

Telecom report

Octubre-noviembre de 2020

Recuperamos, bajo un nuevo formato, nuestro tradicional informe periódico de novedades en el sector legal de las telecomunicaciones y los servicios audiovisuales. En estos meses pasados de octubre y noviembre las novedades más interesantes se han producido en el terreno de las sentencias judiciales, en especial en el ámbito de la justicia europea. Destaca la sentencia sobre la no existencia de doble tributación que el operador Vodafone reprochaba al impuesto girado por la Administración foral de Guipúzcoa.

En el ámbito de la jurisdicción nacional resulta también muy interesante el auto de medidas cautelares referido a la sanción o multa más cuantiosa que ha impuesto la CNMC por una infracción de las normas sobre competencia, derivada de determinadas prácticas publicitarias que realizaba un conocido prestador del servicio audiovisual generalista.

En otro orden de cosas, es preciso destacar que la cercanía del final de año nos recuerda que el plazo para la adecuación de nuestro derecho al denominado Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas, puesto en marcha por la Directiva 2018/1972, está a punto de cumplirse sin que, hasta el momento, ni siquiera se haya presentado en el Congreso el correspondiente proyecto de ley que lleve a cabo dicha incorporación del nuevo régimen armonizado en la materia. Aunque la situación derivada de la crisis sanitaria puede justificar cierta demora, esperemos que el proyecto y su correspondiente tramitación en las cámaras no se retrasen demasiado.

Nada más. Confiamos en que este breve informe resulte de utilidad.

Diciembre de 2020.

Santiago R. Bajón. Abogado

srodriguez@cremadescalvosotelo.com

Disposiciones, Resoluciones, Actuaciones.

- **LEY 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza**, BOE Núm. 298, 12 de noviembre de 2020.

La función de esta ley es complementar aquellos aspectos que no ha llegado a armonizar el Reglamento (UE) 910/2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

- **INFORME de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la primera revisión a corto plazo del Reglamento relativo al bloqueo geográfico**[SWD(2020) 294 final], DOUE de 30 de noviembre de 2020.

El Reglamento relativo al bloqueo geográfico garantiza que la nacionalidad, el lugar de residencia o el lugar de establecimiento de los clientes de productos o servicios no puedan utilizarse para denegar el acceso a una tienda en línea (por ejemplo, de productos electrónicos o de prendas de vestir) o a un servicio prestado en línea y consumido fuera de línea en la Unión Europea (por ejemplo, el alquiler de automóviles), también cuando esta discriminación esté relacionada con los medios de pago.

- **RESOLUCIÓN de 3 de noviembre de 2020, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales, por la que se determina la composición de la Comisión Permanente de Telecomunicaciones, Infraestructuras Digitales, Conectividad Digital y Sector Audiovisual, creada en el seno del Consejo Consultivo para la Transformación Digital**. BOE núm. 292, de 5 de noviembre de 2020.
- **RESOLUCIÓN de 22 de septiembre de 2020, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales, por la que se atribuye el número 010 al servicio de información de la Administración Local en el municipio de Eskoriatza (Guipúzcoa)**. BOE núm. 261 de 02/10/2020.

Tribunales.

CURIA

- **Cuestión sobre doble tributación por el uso del espectro radioeléctrico.**

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 6 de octubre de 2020, Asunto C-443/19, ECLI:EU:C:2020:798, contesta a la cuestión prejudicial surgida en el contexto del recurso contencioso interpuesto por Vodafone Es-

paña SAU contra los actos tributarios de la Diputación Foral de Guipúzcoa en relación al uso del dominio público radioeléctrico.

