



Roj: **SAN 1456/2024 - ECLI:ES:AN:2024:1456**

Id Cendoj: **28079230062024100178**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/03/2024**

Nº de Recurso: **130/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000130 /2020

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00930/2020

Demandante: TELDRIVE TELECOMUNICACIONES S.L

Procurador: D^a PATRICIA MARTIN LOPEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: CELLNEX TELECOM S.A

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

SENTENCIA N^o :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiuno de marzo de dos mil veinticuatro.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **130/2020**, promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a. Patricia Martín López, en nombre y en representación de **TELDRIVE TELECOMUNICACIONES S.L**, contra la Resolución SAMAD/05/19, TELECOMUNICACIONES, de fecha 21 de Noviembre de 2019, dictada por la Sala de la Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que resuelve no incoar procedimiento sancionador y acordar el archivo de las actuaciones seguidas en el procedimiento por la "Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad de la Comunidad Autónoma de Madrid" como consecuencia de la denuncia presentada por T ELDRIVE TELECOMUNICACIONES S.A. contra CELLNEX TELECOM S.A., la COMUNIDAD DE MADRID, el AYUNTAMIENTO DE BODADILLA DEL MONTE y el AYUNTAMIENTO DE MOSTOLES. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada y



defendida por el Abogado del Estado y como entidad codemandada ha comparecido CELLNEX TELECOM S.A, representada por el Procurador D. Roberto Alonso Verdú.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que:

"... en su día dicte Sentencia, anulando la Resolución SAMAD/05/19, TELECOMUNICACIONES, de fecha 21 de Noviembre de 2019, dictada por la sala de la competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que resuelve: " No incoar procedimiento sancionador y acordar el archivo de las actuaciones seguidas en el procedimiento por la Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad de la Comunidad Autónoma de Madrid" como consecuencia de la "Denuncia presentada por TELDRIVE TELECOMUNICACIONES S.A.. contra "CELLNEX TELECOM S.A., la Comunidad de Madrid, y el AYUNTAMIENTO DE BODADILLA DEL MONTE, por considerar que en el expediente no hay indicios de infracción de la LDC, Y ordenando su sustitución por otra Resolución en la que por la Administración Demandada se incoe Expediente Disciplinario contra "CELLNEX TELECOM S.A. , la COMUNIDAD DE MADRID, el AYUNTAMIENTO DE BODADILLA DEL MONTE y el AYUNTAMIENTO DE MOSTOLES, por la presunta comisión de las Infracciones tipificadas en los Arts. 62 - 2º, b-c-e - 62-3º, a-c - 62-4º, a-b todos ellos de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Y, en cualquier caso, con expresa imposición de todas las costas causadas en los presentes autos, solidariamente, a las Partes Demandada y Codemandada subsidiariamente, para el caso de no ser impuestas a ambas solidariamente, con expresa declaración de su temeridad y mala fe".

SEGUNDO. - El Abogado del Estado y la defensa de la entidad codemandada contestan a la demanda mediante escritos en los que, respectivamente, suplican se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO. - No habiéndose acordado el recibimiento del recurso a prueba, se confirió traslado a las partes para que por orden sucesivo presentaran a escritos de conclusiones y una vez aportados quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló la audiencia el día 13 de marzo del año en curso.

QUINTO. - En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En el presente recurso contencioso administrativo se impugna la Resolución SAMAD/05/19, TELECOMUNICACIONES, de fecha 21 de noviembre de 2019, dictada por la Sala de la Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que resuelve:

" No incoar procedimiento sancionador y acordar el archivo de las actuaciones seguidas por la Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad de la Comunidad Autónoma de Madrid como consecuencia de denuncia presentada por TELDRIVE TELECOMUNICACIONES S.L. contra CELLNEX TELECOM S.A. y el Ayuntamiento de Boadilla del Monte. Por considerar que en este expediente no hay indicios de infracción de la LDC".

Y, según la CNMC, las razones por las cuales no procede la incoación de expediente sancionador se recogen en el Fundamento de Derecho Tercero de la resolución impugnada en el que se indica que:

" Corresponde analizar en primer lugar si los hechos investigados pueden constituir una infracción del artículo 1 de la LDC , consistente en un acuerdo o práctica concertada con aptitud para producir efectos anticompetitivos en relación con la licitación efectuada por el Ayuntamiento de Boadilla del Monte.

No ha quedado acreditado ningún contacto ni indicio de la existencia de un acuerdo colusorio del artículo 1 de la LDC entre CELLNEX y el Ayuntamiento de Boadilla del Monte que haya tenido el objeto o efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado y que permita considerar acreditado este tipo de ilícito en las conductas investigadas, por lo que no existe indicio de infracción del artículo 1 LDC .



