diciembre de 2012, acordando la sentencia "...dejar sin efecto el punto séptimo del Resuelve de la citada resolución de la CMT de 5 de diciembre de 2012".

En el antecedente segundo hemos dejado reseñado el contenido de ese concreto apartado de la resolución administrativa que es objeto de controversia en el proceso (y que la sentencia deja sin efecto), así como las razones dadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, tanto en la resolución originaria de 5 de diciembre de 2012 como en la ulterior de 4 de abril de 2013, desestimatoria del recurso de reposición, para justificar los términos en que se impone a Telefónica de España, S.A.U. la obligación de ofrecer a los operadores la prueba de sincronismo cuando se trata de edificios con Infraestructura Común de Telecomunicaciones (ICT) en los que el punto de terminación de red (PTR) no se encuentra en el domicilio del abonado sino en el recinto de Instalaciones de Telecomunicación (RIT).

En el antecedente tercero hemos dejado transcritas las razones que expone la sentencia recurrida para fundamentar la estimación del recurso contencioso-administrativo.

Procede entonces que entremos a examinar los motivos de casación formulados por la Administración del Estado y Orange España S.A.U., cuyo contenido hemos resumido en los antecedentes cuarto y quinto. Pero

antes debemos pronunciarnos sobre las causas de inadmisibilidad que ha planteado la representación de Telefónica.

SEGUNDO .- Las diversas causas de inadmisibilidad que plantea la representación de Telefónica de España S.A.U. deben ser rechazadas.

En lo que se refiere al recurso de Orange España S.A.U., no puede ser acogida la pretensión de que se inadmita el recurso en su totalidad pues, si bien es cierto que dicha recurrente reitera en casación determinadas cuestiones que ya había suscitado en el proceso, también lo es que en su escrito hace una crítica de la sentencia y señala las infracciones en las que a su entender ha incurrido la Sala sentenciadora.

Tampoco procede la inadmisión que se pretende de los motivos primero y segundo por carecer éstos manifiestamente de fundamento (artículo 93.2.d/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), pues, sin perjuicio de que sean o no asumibles los reproches que allí se hacen a la sentencia recurrida, no cabe afirmar *prima facie* que carezcan de toda consistencia, siendo por ello procedente entrar a examinarlos y, en su caso, acordar su desestimación.

En fin, debe ser rechazada la causa de inadmisibilidad basada en la previsión del artículo 93.2.e/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y referida al motivo de casación segundo del recurso de la Administración del Estado y al motivo cuarto del recurso de Orange España S.A.U., pues, sin perjuicio de la suerte que deban correr esos motivos de casación, que examinaremos más adelante, no apreciamos razones para afirmar *a priori* que las cuestiones suscitadas en ellos carezcan de interés casacional.

TERCERO .- Entrando entonces a examinar los motivos de casación, abordaremos en primer lugar los que ambos recurrentes formulan al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , en los que se denuncian diversas infracciones de las normas reguladoras de la sentencia.

La Abogacía del Estado, en el motivo primero de su recurso, sostiene que la sentencia incurre en incongruencia por exceso (da más de lo pedido), con vulneración del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al anular en su integridad el punto 7º de la resolución de la CMT de 5 de diciembre de 2012 siendo así que la demandante había pedido tan solo la anulación del extremo referido a la obligación de realizar pruebas de sincronismo hasta el PAU en caso de infraestructuras comunes de edificios.

En el antecedente primero hemos visto que en el suplico de la demanda la representación de Telefónica pedía que se declare nula "la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 5 de diciembre de 2012" así como "la resolución de 4 de abril de 2013, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto". Por tanto, no cabe afirmar que la sentencia, al dejar sin efecto un concreto apartado de la resolución impugnada -el punto séptimo del resuelve de la resolución de la CMT de fecha 5 de diciembre de 2012- haya dado a la demandante más de lo que ésta pedía, pues lo solicitado era que se declare la nulidad de la resolución en su conjunto.

Es cierto que en el curso del proceso el debate se centró en la cuestión de hasta dónde debía llevarse la prueba de sincronismo que corresponde realizar a Telefónica cuando se trata de edificios con Infraestructura Común de Telecomunicaciones (ICT) en los que el punto de terminación de red (PTR) no se encuentra en el domicilio del abonado sino en el recinto de Instalaciones de Telecomunicación (RIT). Y es coherente con ello que el pronunciamiento anulatorio la sentencia alcance sólo al concreto apartado de la resolución impugnada referido a esa cuestión.

