



Roj: **SAN 2626/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:2626**

Id Cendoj: **28079230082016100361**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **27/06/2016**

Nº de Recurso: **583/2013**

Nº de Resolución: **391/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000583 /2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05346/2013

Demandante: CANAL DON BENITO S.L.

Procurador: DOÑA MARÍA LUISA ESTRUGO LOZANO

Demandado: COMISIÓN DE MERCADO DE TELECOMUNICACIONES

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. **JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA**

D. JUAN CARLOS **FERNÁNDEZ** DE AGUIRRE **FERNÁNDEZ**

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a veintisiete de junio de dos mil dieciséis.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **583/13**, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador **DOÑA MARÍA LUISA ESTRUGO LOZANO**, en nombre y representación de **CANAL DON BENITO, S.L.**, frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, siendo codemandada la entidad **TELFÓNICA DE ESPAÑA, SAU (TESAU)**, representada por el Procurador **DON MANUEL LANCHARES PERLADO**, contra resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (**CMT**) de 20 de junio de 2013, (que después se describirá en el primer Fundamento de Derecho), siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 26 de noviembre de 2013, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Decreto de fecha 24 de enero de 2014, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 19 de septiembre de 2014, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 9 de diciembre de 2014, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso. Por la codemandada se contestó a la demanda en fecha 12 de febrero de 2015.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de 8 de abril de 2015, se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Dado traslado a las partes por su orden para conclusiones, las evacuaron, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 22 de junio de 2016, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se recurre en las presentes actuaciones por la entidad "CANAL DON BENITO, S.L" resolución de la CMT, de fecha 26 de septiembre de 2013, en la que se desestimó recurso de reposición contra la de 20 de junio de 2013 que a su vez resolvió conflicto de compartición con TESAU, relativo a la ocupación de determinadas infraestructuras en el término municipal de Don Benito (Badajoz). El acto administrativo recurrido en reposición acordó lo siguiente:

"Canal Don Benito, S.L. y Telefónica de España, S.A.U. deberán, en el plazo de 20 días hábiles a partir de la fecha de la presente Resolución, hacer efectiva la formalización por escrito del acuerdo de uso compartido de las infraestructuras de telecomunicaciones sitas en el municipio de don Benito, en el que se deberán incluir las condiciones económicas establecidas en el presente informe, debiendo asimismo enviar copia del acuerdo a esta Comisión en el plazo de 20 días hábiles desde su formalización."

Los motivos de la demanda se centran, en síntesis, en que ha operado la caducidad en el procedimiento incoado por el regulador, en que se ha generado indefensión por no haber tenido acceso la ahora actora a todos los documentos del expediente, en que se ha incurrido en inmotivación, en que ha existido error en la interpretación del artículo 30 de la Ley General de Telecomunicaciones, en cuanto ese precepto no obliga a compensaciones económicas, y en que, finalmente, existe enriquecimiento injusto por parte de TESAU.

SEGUNDO.- La primera cuestión a dilucidar -caducidad por rebasarse el plazo de cuatro meses en la tramitación del expediente administrativo, ex artículo 14 de la Ley General de Telecomunicaciones, 32/2003, aplicable "ratione temporis" al caso- no puede prosperar. Al respecto, ha de tenerse en cuenta, "mutatis mutandis", lo que decíamos en nuestras Sentencias de 20 de noviembre de 2008 (Recurso 777/2006), 21 de noviembre de 2008 (Recurso 1303/07), 6 de febrero de 2009 (Recurso 813/2005), 7 de mayo de 2009 (Recurso 213/07) y 25 de enero de 2010 (Recurso 1616/2007), entre otras. Veamos.