TELDRIVE denuncia también la existencia de una hipotética infracción del artículo 2 de la LDC por el hecho de que la licitación tenga cláusulas abusivas, en particular, el hecho de que se exija una experiencia en diez instalaciones similares como requisito de solvencia técnica. Independientemente del análisis de necesidad y proporcionalidad de las cláusulas de los contratos públicos que puede realizarse desde la perspectiva de promoción de la competencia, en sede de defensa de la competencia debe valorarse si existe un operador económico con posición de dominio en el mercado que realice actuaciones de abuso, exigencias ambas que no se podrían considerar verificadas por el hecho de que se haya introducido en un contrato una cláusula como la planteada.

Respecto del posible abuso de CELLNEX al no suministrar a TELDRIVE el radioenlace para presentarse a la licitación e indicarle que se procedería a retirarlo tampoco puede considerarse acreditado indicio alguno de infracción. El dispositivo de radioenlace era propiedad de CELLNEX y ha quedado acreditada la escasa dificultad de acceso a este dispositivo, que es ofrecido por multitud de proveedores de radioenlaces a un precio aproximado de 2.600 euros cuando el presupuesto base del contrato administrativo objeto del expediente era de 23.000 euros. Por ello, sin entrar a valorar la existencia de posición de dominio, no cabría entender que la práctica constituye abuso.

Finalmente, el artículo 3 de la LDC señala que la CNMC o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas "conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público." De los hechos acreditados no se deduce la existencia de conducta desleal alguna por parte de las denunciadas que tenga entidad suficiente para falsear la competencia, considerando las distintas posibilidades existentes de realizar ofertas adquiriendo un radioenlace por una cantidad económica que no puede suponer barrera de entrada para las oferentes. Por tanto, esta Sala considera que no existen indicios de infracción del artículo 3 de la LDC".

SEGUNDO. - Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del proceso se destacan los siguientes hechos que se deducen del expediente administrativo y de las alegaciones de las partes:

1. Con fecha 7 de marzo de 2018, tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de denuncia presentado por TELDRIVE (folios 1 a 202).
2. En el trámite de asignación de competencia de conformidad con el artículo 2.2 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia se determina que la DGEEC es el órgano competente, pues las prácticas denunciadas se circunscribían al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Madrid. La CNMC remitió la denuncia a la DGEEC el 3 de abril de 2018.
3. Con fecha 10 de mayo de 2018, se formuló al denunciante un requerimiento de subsanación de denuncia (folios 203 a 206), en virtud del artículo 25 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero. El denunciante contestó al requerimiento de subsanación el mismo día (folios 207 a 222).

De resultados de la citada denuncia, la DGEEC inició una fase de actuaciones de información reservada, a fin de recopilar información.

4.- La Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad de la Comunidad de Madrid (DGEEC) dentro del marco de la información reservada SA 4/2018 llevó a cabo una serie de requerimientos de información al Ayuntamiento de Boadilla del Monte, a Teldrive, a Celinex, a la Secretaria para el Avance Digital y a Retevisión SAU.

5. Con fecha 25 de marzo de 2019, se declara por la DGEEC la confidencialidad de parte de la documentación aportada por RETEVISION I S.A.U (folios 999 a 1.318).

6. El 12 de abril de 2019, la DGEEC incorpora al expediente el pliego del contrato de servicios denominado "redacción de proyectos, suministro, instalación y puesta en marcha de la infraestructura y comunicaciones necesarias para la extensión de la cobertura de la señal de TDT en la Comunidad de Madrid", así como copia del equipamiento instalado en el centro del CYII en Majadahonda (folios 1.319 a 1.447).

7. Con fecha 30 de mayo de 2019, la DGEEC, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LDC y el artículo 27.1 del RDC, dictó propuesta de no incoación de expediente sancionador y de archivo de la denuncia (folios 1.448 a 1.528), al considerar que en los hechos denunciados no se apreciaban indicios de infracción de la LDC. En la citada propuesta se hace constar que la denuncia presentada por Teldrive no sólo se refiere posibles situaciones anticompetitivas en relación con una licitación convocada por el Ayuntamiento para el mantenimiento de un centro emisor de TDT, sino que también alude a aspectos relativos a actuaciones de la CAM y de Telemadrid, S.A., y a una supuesta conducta conjunta de CELLNEX y el Ayuntamiento de Móstoles.