Vodafone España es titular de varias concesiones de uso privativo del dominio público radioeléctrico en la banda de 2,6 GHz y por ello procedió al pago de la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico dispuesta en la Ley General de Telecomunicaciones. Pero a su vez, con arreglo a la normativa tributaria de Guipúzcoa, Vodafone España se vio expuesta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. Vodafone, considerando que el pago de este último impuesto es contrario al Derecho de la Unión Europea, procedió a solicitar la devolución del mismo. Desestimada su solicitud en vía administrativa, interpuso recurso contencioso-administrado ante el TSJ del País Vasco, que es el órgano que plantea al TJUE la cuestión prejudicial sobre si la obligación de pagar el impuesto sobre transmisiones patrimoniales, derivado del uso del espectro radioeléctrico, conlleva una doble imposición contraria al artículo 13 de la Directiva 2002/20, puesto que un mismo hecho, a saber, la concesión administrativa para el uso privativo del dominio público radioeléctrico, genera simultáneamente la tasa por la reserva del dominio público radioeléctrico y el impuesto sobre transmisiones patrimoniales.

El TJUE, en la sentencia que comentamos, responde negativamente. Para el TJUE no es contraria a la citada Directiva una norma estatal que sujeta el uso de radiofrecuencias a una tasa por reserva del dominio público radioeléctrico y a un impuesto sobre transmisiones patrimoniales, siempre que esa tasa y ese impuesto, en su conjunto, cumplan los requisitos establecidos en la Directiva, en particular el requisito relativo al carácter proporcionado del importe percibido como contrapartida del derecho de uso de las radiofrecuencias, circunstancia que corresponde comprobar al tribunal remitente.

— **Límites de la recopilación de datos en pos de la Seguridad nacional.**

En su Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2020, asunto C-623/17, ECLI:EU:C:2020:790, el TJUE responde a otra interesante cuestión prejudicial; en este caso planteada por un tribunal británico y referida a las prácticas de recopilación de datos electrónicos realizadas por las agencias de seguridad e inteligencia del Reino Unido. El TJUE responde señalando que la Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, es, en efecto, un canon (o regla de reconocimiento bajo la denominación de Hart) de las normativas nacionales que obligan a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas a transmitir a las agencias de seguridad e inteligencia datos de tráfico y de localización con el fin de proteger la seguridad nacional. En segundo lugar, el TJUE responde que el artículo 15, apartado 1, de la citada Directiva 2002/58 (a la luz del artículo 4 TUE, apartado 2, y de los artículos 7, 8 y 11 y del artículo 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Euro-

pea), se opone a una normativa nacional que permite a una autoridad estatal obligar a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas a realizar una transmisión generalizada e indiferenciada de datos de tráfico y de datos de localización a las agencias de seguridad e inteligencia con el fin de proteger la seguridad nacional.

— **Vulneración de la transparencia y la proporcionalidad en el Servicio Universal de comunicaciones electrónicas.**

Mediante la interposición de un recurso de incumplimiento de la legislación de la unión, la Comisión Europea solicitó al Tribunal de Justicia que declarara que la República Portuguesa había incumplido las obligaciones que le incumben relativas al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. La Comisión consideraba que la contribución extraordinaria al fondo de compensación del servicio universal contemplada en la ley portuguesa no respeta los principios de transparencia, distorsión mínima del mercado, no discriminación y proporcionalidad.

En su Sentencia de 26 de noviembre de 2020 (Asunto C-49/19) el TJUE desestima el recurso al considerar que la Comisión no ha demostrado suficientemente en su demanda que la legislación portuguesa, en efecto, inculque los referidos principios.

— **Participación de terceros estados en el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas**

La Sentencia del Tribunal General de 23 de septiembre de 2020 (Asunto T-370/19, ECLI:EU:T:2020:440) decide el recurso planteado por el Reino de España contra la Decisión de la Comisión, de 18 de marzo de 2019, relativa a la participación de la autoridad nacional de reglamentación de Kosovo en el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas. España aducía que Kosovo no cumple con el concepto de “terceros países” que pueden participar en el citado organismo, al no tener la plena condición de Estado reconocido y ser sujeto de derecho internacional. El TGUE desestima el recurso permitiendo una interpretación muy amplia del concepto tercer país.

JURISDICCIÓN ESPAÑOLA.

— **Sanción por incumplimiento de las condiciones de los recursos de numeración atribuidos.**

En su Sentencia de 9 de octubre de 2020 (Roj: SAN 2805/2020; ECLI:ES:AN:2020:2805) la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional resuelve el recurso formulado por un operador de comunicaciones electrónicas contra la sanción impuesta por la CNMC por uso inadecuado de los recursos de numeración atribuidos al operador recurrente.