TERCERO.- Sobre la posible caducidad, esta Sala y Sección, en supuestos similares, ha tenido ocasión de pronunciarse hasta la saciedad. A título de ejemplo, decíamos, en nuestra Sentencia de 21 de noviembre de 2008 (Recurso 1303/07):

<<Sobre el motivo de impugnación relativo a la caducidad ha de traerse a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2008, que rechaza opere tal instituto en supuestos de retrasos en dictar resolución, apreciándose solo la existencia de una irregularidad no invalidante. Su argumento nuclear es el que sigue:

"Es, por tanto, una finalidad pública, de aquí que los mecanismos e instrumentos establecidos para su consecución han de instaurarse necesariamente por los organismos que tengan atribuidas las competencias para ello. Esta potestad difícilmente podrá estar sujeta a término, ya que sería inconcebible que a pretexto de la existencia de un determinado plazo establecido con carácter general, se declarase la caducidad de la misma y se viese por ello impedido el cumplimiento de esa potestad, y, en consecuencia, el fracaso del sistema que se trata de instaurar.



Es cierto que su ejercicio no puede estar latente "sine die", pero su cumplimiento dentro de un plazo prudencial eliminará cualquier conjetura que pudiera hacerse acerca de la ilegalidad por el retraso. A lo sumo a lo que podría llegarse es a considerar que se ha producido una irregularidad no invalidante a las que se refiere el artículo 63.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, pues sería contrario a la lógica que se decretase la nulidad del acto por este motivo, dejando o bien incompleto el régimen que el legislador ha instaurado, o bien, retrotrayendo actuaciones para que se proceda de nuevo a ejercitar la potestad. Por otra parte, en un recurso jurisdiccional en el que junto a este vicio formal se ha alegado otro de fondo, se produciría el efecto de propiciar un nuevo acto con el mismo resultado material, lo que abriría nuevamente la revisión judicial, con el enorme perjuicio que esto tendría en la economía procesal. Se está, por tanto, en el supuesto contemplado en el art. 92.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, que permite excluir la caducidad en el supuesto en el que la cuestión suscitada afecte al interés general.

Estas consideraciones, que ya han sido recogidas en la sentencia de esta Sala de 29 de mayo de 2007, llevan a rechazar el primer motivo de casación, máxime cuando, en el presente caso no ha existido un extraordinario retraso.">>

CUARTO.- De igual forma, en la Sentencia de esta Sala y Sección de 7 de mayo de 2009 (Recurso 213/07), también expresábamos, con argumentos trasladables "mutatis mutandis" al presente pleito:

<<En cuanto a la pretendida caducidad del procedimiento por transcurso del plazo máximo para dictar resolución, decíamos, en el Fundamento Jurídico Cuarto de nuestra sentencia de 5 de septiembre del pasado año, en interpretación del artículo 14 de la Ley General de Telecomunicaciones, 32/2003:

"Este precepto de la LGT dispone que "de los conflictos en materia de interconexión y acceso derivadas de esta Ley y de sus normas de desarrollo conocerá la CMT. Esta, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto de conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva".

Como se observa del expediente la CMT ciertamente desde la iniciación hasta la resolución del expediente han transcurrido en exceso el indicado plazo, ahora bien tal circunstancia nos conduce a examinar las consecuencias de tal inobservancia que según la actora es directamente la caducidad del expediente. Como es sabido la regulación de la caducidad de los procedimientos administrativos se encuentra en el art. 44 de la LRPAC, en la que se distingue entre los procedimientos iniciados a solicitud de la parte interesada y los iniciados de oficio. Pues bien la cuestión jurídica que se suscita es la incardinación del procedimiento examinado, que resuelve un conflicto de acceso de interconexión. No cabe duda de que este tipo de procedimiento se ejercitan por la CMT competencias dirigidas a facilitar el acceso de los operadores al bucle de abonado y ello con la finalidad última de alcanzar una situación de mayor competencia en el mercado de las telecomunicaciones y se incardina entre los objetivos de la LGT, art. 3, la recomendación de la Comisión Europea de 25 de mayo de 2000, Directivas 97/33/CE y 98/10/CE.