Ello, no obstante, la Propuesta de Archivo dispone que únicamente ha analizado la Denuncia respecto de las posibles situaciones anticompetitivas en relación con la licitación del Ayuntamiento para el mantenimiento de un centro emisor de TDT (CYII-Majadahonda). En este sentido, la CAM considera que las alegaciones relativas a su actuación y a la de Telemadrid, S.A. no afectan al Derecho de la Competencia. Y, por otra, respecto de la supuesta conducta conjunta de CELLNEX y el Ayuntamiento de Móstoles, la CAM señala que "dada su complejidad y al constituir otra conducta independiente, es objeto de otra información reservada distinta por parte de la DGEEC (Información Reservada SA 17/2018).

La DGEEC remitió el expediente administrativo completo el 3 de junio de 2019 (folio 1.529).

8. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC aprobó esta resolución en su reunión de 21 de noviembre de 2019.

Por lo que se refiere al mercado geográfico se consigna que el centro emisor de TDT ubicado en Majadahonda da cobertura a varios municipios madrileños (Boadilla del Monte, Villaviciosa de Odón, Villanueva de la Cañada y Villanueva del Pardillo) y que, por tanto, corresponde a los citados municipios de la Comunidad Autónoma de Madrid.

A continuación, se recoge el marco normativo de la actividad de instalación y mantenimiento de equipos y sistemas de telecomunicación

En el apartado "Hechos Probados" se consigna que la denuncia objeto de este expediente ha sido valorada por la Sala de Competencia de la CNMC partiendo de los hechos consignados en la propuesta de no incoación del procedimiento sancionador y de archivo y en la documentación recabada en el expediente Recoge la resolución recurrida que la denuncia objeto de este expediente ha sido valorada por la Sala de Competencia de la CNMC partiendo de los hechos consignados en la propuesta de no incoación del procedimiento sancionador y de archivo y en la documentación recabada en el expediente y, a continuación, se recoge la siguiente información del expediente de contratación NUM000 del Ayuntamiento de Boadilla del Monte y sus antecedentes:

(1) El 3 de abril de 2010 se realizó en España el cese de las emisiones analógicas de televisión y su transición definitiva a la TDT. Hasta esa fecha en la Comunidad de Madrid se recibía la señal analógica desde la antena de Torrespaña o desde La Bola del Mundo, en Navacerrada.

(2) Debido a la menor penetración de la señal de TDT en zonas con orografías más complejas, la Comunidad de Madrid con la colaboración de los operadores de televisión, se comprometió a instalar torres repetidoras de señal por distintos puntos de la región como el CYIIG Majadahonda para alcanzar una cobertura del 100%. El coste de estos repetidores y su mantenimiento fue asumido en un primer momento íntegramente por el Gobierno regional.

(3) Desde el 1 de enero de 2015, la Comunidad de Madrid dejó de financiar el mantenimiento de los centros emisores de TDT situados en los diferentes municipios madrileños. Se firmó el 22 de diciembre de 2014 un acuerdo de colaboración entre el Ayuntamiento de Boadilla del Monte, Villanueva del Pardillo, Villanueva de la Cañada y Villaviciosa de Odón para contratar la adaptación al dividendo digital y el mantenimiento del centro emisor de Majadahonda.

El 30 de noviembre de 2015 se firmó una adenda al convenio de colaboración entre ayuntamientos (expediente 19578/2014) en la que se manifestaba que las actuaciones de licitación, adjudicación y seguimiento de contratos futuros al amparo de dicho convenio se encomiendan al ayuntamiento que en cada momento cuente con el mayor porcentaje de gastos del convenio (hasta la fecha el Ayuntamiento de Boadilla del Monte).

A finales de 2015 se tramitó el expediente de contratación EC/2015/37 para la adjudicación del contrato del servicio de "Mantenimiento del Centro Emisor de TDT ubicado en el CYII-Majadahonda, formalizándose el día 24 de febrero de 2016, con una duración de 1 año, y siendo aprobada su única prórroga por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 22 de diciembre de 2016. El contrato finalizó el 24 de febrero de 2018 De conformidad con el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Boadilla del Monte de 9 de noviembre de 2017, el 23 de noviembre de 2017 se publicó en el BOCM el anuncio del contrato del servicio de "Mantenimiento del Centro Emisor de TDT ubicado en el CYII- Majadahonda".

(5) Según el Pliego de prescripciones técnicas de la Licitación ("PPT") (folios 770 y siguientes del expediente), el objeto de este contrato de servicios se describe en los siguientes términos:

"El objetivo de este pliego es seguir prestando el servicio de mantenimiento del centro emisor situado en CYII Majadahonda (detallándose los equipos concretos en el Anexo I y Anexo II) que garantice la continuidad de la prestación del servicio de ellos canales 58 (TGE), 55 (TDT Autonómica) 33 (MUX1), 59 (MUX2) y 49 (MUX3) del que se benefician los municipios referenciados anteriormente [Boadilla del Monte, Villaviciosa de Odón, Villanueva de la Cañada y Villanueva del Pardillo, según los Antecedentes del PPT].