Según la Administración del Estado la sentencia debería haber circunscrito aún más su pronunciamiento, pues la estimación del recurso debería haber llevado a dejar sin efecto no todo un apartado de la resolución de la CMT sino, únicamente, el inciso "... o PAU en caso de ICT " del fundamento tercero, punto noveno, de la resolución al que se remite el apartado 7º de su parte dispositiva o "resuelve".

El planteamiento no puede ser acogido pues, como ya hemos señalado, no es cierto que la sentencia otorgue más de lo pedido por la demandante. Por lo demás, el pronunciamiento de la sentencia no excluye que la Administración de nueva redacción al apartado de la resolución que se deja sin efecto; aunque, claro es, la formulación sustitutiva no ha de incurrir en la misma deficiencia o infracción que ha determinado la anulación.

CUARTO .- En el motivo primero del recurso de Orange España S.A.U. se alega un defecto de motivación de la sentencia, con infracción de los artículos 24 y 120 de la Constitución y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , señalando que la sentencia carece de una mínima reflexión sobre un punto central del debate cual es la explicación de por qué debe aplicarse el Real Decreto 346/2011 (norma cuya aplicación defiende Telefónica de España SAU) en lugar de la LGTel y la Directiva 2002/21 (normativa cuya aplicación defiende Orange España SAU).



El motivo no puede ser acogido pues en el proceso de instancia no hubo debate sobre qué norma resultaba aplicable al caso; ni en el escrito la contestación a la demanda de Orange España S.A.U. -entonces France Telecom España, SAU- se planteaba cuestión alguna sobre la existencia de discrepancia, y, menos aún, de una posible contradicción, entre lo dispuesto en el Real Decreto 346/2011 y lo establecido en la Directiva 2002/21 y en la Ley General de Telecomunicaciones. Por tanto, no cabe reprochar a la sentencia el no haberse pronunciado sobre una cuestión que no fue suscitada en el proceso. Ello sin perjuicio de que, como veremos más adelante, no existe contradicción entre las normas a las que se refiere el motivo.

Tampoco puede ser acogido el motivo de casación segundo del escrito de Orange España SAU, en el que se denuncia la falta de valoración en la sentencia de la prueba obrante en autos, pese al carácter eminentemente técnico de la controversia, vulnerando con ello los artículos 9.3 y 24 de la Constitución en relación con los artículos 218, 317 y siguientes y 324 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil LEC. Y ello porque, frente a lo que se afirma en el motivo, el debate suscitado en el proceso y resuelto en la sentencia se centra en una cuestión eminentemente jurídica, como es la relativa a la interpretación de los preceptos de determinan el alcance de la obligación de realizar la prueba de sincronismo que recae sobre Telefónica.

En fin, debemos también desestimar el motivo tercero del recurso de casación de Orange España SAU, en el que, como vimos, se citan como vulnerados los artículos 292, 284 y 285 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alegando la recurrente que la sentencia recurrida ha entrado indebidamente a valorar un documento que no fue admitido como prueba ni forma parte del expediente administrativo. Se refiere la recurrente a la alegaciones que emitió la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información durante el procedimiento de elaboración del reglamento que luego se aprobó por Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo. Ya hemos señalado que la controversia planteada en el proceso no se centraba en una cuestión fáctica sino jurídica; y el núcleo de la fundamentación de la sentencia viene dado por la interpretación que da la Sala de instancia a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley General de Telecomunicaciones y el artículo 5 del Real Decreto 346/2011, argumentación ésta en la que tiene un carácter meramente accesorio la referencia que se hace en el penúltimo párrafo del fundamento segundo de la sentencia a aquellas manifestaciones de la Secretaría de Estado. Y en fin, de ninguna manera cabe sostener que tales manifestaciones sean un material probatorio ajeno a las actuaciones, pues consta que Telefónica de España, SAU las aportó como documento nº 2 de la demanda y la Sala de instancia acordó la admisión de la prueba documental mediante auto de 13 de febrero de 2014.

QUINTO .- Entramos ahora a examinar los motivos de casación formulados al amparo del artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción.