En concreto, los servicios de inspección de la CNMC comprobaron que al menos parte de las numeraciones móviles entregadas al operador en cuestión no fueron utilizadas para suministrar servicios de OMV, que era la finalidad de dicha numeración. En consecuencia, la CNMC impuso al operador infractor una sanción de 76.000 euros.

En su recurso, el operador sancionado invoca dos motivos principales de impugnación: a) la CNMC no tiene competencia para sancionar en casos de numeración; b) no se ha producido la mala inadecuada utilización de recursos de numeración.

La Sala rechaza todos los motivos de impugnación. Considera en primer lugar, que conforme a la disposición transitoria décima de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, *General de Telecomunicaciones* la CNMC dispone transitoriamente de competencia sancionadora en materia de numeración. En cuanto al fondo, la Sala considera que en el expediente sancionador ha quedado debidamente acreditada la conducta infractora con todos sus elementos. En conclusión, la sentencia desestima el recurso en su integridad.

— **Medidas cautelares en relación a un prestador del servicio de comunicación audiovisual.**

En su reciente Auto del pasado 16 de octubre de 2020 (Roj: AAN 4636/2020, ECLI: ES:AN:2020:4636A) la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional ha dirimido la pieza de medidas cautelares instada por un importante prestador de servicios de comunicación audiovisual. El referido prestador ha sido multado por la CNMC por infracción del derecho de la competencia en relación con la celebración de contratos de publicidad comercial. La sanción es ciertamente muy elevada, pues la CNMC exige el pago de como consecuencia de 38.246.520 €. Asimismo, la CNMC exige al prestador el cese de las conductas de contratación que han determinado la infracción castigada.

En su petición de protección cautelar el prestador solicita lógicamente la suspensión del pago de la multa, así como de la orden de cesación en las referidas contrataciones. Para justificar la suspensión del pago de la multa el recurrente aporta un informe pericial realizado por una conocida firma en el que se pone de manifiesto la imposibilidad de hacer frente a la cantidad exigida, atendiendo al estado financiero del prestador sancionado. La Sala, en consideración a todo ello, y teniendo en cuenta que la multa es la más elevada de la historia de la CNMC hasta el momento, accede a dicha medida cautelar, aunque exigiendo, en protección del interés público, la aportación por el prestador multado de garantía o avala suficiente.

En cuanto a la otra medida, la Sala no accede a la misma, pues considera que el interés de la actora de mantener hasta la sentencia sus formas de operar en el mercado televisivo publicitario no puede prevalecer frente al interés público, el cual persigue garantizar la competencia efectiva en dicho.

— **Sanción por infracción de las normas sobre publicidad audiovisual.**

La Sala 3ª del Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de octubre de 2020 (Roj: STS 3505/2020) atiende el recurso formulado por RADIO POPULAR COPE contra una sanción impuesta por la CNMC con motivo de la emisión de una publicidad de bebidas alcohólicas con infracción de lo dispuesto a tal efecto en la Ley General de Comunicación Audiovisual.

La Sala desestima el recurso al no apreciar, como pretendía la recurrente que la resolución impugnada vulnerara el principio de tipicidad ni el derecho a la presunción de inocencia, pues, partiendo de los probados la valoración de las conductas infractoras, consistentes en la difusión radiofónica de campañas publicitarias promocionando vino y ron integra la prohibición establecida en el artículo 18.3 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual que prescribe que está prohibida la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para la salud y todo ello en la medida en que los anuncios no contienen advertencias que sirvan para hacer comprender al público en general, y a los menores en particular, potenciales oyentes de los programas deportivos radiofónicos, los efectos nocivos que para la salud produce el consumo inmoderado de bebidas alcohólicas.

Es interesante poner de manifiesto que en esta sentencia la Sala dicta también doctrina sobre el alcance del principio acusatorio en el ámbito del procedimiento sancionador administrativo. Al respecto, la Sala considera que en el referido ámbito dicho principio deber moderado (al menos con respecto a la importancia que tiene en sede penal), de modo que el órgano competente para resolver un expediente sancionador dispone de la posibilidad de imponer una sanción, modificando, para ello, la calificación jurídica efectuada previamente por el órgano instructor.