El mantenimiento se concreta, básicamente, en la prestación de los siguientes servicios:

2.1 Servicio de coubicación de los equipos y sistemas radiantes en el emplazamiento CYII, consistentes en la provisión de espacio físico en la caseta y en la torre de los emplazamientos.

Incluye también el acceso al punto de energía. La empresa adjudicataria deberá obtener los permisos de CYII para ubicar, y poder acceder al local en que se sitúan los equipos.

2.2 Consumo de energía eléctrica.

2.3 Servicio de mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos e instalaciones.

En la oferta técnica se deberán detallar las soluciones que plantea el licitador para asegurar los siguientes tipos de mantenimiento:

Correctivo. [...]

Proactivo [...]

2.4 Transporte de la señal de TDT autonómica desde el lugar de la entrega de los radiodifusores hasta el centro emisor CYII Majadahonda. Dicho transporte se realiza a través de radioenlaces".

3. El adjudicatario de la Licitación fue RETEVISIÓN I, S.A.U. ("RETEVISIÓN"), sociedad 100% participada por CELLNEX (véanse el folio 979 del expediente), en virtud de la Resolución del Ayuntamiento de fecha 26 de febrero de 2018, formalizándose el contrato entre el Ayuntamiento y este operador con fecha 12 de marzo de 2018 ("Contrato") (folios 709 y siguientes del expediente).

El Contrato tiene una duración de un año a contar a partir del día siguiente a su formalización, con la posibilidad de ser prorrogado por un año adicional (folio 710 del expediente). El precio anual del Contrato es de 22.120 euros más IVA (folio 710 del expediente)

(6) El radioenlace permite dar la señal audiovisual a Boadilla del Monte y otros municipios de la Comunidad de Madrid. El dispositivo de radioenlace forma parte del servicio de transporte necesario para poder conducir la señal desde la cabecera de multiplexación del servicio de TDT al centro emisor en el que se lleva a cabo el servicio de difusión.

(7) El dispositivo de radioenlace es provisto por varios operadores. Su coste rondaría los 2600 euros. CELLNEX no vende radioenlaces.

(8) El contrato tiene duración de un año prorrogable por un año más. El presupuesto base es de 23.000 euros más IVA.

(9) Se requiere para acreditar la solvencia técnica del contrato administrativo "una relación de al menos 10 centros cuyo mantenimiento hayan efectuado durante los cinco últimos años, de similares características o superiores al requerido en este pliego".

(10) El contrato está sujeto al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). El contrato se adjudicó por procedimiento abierto. El único licitador que presentó oferta fue CELLNEX y se le adjudicó el 26 de febrero de 2018 por 22.120 €. El contrato se comenzó a ejecutar el 13 de marzo de 2018.

(11) Los equipos de difusión en el centro emisor de Majadahonda son propiedad del Ayuntamiento de Boadilla del Monte y el centro en que se ubican es propiedad del Canal Isabel II.

Tras ello, se transcribe el contenido de los correos electrónicos entre CELLNEX y TELDRIVE:

- Correo remitido por un responsable de la Dirección Negocio Broadcast de CELLNEX a TELDRIVE el 5 de diciembre de 2017 que señalaba (folios 88 a 92):

"Quería también aprovechar para aclararte, pues creo que el pliego no lo hace, que el equipamiento de transporte del mux autonómico (radioenlace) es propiedad de Cellnex Telecom y no de la Comunidad de Madrid, pues esa parte del contrato no es simplemente un mantenimiento de equipos sino una prestación de servicio de transporte. Cellnex, en caso de no resultar adjudicataria de este contrato, procedería a retirar dicho radioenlace."

El mismo día desde TELDRIVE se contesta al correo preguntando por los factores que hacen decidir que un canal autonómico emita por vía terrestre en vez de por satélite. El mismo responsable de CELLNEX contesta en un correo en el que señala que no puede hablar en nombre de Telemadrid.

Desde TELDRIVE se contesta a este último correo el día 6 de diciembre de 2017 indicando (folios 88 a 92):

"no te pido que seas Telemadrid"

Solo te pregunto si es Cellnex quien distribuye la señal satelital para los canales autonómicos de España y saber que cuesta, que entiendo será lo mismo si eres Andalucía, país vasco o castilla león.

Por otro lado, creo que el radioenlace del canal autonómico que reside en pozuelo está dentro del 98% que tiene la obligación de garantizar Telemadrid a la comunidad y que le paga Telemadrid a Cellnex en otro contrato distinto al del mantenimiento del repetidor de Boadilla.