En el motivo segundo del recurso de interpuesto por la Administración del Estado se alega la infracción del artículo 5 y el anexo II del Real Decreto 346/2011 de 11 de marzo. Aduce la recurrente que en el pleito no se discute de quién es la responsabilidad de las instalaciones desde el PTR al ITC y desde éste al PAU sino, exclusivamente, dónde debe hacerse la prueba de sincronismo, que es una simple prueba de funcionamiento de la conexión. Esa prueba de funcionamiento no es un problema de la propiedad, titularidad o responsabilidad de la red sino una cuestión de propiedad, titularidad o responsabilidad de las ondas electromagnéticas, independientemente de su transporte, que llega hasta el usuario final. La demanda no planteaba de quién sea la responsabilidad de la solución o avería sino dónde debe realizarse la prueba de sincronismo; y la respuesta lógica es que debe hacerse en la instalación del usuario o PAU, pues se trata de comprobar que el usuario recibe la señal. Además, de efectuarse la prueba en el PTR o ITC se estaría comprometiendo innecesariamente el secreto de las comunicaciones por cuanto al realizar la prueba se tendría acceso a la totalidad de las líneas conectadas al PTR o ITC pertenecientes a otros usuarios, contraviniendo con ello el artículo 5.1 del Real Decreto 346/2011 que impone a los operadores de redes y servicios de telecomunicación el deber de garantizar el secreto de las comunicaciones.

El motivo así planteado no puede ser acogido. El Abogado del Estado sostiene que una cosa es la cuestión referida al lugar en el que Telefónica debe realizar la prueba de sincronismo -a ella se ceñiría, según el Abogado del Estado, el debate entablado en el proceso- y otra distinta es la referida al régimen de responsabilidad derivado del resultado de dicha prueba, esto es, quién sea el responsable de solucionar la avería o deficiencia que la prueba de sincronismo haya podido poner de manifiesto. Pero, en contra de lo que afirma el representante procesal de la Administración, ambas cuestiones están estrechamente relacionadas; y si se discute el lugar en que ha de realizarse la prueba de sincronismo es debido, principalmente, a que de ello dependerá el alcance de la responsabilidad de unos u otros operadores, esto es, quién responde, y hasta qué punto, del buen funcionamiento de la conexión.

Así lo entendieron los litigantes en el proceso de instancia. Baste señalar que en su escrito de contestación a la demanda la representación de France Telecom España, SAU -ahora Orange España S.A.U.- argumentaba que la "responsabilidad" de la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas acaba en el domicilio de los



abonados y que Telefónica debía asumir todas las actuaciones asociadas a dichos servicios, entre las cuales se encuentran tanto la realización de las mencionadas pruebas como la reparación de las posibles averías. Es claro entonces que lo que se discutía en el proceso no era sólo el lugar donde debía realizarse la prueba de sincronismo sino también, y sobre todo, quién debe responder de las averías o disfunciones que dicha prueba pudiese poner de manifiesto.

Establecido lo anterior, tampoco podemos compartir las razones que esgrime la Abogacía del Estado en la parte final del motivo de casación. Según el representante procesal de la Administración, la respuesta lógica a la cuestión de dónde debe realizarse la prueba de sincronismo es que debe hacerse en el punto de acceso del usuario (PAU), dado que se trata de comprobar que el usuario recibe la señal. El planteamiento del Abogado del Estado no es el que resulta de la redacción de los preceptos concernidos, en particular, del artículo 5.2 del Real Decreto 346/2011, en el que se establece que <<(…) el propietario o los propietarios de la edificación serán los responsables del mantenimiento de la parte de infraestructura común comprendida entre el punto de terminación de red y el punto de acceso al usuario, así como de tomar las medidas necesarias para evitar el acceso no autorizado y la manipulación incorrecta de la infraestructura >>.

El citado precepto reglamentario se encuentra en consonancia con la definición contenida en el Anexo-II de la Ley General de Telecomunicaciones, que delimita el concepto de Punto de Terminación de Red (PTR) del siguiente modo: << (...) 22. Punto de terminación de la red: el punto físico en el que el abonado accede a una red pública de comunicaciones. (...). El punto de terminación de red es aquel en el que terminan las obligaciones de los operadores de redes y servicios y al que, en su caso, pueden conectarse los equipos terminales>>.

La lectura conjunta y concordada de las disposiciones que acabamos de reseñar nos lleva a considerar acertada la conclusión a que llega la Sala de instancia de que la responsabilidad de los operadores de redes y servicios -en nuestro caso, Telefónica de España, SAU- llega hasta el PTR o ICT, no extendiéndose hasta el PAU.

La solución que propugna la representación de la Administración del Estado, coincidente con la de Orange España S.A.U., consiste en señalar que cuando se trata de edificios con Infraestructura Común de Telecomunicaciones (ICT) en los que el punto de terminación de red (PTR) no se encuentra en el domicilio del abonado sino en el recinto de Instalaciones de Telecomunicación (RIT) la prueba de sincronización no debe hacerse en el punto de terminación de red (PTR) sino en el denominado punto de acceso del usuario (PAU). Pues bien, esa solución que se propugna que bien puede considerarse razonable, atendiendo a la finalidad última de la prueba de sincronismo. Pero no es la solución que se deriva de la redacción de los preceptos antes citados, cuya literalidad no puede ser forzada como se pretende en el motivo de casación pues no estaríamos entonces interpretando sino reescribiendo las normas aplicables al caso.

