



Roj: **SAN 277/2021 - ECLI:ES:AN:2021:277**

Id Cendoj: **28079230082021100016**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **27/01/2021**

Nº de Recurso: **661/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000661 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03643/2018

Demandante: TELECABLE DE ASTURIAS, S.A.U

Procurador: D^a. MARTA CENDRA GUINEA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS DE TELECOMUNICACIONES DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, S.A. (GITPA)

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N° :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a veintisiete de enero de dos mil veintiuno.

VISTO por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **661/2018** promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a. **Marta Cendra Guinea**, en nombre y representación de **TELECABLE DE ASTURIAS, S.A.U.**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 19 de abril de 2018, que resuelve 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.



Ha sido parte recurrida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, representada por la Abogacía del Estado. Se ha personado, como **codemandada, Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias, S.A. (GITPA)**, representada por el Procurador de los Tribunales **D. Enrique Sastre Botella**.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución indicada, el recurrente interpuso recurso contencioso administrativo y reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos. Termina suplicando a la Sala se dicte sentencia dejando sin efecto la resolución impugnada, acordando la desestimación de las pretensiones formuladas por GITPA en el Conflicto de Acceso.

SEGUNDO.- Emplazado el Abogado del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

GITPA presentó escrito de contestación a la demanda en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Se practicó la prueba solicitada y admitida por la Sala, las partes presentaron por su orden escrito de conclusiones y las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, la cual tuvo lugar el día 13 de enero de 2021.

Ha sido Ponente el Magistrado **D. Fernando Luis Ruiz Piñeiro**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se dirige el presente recurso contra la citada resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de 19 de abril de 2018, que resuelve 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.

Señala la referida resolución:

<<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). 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 (...) 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 CNMC declare que *"procede el abono de estas cantidades al no existir impedimento legal o más concretamente regulatorio alguno al respecto"* (...).

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) [a lo largo de los diez años en que Telecable ha hecho uso de la red Asturcon, GIT no ha procedido a emitir ninguna factura por el uso del servicio de inserción de la señal de TV en RF, habiendo a mayor abundamiento prescrito la posibilidad de reclamar el pago de la mayoría de las prestaciones];

(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 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>>.

Señala la CNMC que, tras las anteriores consideraciones, valora en la resolución recurrida las cuestiones puestas de manifiesto por GIT y Telecable en el seno del presente conflicto.

SEGUNDO.- Como punto de partida, no parece que pueda cuestionarse la competencia de la CNMC para adoptar la decisión que se recurre, dentro de la genérica competencia atribuida de supervisión y control del correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas, conforme al artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC.

Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel) atribuye la resolución de conflictos de acceso e interconexión a la CNMC (artículo 15.1) y, de forma específica, en los mercados de comunicaciones electrónicas (artículo 70.2.d), disponiendo su artículo 12.5 que "*... la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3*".

No cabe duda que la CNMC ha actuado, en este caso, dentro del ámbito de competencias que tiene atribuidas por las citadas normas, así como de la jurisprudencia que la propia resolución impugnada recoge en su Fundamento Segundo.

Expuesto lo anterior, coincide la Sala con la resolución recurrida, en cuanto las relaciones entre las partes (GITPA y Telecable) se recogen y son reguladas en el documento marco de Acceso a la Red Pública Asturcon (ARPA):

<< [hasta la fecha, la relación comercial existente entre las partes no se ha articulado mediante la suscripción de un contrato o acuerdo expreso, como podría por ejemplo ser el contrato para la utilización de la red Asturcon que figura como anexo II al documento marco ARPA. Este hecho es reconocido por GIT, quien sin embargo señala que la relación entre las partes se ha estructurado de hecho sobre la base de las previsiones generales contenidas en el documento marco ARPA].

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 precionario 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)>>.

Coincidimos con la CNMC, en cuanto el citado documento ARPA sirve de elemento base para regular y estructurar la relación entre las partes en conflicto, en el concreto extremo que es objeto de resolución. Debemos tener en cuenta que dicho documento ARPA ha sido el que ha estructurado la relación entre GITPA y Telecable para otras cuestiones, de forma no cuestionada por la hoy recurrente. Además, la regulación que ARPA realiza de la conexión RF de la señal de TV, es suficientemente exhaustiva, como para no necesitar mayor desarrollo.