— **Sanción por publicidad encubierta.**

En la Sentencia de 2 de octubre de 2020 (Roj: SAN 2793/2020) de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dirime el recurso interpuesto por MEDIASET ESPAÑA contra la multa de 196.038 euros, impuesta por la CNMC a consecuencia de unas emisiones con publicidad encubierta.

Según consta en la sentencia, en un determinado capítulo de una serie emitida en varias ocasiones en los canales del citado prestador audiovisual, aparecieron de modo encubierto varias comunicaciones comerciales en las que aparecía una marca de artículos eróticos

La recurrente considera en su demanda que no hubo publicidad encubierta, pues la presencia de la marca y sus productos en el referido capítulo fue puntual, discreta y contextualizada en el marco de la narración. La Sala no acoge esas alegaciones y considera que concurre propósito publicitario y la intención de promover los productos promocionados en distintos momentos del capítulo (20% de su duración).

Aduce también la actora que de considerarse la existencia de una cierta presencia de la marca o de sus productos a lo largo del capítulo, se trataría de un emplazamiento de producto que habría cumplido con los requisitos para esta forma de comunicación comercial respetándose la normativa publicitaria vigente. No lo entiende así tampoco el tribunal, para quien, una vez constatado el propósito publicitario de la aparición de los productos, sin que el hecho de que se hubiera avisado de emplazamiento del producto con el logotipo “EP” y la sobreimpresión “EMPLAZAMIENTO PUBLICITARIO”, no impide considerar que la infracción ha sido cometida, porque de lo que estaría avisado el espectador es del emplazamiento de productos y no de que se vaya a infiltrar publicidad o mensajes publicitarios.

A mayor abundamiento el prestador recurrente considera vulnerada la confianza legítima puesto que el capítulo se emitió de forma recurrente sin ningún impedimento en los últimos once años sin impedimento alguno por la CNMC. Sin embargo, la Sala considera que el hecho de que no se haya detectado la conducta infractora en las emisiones anteriores del capítulo no consta que obedezca a un cambio de criterio de la CNMC, sino más bien, a la imposibilidad técnica de que la actuación inspectora pueda detectar todas las infracciones que se hayan podido producir en los servicios de comunicación audiovisual emitidos en España. Por tanto, no cabe apreciar la vulneración del principio de confianza legítima.

Resoluciones de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

— Telecom. Conflicto por impago de servicios mayoristas.

En su Resolución de 8 de octubre de 2020 (CFT/D TSA/173/19/D) la CNMC atiende el conflicto interpuesto por el operador XTRA TELECOM contra CANAL DON BENITO, S.L. en relación con el impago de los servicios mayoristas prestados por el primero a favor del segundo. En concreto, ambos operadores suscribieron un contrato de prestación de servicios mayoristas conforme al cual XTRA TELECOM facilitaba a CANAL DON BENITO acceso a sus redes de telecomunicaciones con el objeto de que CANAL DON BENITO pudiera ofrecer a sus clientes servicios de telefonía fija. El problema surge cuando CANAL DON BENITO deja de atender las facturas cursadas por el servicio de acceso prestado. Ante dicha situación de impago reiterado XTRA TELECOM, conforme al marco legal vigente, solicita a la CNMC que autorice el cese de los servicios mayoristas prestados a favor de CANAL DON BNEITO.

Previa tramitación legal con audiencia a las partes implicadas la CNMC estima el conflicto concediendo la autorización pedida de cesación del servicio y recordando a CANAL DON BENITO su obligación, de conformidad con el Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, *por el que se aprueba la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas*, de comu-

nicar a sus clientes la finalización de la prestación del servicio afectado, al menos con un mes de antelación a dicha finalización.

— **Telecom. Informe sobre una subvención para impulsar la extensión de redes de banda ancha de nueva generación**

En su Resolución de 8 de octubre de 2020 (INF/DTSA/063/20/AYUDAS NGA), la CNMC emite a petición del Ministerio informe preceptivo sobre un proyecto de Decreto de la Diputación Foral de Vizcaya por el que se aprueban las bases reguladoras de subvenciones para impulsar la extensión de redes de banda ancha de nueva generación en zonas del territorio histórico de Vizcaya 2020.