En fin, en la parte final del motivo de casación la Abogacía del Estado aduce que de llevarse a cabo la prueba en el PTR o ITC se estaría comprometiendo innecesariamente el secreto de las comunicaciones por cuanto al realizar la prueba de sincronización se tendría acceso a la totalidad de las líneas conectadas al PTR o ITC pertenecientes a otros usuarios. El argumento carece de consistencia pues la obligación de los operadores de redes y servicios de telecomunicación de garantizar el secreto de las comunicaciones -que por cierto, según el artículo 5.1 del Real Decreto 346/2011 es una obligación que alcanza "hasta el punto de terminación de red"-, en ningún caso resulta contradicha ni debilitada por el pronunciamiento de la sentencia.

SEXTO .- En el motivo cuarto del recurso de casación de Orange España S.A.U. -primero de los dos motivos que esta recurrente formula al amparo del artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa - se alega la infracción del artículo 37 y Anexo II de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, así como de los artículos 2.d.bis/ de la Directiva 2002/21, 9.3 de la Constitución y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; con infracción de los principios de jerarquía normativa, primacía del Derecho Comunitario y efecto directo de las Directivas.

Como vimos en el antecedente cuarto, en este motivo la representación de Orange España S.A.U. sostiene que la sentencia de instancia ha aplicado erróneamente el Real Decreto 346/11 en lugar de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, que ha de aplicarse preferentemente por razón del principio de jerarquía normativa, o bien la Directiva 2002/21, cuya aplicación es obligada por efecto de la primacía del derecho Comunitario.

Ya hemos señalado en el fundamento jurídico cuarto que en el proceso de instancia no hubo en realidad debate sobre qué norma resultaba aplicable al caso; y que la representación de la recurrente -entonces France Telecom España, SAU- no planteó en su escrito de contestación a la demanda cuestión alguna sobre la existencia de discrepancia, y, menos aún, de una posible contradicción, entre lo dispuesto en el Real Decreto 346/2011 y lo establecido en la Directiva 2002/21 y en la Ley General de Telecomunicaciones. Ello significa que se trata en realidad de una cuestión nueva, suscitada por primera vez en casación.



Aun así, y dado el momento procesal en que nos encontramos, nuestro pronunciamiento no será de inadmisión sino de desestimación del motivo. Y al hacerlo insistiremos en una constatación que ya hemos anticipado, esto es, que no existe contradicción entre la regulación reglamentaria y las normas de rango legal y de derecho comunitario europeo a las que se refiere el motivo de casación.

Ante todo, debe recordarse que el artículo 37 de la Ley General de Telecomunicaciones remite a un ulterior Real Decreto el desarrollo de la normativa legal en materia de infraestructuras comunes de comunicaciones electrónicas; y tal desarrollo vino dado precisamente por el Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones. Y como antes hemos señalado, no advertimos discrepancia ni contradicción entre el artículo 5 del Real Decreto 346/2011 y las determinaciones de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en particular con la definición que ofrece en Anexo-II de dicha Ley del Punto de terminación de la red como el " *el punto físico en el que el abonado accede a una red pública de comunicaciones* ".

El Anexo-II del Real Decreto 346/2011, que aparece bajo la rúbrica de "Norma técnica de la infraestructura común de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicaciones de telefonía disponible al público y de banda ancha" establece en su apartado 2.5.1 las siguientes nociones sobre el Punto de terminación de red:

<< (...) 2.5.1. Punto de interconexión (Punto de terminación de red).

Realiza la unión entre cada una de las redes de alimentación de los operadores del servicio y las redes de distribución de la ICT de la edificación, y delimita las responsabilidades en cuanto a mantenimiento entre el operador del servicio y la propiedad de la edificación. Se situará en el registro principal, con carácter general, en el interior del recinto de instalaciones de telecomunicación inferior del edificio (RITI), y estará compuesto por una serie de paneles de conexión o regletas de entrada donde finalizarán las redes de alimentación de los distintos operadores de servicio, por una serie de paneles de conexión o regletas de salida donde finalizará la red de distribución de la edificación, y por una serie de latiguillos de interconexión que se encargarán de dar continuidad a las redes de alimentación hasta la red de distribución de la edificación en función de los servicios contratados por los distintos usuarios.