Por eso no entiendo lo que me has contado en tu mail anterior, cualquier información aclaratoria en este sentido será bien recibida"

En un correo posterior de 6 de diciembre de 2017 el mismo responsable del mismo responsable de CELLNEX señala (folios 88 a 92)

"Disculpa, pues no sé si hay un malentendido. Mi correo se refiere a la licitación del Ayto. de Boadilla que no al de Villaviciosa de Odón

Lo que te he indicado respecto al radioenlace, sólo con la intención de evitar un posible malentendido por vuestra parte si presentáis oferta, es lo que es.

Como podrás comprender sabemos perfectamente el alcance de nuestros contratos con Telemadrid y con el Ayto."

TERCERO. - En el escrito de demanda presentado por la recurrente se solicita la nulidad de la resolución administrativa impugnada y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

Se denuncia la incorrecta definición del mercado afectado considerando que debería haber sido analizado atendiendo a la clasificación del mismo en: MERCADO 18 o mercado mayorista de transmisión de señales de televisión y MERCADO DE EXTENSIÓN, siendo precisamente en este último en el que, a su juicio se concentra la demanda de la recurrente. Alega que la CNMC se refiere erróneamente en su análisis al MERCADO 18, puesto que el contrato con el Ayuntamiento de Boadilla del Monte no tenía como objeto cumplir las obligaciones de cobertura garantizadas por ley en lo que se conoce como zona I de radiodifusión (98% para canales públicos autonómicos y 96% para canales privados), sino garantizar un centro de difusión fuera de la zona de cobertura oficial en lo que se conoce como zonas de extensión o zona II.

En cuanto al mercado geográfico, defiende que el análisis no debería circunscribirse al ámbito autonómico considerando que la remuneración que se ofrece mediante la licitación tiene la consideración de ayudas de Estado y, como tal, afectadas por la "Decisión de la Comisión Europea n.º C 23/2010 (ex NN 36/2010) - España. Ayuda para el despliegue de la televisión digital (TDT)" y que, por tanto, aunque la licitación solo haya tenido efectos a nivel autonómico, los fondos afectados están siendo investigados por la Comisión Europea a nivel estatal.

Opone la ausencia de un análisis de los hechos atendiendo a la normativa de ayudas de estado, TELDRIVE considera que la CNMC tendría que haber hecho referencia en su análisis al otorgamiento de ayudas de Estado ilegales e incompatibles a la televisión digital terrestre. Dado que CELLNEX ha sido adjudicatario de licitaciones similares en todo el territorio nacional ("beneficiario de ayudas estatales", como se refiere a ellas la recurrente), tales fondos públicos deberían haber sido consignados en cuenta como medida cautelar por sobrepasar el umbral de minimis de ayudas exentas, al menos hasta que se resolviese el procedimiento de investigación pendiente por parte de la Comisión Europea y que esta esta circunstancia debería haberse reflejado en la licitación, de tal forma que CELLNEX no hubiese tenido interés en licitar, ya que iba a prestar un servicio del que no iba a ser retribuido como pronto hasta que las autoridades comunitarias no clarificasen el fondo del asunto y con posibilidades de no llegar a recibirlo.

Denuncia que no se le ha facilitado la información obtenida de los requerimientos de información acordados para la investigación de los hechos denunciados, argumentándose que se trata de "información reservada" y produciéndose así, a su juicio, una clara indefensión al ocultar información de interés por considerar que TELDRIVE no es parte interesada. Añade que la información solicitada no revestía carácter confidencial pues existen organismos públicos que proporcionan información de los emisores pertenecientes al MERCADO tanto para canales de índole privado como de ámbito autonómico.

Por lo demás denuncia la existencia de cláusulas abusivas en la licitación que favorecen la posición de dominio de Cellnex en el mercado y excluyen al resto de competidores. Considera que el sector de radiodifusión constituye un monopolio de facto y todo apunta a una connivencia establecida entre todos los operadores CELLNEX, se denuncia que podría estar utilizando su posición de dominio para impedir el acceso a otras empresas a licitaciones públicas, al advertir de su intención de retirar el radioenlace necesario para prestar el servicio, si no resulta adjudicatario del concurso del contrato.



Para terminar, se evalúan la demanda los daños y perjuicios en que se cifran los daños y perjuicios ocasionados a la recurrente por los hechos denunciados.

CUARTO. - El Abogado del Estado sostiene que no hay motivos para incoar expediente sancionador porque no hay prácticas restrictivas de la competencia.