A fin de resolver este tema resulta conveniente recordar la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la caducidad en este tipo de procedimientos tramitados por la CMT. Así, resultan clarificadoras las Sentencias de la aludida Sala de 27 de Mayo y 11 de Diciembre de 2007 en las que se examina un supuesto de intervención de la CMT en la determinación de precios de interconexión y en las que se considera que la dilación en dictar resolución no es sino una irregularidad no invalidante a las que se refiere el art. 63.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo. En efecto, se declara en la última de las resoluciones aludidas que:

"Esta potestad de orientación de los precios a coste debe desarrollarse, como es lógico, en el marco de un procedimiento administrativo en el que puedan intervenir todos los sujetos interesados, tanto los operadores dominantes como los que no lo sean y puedan tener acceso a la interconexión. De aquí que la resolución que en su día se dicte puede tener efectos favorables para unos interesados y perjudiciales para otros.

Sobre esta base normativa debe ser examinado si se ha producido la caducidad que ha sido sustentada por la sentencia recurrida. Para ello es necesario distinguir los dos supuestos que contempla el art. 44 de la LRPAC, respecto de los procedimientos iniciados de oficio por la Administración. El primero es el del apartado 1, que se refiere a los procedimientos de los que pueda derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, en los que la no resolución en plazo produce el efecto del silencio administrativo negativo; el segundo es el del apartado 2, referido a procedimientos en que se ejercite la potestad sancionadora o, en general de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, en los cuales la no resolución en plazo determina la caducidad del procedimiento.



El procedimiento que ahora se examina se encuentra en ambas situaciones, pues si bien, de un lado, la orientación a costes de los precios de interconexión efectuada por la CMT perjudica a la entidad recurrente, de otro, beneficia a los operadores no dominantes, tanto en general, como en especial a los que se personaron en el expediente.

Ante esta tesitura, es necesario resolver cual de las alternativas previstas en el artículo 44 LRJPAC debe ser aplicada al presente caso. Sería difícil dar soluciones de carácter general habida cuenta la distinta intensidad que, según las situaciones que se contemplen, tengan los beneficios sobre los perjuicios o viceversa. Para ello es necesario tener presente otras consideraciones que pueden concurrir en el caso cuestionado. El primero de ellos y más relevante es el de la incidencia que para el interés general vaya a tener la resolución que se dicte, que puede incluso llevar, en casos extremos, a la eliminación de la caducidad, como proclama el artículo 92.4 de dicha Ley.

Pues bien, en el presente caso ya se dijo el efecto beneficioso que la orientación a costes tendrá para el mercado de la telefonía móvil, evitando que los operadores dominantes creen barreras de entrada a los otros operadores mediante la elevación abusiva de los precios de interconexión, con el grave detrimento que eso supone para una limpia, no discriminatoria y efectiva competencia, que son los principios sobre los que se asienta tanto a nivel nacional como europeo dicho mercado.

De otro lado, también debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la potestad que a través del acto impugnado ha ejercitado la CMT, es imprescriptible, lo que supone que, aunque se decrete la caducidad del procedimiento, tendría que nuevamente pronunciarse en el mismo sentido. Una declaración de caducidad llevaría a reabrir el procedimiento para obtener el mismo resultado con grave deterioro de la economía procesal.

En último término, se observa que la dilación en dictar la resolución no es debida a la inacción de la Administración, sino a las dificultades propias de un procedimiento de esta clase, en el que intervienen terceros interesados que deben ser oídos en el expediente.

Por todo ello, debe considerarse prevalente en este caso la aplicación del apartado 1 del art. 44 LRJPAC, debiendo estimarse el recurso de casación, pues a lo sumo a lo que podría llegarse es a considerar que se ha producido una irregularidad no invalidantes a las que se refiere el artículo 63.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común "

En la misma línea la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Enero de 2008 rechaza e la caducidad en los supuestos de retrasos en dictar resolución apreciando, por el contra, una irregularidad no invalidante. Los términos de esta Sentencia son los siguientes:

Es, por tanto, una finalidad pública, de aquí que los mecanismos e instrumentos establecidos para su consecución han de instaurarse necesariamente por los organismos que tengan atribuidas las competencias para ello. Esta potestad difícilmente podrá estar sujeta a término, ya que sería inconcebible que a pretexto de la existencia de un determinado plazo establecido con carácter general, se declarase la caducidad de la misma y se viese por ello impedido el cumplimiento de esa potestad, y, en consecuencia, el fracaso del sistema que se trata de instaurar.