Habitualmente el punto de interconexión de la ICT será único para cada una de las redes incluidas en la misma. No obstante, en los casos en que así lo aconseje la configuración y tipología de la edificación (multiplicidad de edificios verticales atendidos por la ICT, edificaciones con un número elevado de escaleras, etc.), el punto de interconexión de cada una de las redes presentes en la ICT podrá ser distribuido o realizado en módulos, de tal forma que cada uno de estos pueda atender adecuadamente a un subconjunto identificable de la edificación. En estos casos, el proyecto de ICT contemplará la solución más adecuada para resolver el acceso de las redes de alimentación a los recintos que alberguen los diferentes módulos de los puntos de interconexión, a través de la interconexión de dichos recintos mediante las canalizaciones de enlace necesarias y, si procede, a través de la adecuada disposición de diferentes arquetas de entrada con sus correspondientes canalizaciones de enlace>>.

Es indudable que estas definiciones y precisiones contenidas en el apartado 2.5.1 del Anexo-II del Real Decreto 346/2011 vienen a modular la definición de Punto de terminación de red (PTR) establecida en el Anexo-II de la Ley General de Telecomunicaciones, precisamente para acomodarla a la singularidad técnica de la infraestructura común de telecomunicaciones. Pero ello no supone un apartamiento de lo dispuesto en la norma legal y, menos aún, que el Reglamento la contradiga. Simplemente el Real Decreto 346/2011 opera dentro de la habilitación legal y cumple con el cometido que le encomienda el artículo 37 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, que, recordémoslo, se remite a la norma reglamentaria precisamente para " *... el desarrollo de la normativa legal en materia de infraestructuras comunes de comunicaciones electrónicas* ".

Por las mismas razones, tampoco apreciamos que la regulación reglamentaria incurra en discrepancia o contradicción con el artículo 2.d.bis/ de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco). Siendo precisamente la Ley 32/2003 ("junto con su necesario desarrollo reglamentario", precisa su Exposición de Motivos) la que incorporó al ordenamiento jurídico español el contenido de la citada norma comunitaria, la noción de punto de terminación de red (PTR) que ofrecen la Directiva y la Ley 32/2003 es enteramente coincidente, sin que el Reglamento aprobado por Real Decreto 346/2011 contravenga ninguna de ellas en el punto al que se refiere la presente controversia.

SÉPTIMO .- Por último, en el motivo de casación quinto del recurso de Orange España S.A.U. se alega la infracción de los artículos 8 y 10 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su



interconexión (Directiva acceso), traspuesta también a nuestro ordenamiento por la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.

Sostiene la recurrente que la decisión de la Sala de instancia de anular la imposición de una obligación al operador con peso significativo resulta contraria a los artículos 8 y 10 de la Directiva de acceso, así como a los principios que rigen la regulación de las telecomunicaciones a nivel comunitario.

El motivo de casación así planteado debe ser desestimado.

Como señala la representación de Telefónica en su oposición a este motivo de casación, en el proceso de instancia no se cuestionaba la obligación de Telefónica de España SAU de realizar la prueba de sincronismo, ni la sentencia anula ni suprime dicha obligación. Por tanto, no cabe entender que mediante esa supuesta supresión de la obligación se haya quebrantado la exigencia de no discriminación (artículo 10 de la Directiva 2002/19/CE) ni que haya sido vulnerada la normativa comunitaria que restringe la supresión de obligaciones (artículo 8 de la misma Directiva).

Lo que la demandante impugnaba en el proceso no es la imposición de la obligación de realizar pruebas de sincronismo sino, únicamente, en lugar en el que deben realizarse dichas pruebas en los casos de infraestructura común de telecomunicaciones (ICT), cuestión ésta sobre la nada establecen los preceptos de la Directiva, que, por tanto, no cabe considerar vulnerados.

OCTAVO .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , deben imponerse las costas a las partes recurrentes, por mitad. Ahora bien, como permite el apartado 3 del mismo artículo, atendiendo a la índole del asunto y a la actividad desplegada por la representación procesal de Telefónica de España, SAU (parte recurrida) al oponerse a los dos recursos de casación, procede limitar la cuantía de la condena en costas a la cifra de seis mil euros (6.000 €) por todos los conceptos, más el IVA que en su caso resulte procedente.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

No ha lugar al recurso de casación nº 3626/2013 interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO y por ORANGE ESPAÑA, SAU contra la sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de junio de 2015 (recurso contencioso-administrativo 314/2013 , con imposición de las costas del recurso de casación a ambas recurrentes por mitad, en los términos señalados en el fundamento octavo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado, Presidente Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas

Diego Cordoba Castroverde Maria Isabel Perello Domenech Angel Ramon Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.