La representación procesal de la parte codemandada opone con carácter preciso la falta de legitimación de la recurrente para interponer el presente recurso y con carácter subsidiario se opone al recurso e interesa su desestimación y la conformación de la resolución recurrida.

QUINTO. - Examinaremos, en primer lugar, la causa de inadmisibilidad formulada por la representación procesal de CELINEX no se encuentra legitimada para la interposición del recurso contencioso-administrativo de referencia en la medida en que carece del interés legítimo exigido para ello en el artículo 19 de la LJCA.

Para ello debemos recordar la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, sección 6 del 08 de noviembre de 2022 (ROJ: STS 3995/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3995), a cuyo tenor: " *En relación con dicha cuestión, ha de comenzarse recordando el criterio de esta Sala que, por lo que hace a la legitimación del denunciante para intervenir en los procesos contencioso administrativos seguidos contra las decisiones del Consejo General del Poder Judicial que ordenan el archivo de las quejas en las que se instaba una actuación disciplinaria, como también el de los procedimientos disciplinarios iniciados, ha hecho la diferenciación que se explica a continuación. Ha reconocido esa legitimación cuando lo pretendido no es la imposición de una sanción al Magistrado denunciado sino, únicamente y al margen del resultado a que se llegue, que el Consejo desarrolle una actividad de investigación y comprobación en el marco de las atribuciones que legalmente le corresponden.*

Y ha negado dicha legitimación cuando la pretensión ejercitada es solamente la imposición de una concreta sanción al Juez o Magistrado cuya actuación haya sido objeto de denuncia.

Debe también ser subrayado que el núcleo de la jurisprudencia que ha declarado esa falta de legitimación parte del dato de que la imposición o no de una sanción al juez denunciado no produce efecto positivo alguno en la esfera jurídica del denunciante, ni elimina carga o gravamen alguno de esa esfera (jurisprudencia expresada, entre otras, en la sentencia de 25 de marzo de 2003 y las que en ella se citan, y en las posteriores de 12 de diciembre de 2012 y 19 de diciembre de 2017)".

Aplicando esta doctrina la caso que nos ocupa, la causa de inadmisibilidad examinada ha de ser desestimada por cuanto que lo pretendido por el recurrente en su demanda es precisamente que " se incoe Expediente Disciplinario contra "CELLNEX TELECOM S.A. , la Comunidad de Madrid, el Ayuntamiento de Boadilla del Monte y el Ayuntamiento de Móstoles, por la presunta comisión de las Infracciones tipificadas en los Arts. 62 - 2º, b-c-e - 62-3º, a-c - 62-4º, a-b todos ellos de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia".

SEXTO. - Descartada la causa de inadmisibilidad formulada y centrado el objeto de debate nos corresponde examinar si se ajusta a derecho la resolución de la CNMC en cuanto acuerda la no incoación de expediente sancionador y el archivo de las actuaciones practicadas por entender que, concluido, una vez realizada la oportuna actividad investigadora, no existen prácticas restrictivas de la competencia.

Pues bien, la resolución recurrida se ha fundamentado en el artículo 49 de la Ley de Defensa de la Competencia , a cuyo tenor:

"1. El procedimiento se inicia de oficio por la Dirección de Competencia, ya sea a iniciativa propia o del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o bien por denuncia. Cualquier persona física o jurídica, interesada o no, podrá formular denuncia de las conductas prohibidas por esta ley, con el contenido que se determinará reglamentariamente. La Dirección de Competencia incoará expediente cuando se observen indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas y notificarán a los interesados el acuerdo de incoación, excepto en el supuesto previsto en el apartado 4 de este artículo.

2. Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Competencia podrá realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador.

3. El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a propuesta de la Dirección de Competencia, podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por esta ley o por los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción.

(...)"

En el caso examinado la decisión de la CNMC viene precedida de una actividad de investigación preliminar practicada por la Dirección de Competencia de la CNMC que realizó un completo análisis de la situación denunciada, para terminar, concluyendo que no procede la incoación de expediente sancionador y ha acordado el archivo de las actuaciones practicadas porque no se ha acreditado la comisión de las infracciones denunciadas.

Esta Sección anticipa que no comparte la tesis de la recurrente por las razones que pasamos a exponer.

No apreciamos indefensión por no haber dado traslado a la recurrente de la información obtenida de los requerimientos de información acordados para la investigación de los hechos denunciados por cuanto que no habiéndose incoado expediente sancionador, no ostentaba la condición de interesada.