Es cierto que su ejercicio no puede estar latente "sine die", pero su cumplimiento dentro de un plazo prudencial eliminará cualquier conjetura que pudiera hacerse acerca de la ilegalidad por el retraso. A lo sumo a lo que podría llegarse es a considerar que se ha producido una irregularidad no invalidante a las que se refiere el artículo 63.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común , pues sería contrario a la lógica que se decretase la nulidad del acto por este motivo, dejando o bien incompleto el régimen que el legislador ha instaurado, o bien, retrotrayendo actuaciones para que se proceda de nuevo a ejercitar la potestad. Por otra parte, en un recurso jurisdiccional en el que junto a este vicio formal se ha alegado otro de fondo, se produciría el efecto de propiciar un nuevo acto con el mismo resultado material, lo que abriría nuevamente la revisión judicial, con el enorme perjuicio que esto tendría en la economía procesal. Se está, por tanto, en el supuesto contemplado en el art. 92.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común , que permite excluir la caducidad en el supuesto en el que la cuestión suscitada afecte al interés general.

Estas consideraciones, que ya han sido recogidas en la sentencia de esta Sala de 29 de mayo de 2007 , llevan a rechazar el primer motivo de casación, máxime cuando, en el presente caso no ha existido un extraordinario retraso, pues el acto se dictó dentro de los 4 meses siguientes a la iniciación del procedimiento, dilatándose la notificación sólo dos días".

Pues bien a la luz de la anterior doctrina jurisprudencial expuesta hemos de realizar las siguientes consideraciones. En el presente caso es evidente que concurre un claro interés general dado el efecto beneficioso que el acceso al bucle abonado tiene para el mercado, evitando que los operadores dominantes creen barreras de entrada a los otros operadores como puede ser demorando el acceso al bucle, con el grave

detrimento que eso supone para una efectiva y no discriminatoria competencia que son los principios sobre los que se asienta a nivel nacional y europeo dicho mercado.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que al igual que lo que ocurría en el supuesto contemplado en la Sentencias dictadas en casación citadas, el ejercicio de la potestad que a través del acto impugnado ha ejercitado la CMT es imprescriptible, lo que supone que, aunque se decreta la caducidad del procedimiento, tendría que nuevamente pronunciarse en el mismo sentido. Una declaración de caducidad llevaría a reabrir el procedimiento para obtener el mismo resultado con grave deterioro de la economía procesal. También, como en aquella ocasión se observa que la dilación en dictar la resolución no es debida a la inacción de la Administración, sino a las dificultades propias de un procedimiento de esta clase, en el que intervienen terceros interesados que deben ser oídos en el expediente.

Por todo ello, atendiendo a la específica naturaleza del procedimiento en el que concurren diversos intereses particulares y un manifiesto interés general y siguiendo las indicadas pautas jurisprudenciales consideramos de igual modo prevalente en este caso la aplicación del apartado 1º del art. 44 LRJPAC alcanzando la conclusión de que a lo sumo podría llegarse es a considerar que se ha producido una irregularidad no invalidante a las que se refiere el artículo 63.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común. La emisión de la resolución impugnada unos días después de consumido el plazo de cuatro meses al que se refiere la Ley no produce como efecto, según pretende la actora, la nulidad de la decisión adoptada por tal causa sino que con arreglo al expuesto criterio jurisprudencial y en una interpretación razonable de las normas aplicables consideramos que la irregularidad advertida no presenta trascendencia anulatoria.