TERCERO.- En cuanto a la indefensión que se alega, no podemos apreciar que se produzca la misma. Se pretende que existe indefensión al desconocer la parte el alcance del conflicto planteado, lo cual no podemos compartir si partimos del hecho, acreditado, que la parte no solo recibe la resolución que acuerda el inicio del procedimiento, sino que también se le da traslado del escrito de interposición del conflicto. A estos efectos, también resaltamos que las alegaciones que formula la parte desde las primeras fases procedimentales, evidencian que conoce la razón que provoca la intervención de la CNMC.

Tal y como se recoge en la propia resolución recurrida, existen dos informes de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, que fueron oportunamente discutidos por Telecable, sin que se aprecie atisbo alguno de desconocimiento sobre el alcance y objeto del conflicto planteado por GITPA. En todo caso, la parte ha dispuesto en vía administrativa y en la presente vía jurisdiccional, de suficientes posibilidades de alegación y defensa para superar cualquier género de indefensión que considere se le ha producido si bien, como decimos, no es el caso.

Como ya hemos anticipado, la CNMC sostiene que no tiene competencia para examinar la reclamación de cuantías concretas por los servicios prestados, lo que se deduce de la normativa y jurisprudencia que se citan. Por ello la CNMC resuelve que las cantidades supuestamente adeudadas por Telecable a GITPA desde el año 2007, tienen un carácter estrictamente privado entre partes, siendo competencia de la jurisdicción civil. Tesis que no se cuestiona y esta Sala comparte.

Resta por hacer referencia a los principios de neutralidad tecnológica y no discriminación. El primero de dichos principios se materializa en que la intervención pública, para satisfacer una misma necesidad, no debe privilegiar sobre otras la solución tecnológica que se use para prestar el servicio de que se trate. Por su parte, el de no discriminación, pretende que las condiciones que se apliquen a los distintos operadores sean equivalentes ante circunstancias semejantes (prestación de servicios equivalentes con las mismas condiciones técnicas).

En primer lugar, la CNMC no aprecia que se vulnere el principio de neutralidad técnica, lo que esta Sala también detecta sin mayor esfuerzo.

La problemática se centra de la siguiente forma:

<<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 tráficos: (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 contratado, 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€/mes. Estas cuotas son asimismo abonadas por Telecable por la provisión de los servicios de conectividad básicos (sin caudal garantizado) que tiene contratados con GIT.

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, 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 Telecable 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>>.

Tal y como se refleja en la resolución impugnada, GITPA acredita la realización de inversiones específicas para la provisión del servicio de inserción de la señal de TV en RF. Desde el punto de vista técnico, GITPA expone cuáles han sido los equipos empleados para la incorporación de la señal de TV en RF y los medios portadores ópticos hasta los nodos primarios, justifica la provisión de puntos de interconexión de equipos de inserción de señales y la ubicación en 11 nodos primarios y transporte de señal hasta 19 nodos secundarios. Equipos y elementos de red que se completan con habilitación de funcionalidades de recepción en los equipos de usuario ONT.

Se justifica el importe de la inversión efectuada y la repercusión de dicho importe a 40 años, para fijar una cuota de alta y una cuota mensual, con el añadido de que los costes reales asumidos son superiores a la cantidad que se refleja en la resolución recurrida. La CNMC examina y valora los distintos costes y estima que son proporcionados, conclusión que esta Sala debe confirmar.

En segundo lugar, en cuanto al principio de no discriminación, carecemos de elementos de juicio suficientes para poder afirmar que existe otro operador con condiciones diferentes a Telecable, o más beneficiosas, ante la prestación de igual servicio. De hecho, Telecable es el único agente que presta servicios de comunicaciones electrónicas por medio de una red de acceso de cables coaxiales, de tal forma que el uso por Telecable de redes de cable, que debían interoperar con la red de fibra óptica Asturcon, ha necesitado la adaptación de los puntos de interconexión de la red de GITPA y de los terminales de usuario ONT, implicando inversión específica conforme ya hemos señalado.

Finalizamos resaltando, tal y como pone de relieve la Abogacía del Estado, que la falta de impacto en Telecable del coste que se impone en la resolución impugnada, se pone de manifiesto no como justificación de su procedencia, sino como elemento a tomar en cuenta a efectos concluir que no puede afectar a la competencia entre operadores.

CUARTO.- En virtud de las previsiones del artículo 139 LRJCA, procede imponer las costas a la parte recurrente.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a. **Marta Cendra Guinea**, en nombre y representación de **TELECABLE DE ASTURIAS, S.A.U.**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 19 de abril de 2018, que resuelve conflicto entre Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias y Telecable, por ser ajustada a Derecho.

SEGUNDO.- Imponer las costas a la parte recurrente.

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

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