Tampoco advertimos error en la definición de los mercados afectados, a saber, el mercado del transporte de la señal audiovisual (totalmente liberalizado) y el mercado de mantenimiento de centros emisores de radiocomunicaciones, siendo su ámbito geográfico el determinado por la Licitación pública "Contrato del Servicio de Mantenimiento del Centro Emisor de TDT ubicado en el CYII Majadahonda" por parte del Ayuntamiento de Boadilla del Monte en 2017 (Expte. NUM000). (cuatro municipios de la provincia de Madrid) a la que se contraen los hechos denunciados e investigados.

Como resulta de los informes obrantes en el expediente administrativo, no es objeto del Contrato la prestación del servicio de difusión de la señal de TDT desde el centro emisor de TDT CYII-Majadahonda. Así lo manifiesta el Ayuntamiento al responder al III Requerimiento de información remitido por la CAM al Ayuntamiento en noviembre de 2018, en el que a la cuestión relativa a quien realiza el servicio de difusión de la señal audiovisual de TDT desde el Centro emisor de TDT en el CYII Majadahonda contesta que el servicio de difusión de la señal audiovisual de TDT desde el Centro emisor de TDT en el CYII Majadahonda no se realiza accediendo a los servicios mayoristas de ninguna empresa" (folio 695 del expediente). Así las cosas, la Propuesta de Archivo afirma que es el Ayuntamiento quien "se encarga de prestar el servicio de difusión de la señal audiovisual de TDT en abierto con sus instalaciones y no con las de un proveedor mayorista" (folio 1249 del expediente).

Por su parte, CELLNEX, en respuesta al requerimiento de la CAM de fecha 20 de julio de 2018 ("Requerimiento CELLNEX"), también manifiesta que: "En el caso de la licitación pública para el mantenimiento del centro emisor de TDT ubicado en CYII Majadahonda en Boadilla del Monte (Madrid) los equipos de difusión son propiedad del Ayuntamiento, y el centro en que se ubican es propiedad de Canal de Isabel II, es por ello que se licita el mantenimiento y no la difusión, por lo que, respondiendo a su pregunta, efectivamente pueden prestarse por diferentes entidades, en este caso el difusor y el mantenedor son independientes.

Lo mismo sucede con el transporte que también se licita que es independiente de la difusión" (folios 237 y 238 del expediente).

Y precisa CELLNEX que los equipos utilizados para la difusión están cedidos al Ayuntamiento por la Comunidad de Madrid en base al Convenio que en su día formalizaron traspasando a gestión de la extensión de la TDT desde la Comunidad a las diversas entidades locales. Que el diseño de la red de extensión de la TDT originariamente fue realizado y gestionado por la Comunidad de Madrid, por lo que los Ayuntamientos, dada la cesión de activos producida, no intervienen en el mismo y se limitan a contratar las tareas de mantenimiento y, en ocasiones, como en el caso del centro de Majadahonda el transporte de la señal de contribución. Que la distribución desde los estudios de Telemadrid hasta el centro de Majadahonda se realiza mediante radioenlaces (no satélite) dado que esta entidad, titular del servicio de TDT autonómica de la Comunidad de Madrid, decidió diseñar su red de contribución mediante esta solución lo que supone contratar este servicio ya que, al tratarse de un centro de extensión de cobertura, Telemadrid no se hace cargo.

Con estas premisas técnicas, la entidad contratante licitó el servicio de mantenimiento de la extensión de la TDT en el centro de Majadahonda que incluía el mencionado transporte desde el centro de producción de Telemadrid y que, hasta la fecha de adjudicación prestaba CELINEX" (folio 238 del expediente).

Por tanto, a la vista del objeto de la Licitación, los mercados relevantes a los efectos de la Resolución Impugnada, como resulta de la misma, son el mercado de mantenimiento de centros emisores de radiocomunicaciones y el mercado de transporte de la señal audiovisual en el ámbito territorial de los municipios de Boadilla del Monte, Villaviciosa de Odón, Villanueva de la Cañada y Villanueva del Pardillo, dentro de la provincia de Madrid, sin que el mercado de difusión de la señal de TDT tenga ninguna relevancia.

Por lo demás, cumple manifestar que la DGEEC se limitó a investigar posibles situaciones anticompetitivas en relación con una licitación convocada por el Ayuntamiento de Boadilla para el mantenimiento de un centro emisor de TDT de TDT ubicado en el CYII Majadahonda y, en concreto, la posible existencia de una infracción del artículo 1 LDC por prácticas colusorias entre el Ayuntamiento y CELLNEX; una infracción del artículo 2 LDC por prácticas abusivas (en concreto, supuesto impedimentos por parte del Ayuntamiento y CELLNEX para que



podiera participar en la Licitación y una infracción del artículo 3 de la LDC por actos de competencia desleal, resultando ajenas a la denuncia presentada las cuestiones relativas a la normativa de ayudas de estado que son introducidas en la demanda así como a todas las demás no relacionadas con esa concreta licitación.