Frente a esta conclusión no cabe oponer las citas jurisprudenciales que se realizan en el escrito de demanda, pues los casos en ellas contemplados se refieren a procedimientos sancionadores o en los que se ejercita otro tipo de competencias de la Administración, que no tienen parangón con el caso aquí examinado, en el que se hace inexcusable el cumplimiento de la función atribuida a la CMT para que la competencia en el mercado pueda mantenerse con adecuación a lo principios indicados.">>

QUINTO.- Tampoco puede atenderse cuanto se afirma respecto de una pretendida indefensión. Como bien argumenta el demandado, en coherencia con el proceder administrativo, no es dable inferir que la declaración de confidencialidad por parte de la antigua CMT de cierta documentación aportada por TESAU genere indefensión a la recurrente, en tanto se aquietó en su momento a tal declaración. Además, ha de añadirse que el no poder acceder la actora a determinados convenios de TESAU con promotores para la dotación de infraestructuras en nada puede considerarse afecte a la tutela judicial efectiva, como ya anticipamos en Auto de 3 de junio de 2015, dictado en el ramo de prueba, en el que se razonó que la inadmisión de prueba al efecto "no redundaba en menoscabo alguno de la tutela judicial efectiva, pues los elementos nucleares del litigio pueden ser dilucidados con exclusión de la documental aludida". De igual forma, la aportación de los Convenios declarados confidenciales tenía por objeto, lógicamente, acreditar que TESAU había participado en la construcción de las infraestructuras y las cuantificaciones que contienen en nada se tienen en cuenta por el regulador para determinar lo que CANAL DON BENITO, S.L., tuviera que satisfacer, consideraciones que convierten en innecesaria la diligencia final que se impetra y permiten descartar, insistimos, la indefensión invocada.

SEXTO.- Igual suerte ha de correr la alegación de inmotivación, a la vista de los razonamientos recogidos en las dos resoluciones que se revisan, que claramente abordan las cuestiones planteadas por la ahora demandante, en el entendimiento de que la tacha de inmotivación no cabe formularla respecto del segundo acto administrativo, en cuanto resuelve recurso de reposición deducido frente al primero, esto es, el regulador, en el conjunto de ambas resoluciones verifica una valoración suficiente de cuantos extremos invocaba la parte. En suma, basta una somera aproximación a ambas decisiones para concluir que integran una atinada atención a todo lo que la entidad promovente planteaba, con unos argumentos detallados que permiten, sin asomo de dudas, inferir la lógica que ha guiado el criterio administrativo.

SÉPTIMO.- La interpretación del artículo 30 de la anterior Ley General de Telecomunicaciones ha sido correcta y, por ende, permite descartar de plano un enriquecimiento injusto por parte de TESAU. La cuestión fue objeto de análisis en nuestra Sentencia de 24 de septiembre de 2014 (Recurso 680/2012), que a continuación reproduciremos en los aspectos ahora relevantes.

Ha de partirse de que el aludido artículo 30.3 establece que en los supuestos en que la Administración competente acuerde el uso compartido del dominio en que se van a establecer las redes de Telecomunicaciones, éste "se articulará mediante acuerdos entre los operadores interesados (...) a falta de acuerdo, las condiciones del uso compartido se establecerán, previo informe preceptivo de la citada Administración competente, mediante resolución de la CMT".

Y en la Sentencia de 24 de septiembre de 2014, antes citada, expresábamos;



"La cuestión litigiosa, la ubicación compartida y el uso compartido de la propiedad pública y privada, está regulada por la Ley General de Telecomunicaciones del año 2003 en los siguientes términos:

"Artículo 30 Ubicación compartida y uso compartido de la propiedad pública o privada

2. *Cuando los operadores tengan derecho a la ocupación de la propiedad pública o privada y no puedan ejercitar por separado dichos derechos, por no existir alternativas por motivos justificados en razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial, la Administración competente en dichas materias, previo trámite de información pública, acordará la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada en que se van a establecer las redes públicas de comunicaciones electrónicas o el uso compartido de las infraestructuras en que se vayan a apoyar tales redes, según resulte necesario.*

3. *El uso compartido se articulará mediante acuerdos entre los operadores interesados. A falta de acuerdo, las condiciones del uso compartido se establecerán, previo informe preceptivo de la citada Administración competente, mediante Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Dicha resolución deberá incorporar, en su caso, los contenidos del informe emitido por la Administración competente interesada que ésta califique como esenciales para la salvaguarda de los intereses públicos cuya tutela tenga encomendados."*

En este caso existe una obligación de uso compartido adoptada por el Ayuntamiento de Lebrija, según informe remitido en su día a la CMT por este y obrante en el expediente.

Pero el art. 30 reproducido igualmente atribuye a la CMT la competencia para determinar las condiciones en que tal uso compartido se va a llevar a cabo a falta de acuerdo entre los operadores sobre la determinación de dichas condiciones.

Esta regulación impone llegar a la misma conclusión que alcanza la resolución impugnada: no basta con que el Ayuntamiento efectúe la declaración de uso compartido y se paguen las tasas. Es necesario para ocupar una infraestructura sita en el dominio público que ya esté ocupada por otro operador que los operadores implicados se pongan de acuerdo. Y la CMT en el ejercicio de las facultades que le otorga el ordenamiento jurídico, y que no son negadas o combatidas por la recurrente, procede a establecer las condiciones económicas de la compartición.

En el expediente administrativo ha quedado acreditado el distinto nivel de participación de Telefónica en la ejecución de las obras de las infraestructuras litigiosas, unas veces presentando los convenios correspondientes, otras aportando las facturas de los gastos incurridos en la realización de las infraestructuras."

En la misma resolución, sobre el pretendido enriquecimiento injusto, se razonaba sobre su inexistencia en un caso similar, aludiendo al "criterio razonable, jurídicamente correcto y motivado" de la CMT, en línea con lo que ya sostuvo la Sala en Sentencia de 22 de mayo de 2012 (Recurso 747/2009), que valoró que TESAU intervino en convenios con promotores para realización de instalaciones con la finalidad de extender redes de telecomunicaciones, y que tuvo que arrostrar el coste de obra civil y materiales correspondiente al ejercitar, efectivamente, las obras, por lo que correspondía fijar una compensación por la compartición de las reseñadas infraestructuras. Tampoco, por lo tanto, podemos aceptar esta alegación.

OCTAVO.- En virtud de todo lo expuesto, el presente recurso jurisdiccional ha de ser desestimado, sin que la pericial de parte pueda empañar es conclusión, informe unido a la demanda como Documento 1 y elaborado por un ingeniero de telecomunicaciones que contiene una estimación de coste de infraestructuras "basado en tarifas de distintos proveedores" y su "experiencia profesional", pero sin razonar en absoluto por qué los métodos utilizados por la CMT pudieran ser incorrectos ni, en consecuencia, desvirtuar lo que al respecto razona la resolución de la CMT de 26 de septiembre de 2013 en su atinado Fundamento Jurídico Tercero, cuyo tenor ha de compartirse en su plenitud:

"La entidad recurrida manifiesta en las alegaciones segunda y cuarta de su recurso que en la resolución recurrida no consta soporte alguno que permita identificar los gastos en los que realmente incurrió TESAU y que sirvan de fundamento para sostener la compensación económica atribuida a este operador.

Según CANAL DB, la existencia de una serie de Convenios, no implica que se hayan hecho las aportaciones de material que los mismos recogen. Es por ello que considera que, además del convenio, TESAU debería acreditar los gastos efectivamente soportados por TESAU por el aporte de materiales.

Por todo ello consideran que las condiciones económicas que impone la resolución recurrida, no sólo no están debidamente acreditadas sino que además dicha resolución parte de la fijación de unos importes que determinarían un flagrante y abusivo enriquecimiento injusto a favor de TESAU.

Como se indica en el Fundamento Primero de la presente resolución, los convenios a los que hace referencia la recurrente son aportados por TESAU con el fin último de acreditar que incurrió en costes en el momento de su construcción dado que, a los efectos de calcular la retribución concreta que debe pagar el operador ocupante, esta Comisión no realiza un cálculo individualizado teniendo en cuenta los costes que constan en los convenios sino que toma como referencia los precios regulados -y orientados a costes- para servicios similares.