Convenimos con el Abogado del Estado en que entre las competencias de la CNMC no se encuentra el control de ayudas de Estado, siendo competencia exclusiva de la Comisión Europea, a través de su Dirección General de Competencia las decisiones sobre la compatibilidad de toda ayuda con el mercado interior de la Unión Europea y que, en consecuencia, si TELDRIVE se considera afectada por la concesión de una presunta ayuda de Estado a su competidor CELLNEX, puede presentar denuncia como parte interesada ante la Comisión Europea sobre la base del artículo 24 del Reglamento 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del TFUE, pero que en todo caso, se trataría de una cuestión ajena a una infracción de la Ley de Defensa de la Competencia. Y como también razona el Abogado del Estado, el hecho de que las cláusulas del pliego de condiciones de la licitación no hiciesen referencia a la posible calificación de los fondos como ayuda de Estado, advirtiendo de una posible recuperación de la misma, no puede servir para sustentar un procedimiento ante la CNMC, sin perjuicio de que la recurrente pueda dirigirse directamente contra la Administración Pública que dictó el acto administrativo de la licitación, en este caso, el Ayuntamiento de Boadilla del Monte y recurrir directamente el pliego de la licitación por los mecanismos previstos en la Ley de Contratos del Sector Público.

Por lo demás, como se concluye en la resolución impugnada, no ha quedado acreditada la existencia de ningún contacto ni indicio de la existencia de acuerdo colusorio del artículo 1 de la LDC entre CELLNEX y el Ayuntamiento de Boadilla del Monte que haya tenido el objeto o efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado y que permita considerar acreditado este tipo de ilícito en las conductas investigadas, por lo que no existe indicio de infracción del artículo 1 LDC.

La negativa por parte de CELLNEX de suministrar a TELDRIVE el radioenlace necesario de su propiedad no constituye un abuso a efectos del artículo 2 de la LDC quedado acreditada la escasa dificultad de acceso a este dispositivo. Como explica la codemandada, la necesidad de que el adjudicatario de la Licitación instale un radioenlace en el centro emisor resulta del Pliego de Prescripciones Técnicas, no de la voluntad de los licitadores. RETEVISIÓN (participada al 100% por CELINEX) es propietaria del radioenlace existente en el centro emisor CYII- Majadahonda con carácter previo a la Licitación porque fue la empresa adjudicataria de la Licitación 2015 de los mismos servicios, exigiéndose la instalación de un radioenlace por lo que, de no haber resultado RETEVISIÓN adjudicataria de la Licitación tendría que haber retirado el radioenlace para que la empresa adjudicataria instalara el suyo como exige el PPT; ya que no existe cláusula de reversión en la documentación contractual de la Licitación 2015 que pudiera imponer la obligación a RETEVISIÓN de entregar al Ayuntamiento el radioenlace instalado para uso de los futuros prestadores del mismo servicio y el radioenlace que exige el Anexo II del PPT no es una instalación que pueda considerarse esencial y se puede adquirir con gran facilidad en el mercado.

Por lo demás, cumple manifestar que las competencias de la CNMC no abarcan el control de cláusulas abusivas o de falta de información en un pliego de licitación, sin perjuicio de que pueda ser denunciadas por la recurrente mediante la impugnación del acto administrativo que apruebe la licitación y frente a la Administración Pública que lo dictó.

Para terminar, convenimos también con la resolución recurrida en que de los hechos acreditados no se puede deducir la existencia de conducta desleal alguna por parte de las denunciadas que afecte a un número importante de empresas o a una parte significativa del mercado por lo que carece de entidad suficiente para falsear la competencia y no requiere la intervención de la CNMC.

SÉPTIMO. - Lo expuesto determina la desestimación del presente recurso con imposición de costas a la parte recurrente.

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a. Patricia Martín López, en nombre y en representación de **TELDRIVE TELECOMUNICACIONES S.L**, contra la Resolución SAMAD/05/19, TELECOMUNICACIONES, de fecha 21 de Noviembre de 2019, dictada por la Sala de la Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que resuelve no incoar procedimiento sancionador y acordar el archivo de las actuaciones seguidas en el procedimiento por la "Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad de la Comunidad Autónoma de Madrid" como consecuencia de la denuncia presentada por TELDRIVE TELECOMUNICACIONES S.A. contra CELLNEX TELECOM S.A., la COMUNIDAD DE MADRID, el



AYUNTAMIENTO DE BODADILLA DEL MONTE y el AYUNTAMIENTO DE MOSTOLES. Se imponen a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de 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.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