En este sentido cabe indicar que esta Comisión se ha pronunciado ya en diversos procedimientos en cuanto al precio a aplicar en el uso compartido de infraestructuras habiéndose utilizado los siguientes criterios:

- Precios previamente negociados por/as partes.

En aquellos casos en los que se pudo comprobar que las partes habían alcanzado un acuerdo previo sobre determinados importes y, en virtud del principio de intervención mínima, esta Comisión consideró conveniente respetar y tomar como referencia :1 aquellos precios que habían sido negociados por las operadoras en conflicto.

- Precios vigentes en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TESAU (OBA) para el tendido de cable externo.

1 Para todas aquellas ocupaciones que tuvieron lugar con anterioridad a la entrada en vigor de la Resolución de los Mercados 4 y 5 esta Comisión fijó como referencia los precios vigentes en la OBA para el servicio de tendido de cable externo con uso compartido de canalización existente de TESAU.

Cabe recordar que el citado servicio es aquel que puede ser contratado por un operador que solicita el acceso al bucle desagregado o compartido de TESAU cuando los equipos del operador no se ubican en el mismo edificio donde está alojado el repartidor principal de TESAU. Una de las opciones del servicio de tendido de cable externo permite que los cables de pares del operador se instalen a través de una canalización y unas arquetas de TESAU ya existentes. Si el operador elige esta opción, TESAU está habilitada para repercutir una cantidad mensual al operador en concepto de uso compartido de canalización y arqueta existentes.

- Precios vigentes en la Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos de TESAU (Oferta Marco).

En aquellos casos en los que las infraestructuras en conflicto fueron ocupadas de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 30 de la LGTel -y se acreditaba que el operador había asumido gastos en su construcción- pero la ocupación efectiva se había llevado a cabo tras la aprobación de la Resolución de los Mercados 4 y 5, esta Comisión prefirió tomar como referencia los precios fijados en la Resolución de la Oferta Marco donde, a través de la contabilidad de costes de Telefónica, se fijó un marco de referencia que obliga a esa operadora a compartir sus infraestructuras de la red de acceso con orientación a costes.

En este sentido cabe indicar que este sistema de cálculo utilizado la Comisión ha sido avalado por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 22 de mayo de 201216, que resuelve el recurso interpuesto contra las resoluciones de esta Comisión de fecha 14 de mayo de 200917 y 1 de octubre de 200918. A este respecto el Tribunal establece que:

"Pues bien, a este respecto y dado que -racione/mente y conforme a la sana crítica- el establecimiento de infraestructuras por TELEFONICA comportó coste para la empresa que lo realizó, el Tribuna) no estima injusto ni inadecuado, a los solos efectos de la determinación del "quantum", el empleo por parte de la CMT de los precios negociados por las partes o la toma en consideración del precio regulado para un servicio similar.

Ambos métodos son razonables y no admiten reproches en términos de carga de la prueba puesto que no se trata de probar el hecho de la construcción, sino de evaluar su preciso coste, lo que es bien distinto. Ningún obstáculo existe pues para que aquel concreto coste pueda ser hallado a través de métodos estimativos o por comparación.

Por todo ello, deben desestimarse las alegaciones realizadas por la recurrente respecto al método de cálculo de las condiciones económicas impuestas por esta Comisión.

Finalmente, y dado que las ofertas mayoristas tomadas como referencia para fijar las condiciones económicas están orientadas a costes, tampoco puede considerarse que los precios impuestos produzcan un enriquecimiento injusto a favor de TESAU."

NOVENO.- Se imponen las costas a la parte actora, ex artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

FALLAMOS

En nombre de S.M. EL REY, y en atención a lo expuesto, la Sala ha decidido:



PRIMERO.-DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo formulado por "**CANAL DON BENITO, S.L.**", contra resolución de Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de 20 de junio de 2013, a que las presentes actuaciones se contraen.

SEGUNDO.- Se imponen las costas a la parte actora.

Así por esta nuestra Sentencia que se **notificará** a las partes haciendo la indicación de que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 86.1 de la LJCA, y de la cual será remitido testimonio a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