La interesante resolución, tras analizar el contenido del proyecto de disposición administrativa, y tras analizar también los datos y situación de los mercados afectados por la medida proyectada, concluye que la misma contribuye a alcanzar los objetivos establecidos en las Agendas Digitales Europeas para España e incorpora los elementos regulatorios más importantes del artículo 52 del Reglamento de exención por categorías y de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha. Sin perjuicio de ello, la CNMC realizar una serie de observaciones y recomendaciones sobre el referido proyecto.

— **Audiovisual. Consulta sobre la posibilidad de utilizar pantalla compartida.**

En su resolución del pasado 12 de noviembre de 2020 (CNS/DTSA/1169/20), la Sala de supervisión regulatoria de la CNMC atiende una interesante consulta realizada por un prestador de televisión. En concreto, la consulta plantea si resulta conforme a las disposiciones de la Ley General Audiovisual en materia de publicidad la inserción de la pantalla compartida durante la emisión del bloque publicitario. En concreto, se consulta si es posible incluir en un ángulo de la pantalla, durante el bloque de anuncios publicitarios (que se emite entre el final de un programa y el comienzo del programa siguiente), imágenes de los momentos previos del inicio del siguiente programa, en modo de cuenta atrás hasta su inicio, y, en el caso que fuera posible, si esta técnica publicitaria puede utilizarse también para los programas informativos.

La Sala responde haciendo referencia a los principios de integridad y de separación en nada afectan al bloque publicitario, considerando que la inclusión en un ángulo de la pantalla, durante el bloque de anuncios publicitarios, de imágenes de los momentos previos al comienzo del siguiente programa, a modo de cuenta atrás hasta su inicio, puede utilizarse siempre que dichas imágenes no formen parte del programa y se limiten a transmitir los momentos previos al inicio del mismo.

La CNMC no lo considera, pero en relación a las emisiones con pantalla partida o compartida el TJUE resolvió un interesante asunto, referido a las

emisiones con pantalla dividida de un canal finlandés, en su Sentencia de 17 de febrero de 2016 (C-314/14, Sonera)¹

- **Audiovisual. Consulta sobre la necesidad de estreno en sala de cine de las obras cinematográficas para que gocen de esa consideración.**

La resolución de la CNMC de 15 de octubre de 2020 (CNS/DTSA/1121/20) atiende la consulta formulada por ORANGE en relación a si es o no preciso que las obras cinematográficas sean estrenadas en salas de cine para que legalmente, a los efectos de las normas sobre financiación de obras cinematográficas, tengan dicha condición. La consulta parte de la situación que ha traído consigo la pandemia del Covid-19 y la consiguiente imposibilidad de estrenas en los cines muchos estrenos, entre los que se encuentran aquellos financiados, total o parcialmente, por ORANGE.

El que el producto tenga o no la calificación de obra cinematográfica es importante, de cara a que la CNMC, en su control anual, considere que ORANGE ha cumplido con las obligaciones de financiación de obras audiovisuales (entre las que se encuentran las cinematográficas).

La CNMC tras exponer el régimen legal del asunto, responde a la consulta señalando que dicha calificación va a depender de lo que le transmita el Instituto de Cinematografía y las Artes Audiovisuales (Ministerio de Cultura) conforme a la interpretación de las definiciones contenidas en la Ley del Cine.

Publicaciones y artículos.

- **“Derecho al olvido en internet y autodeterminación informativa personal: el olvido está lleno de memoria”**. Anabelén Casas Marcos.
Revista de Administración Pública, número 212, Mayo/Agosto 2020
<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=1438>
- **“La soberanía digital de Europa. De regulador a superpotencia en la era de la rivalidad entre Estados Unidos y China”**. José Ignacio Torreblanca. Los Libros de la Catarata. Madrid, 2020.
- **“Derecho al Olvido y Big Data. Dos realidades convergentes”**. Marina Sancho López. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2020.
- **“De la legítima defensa en el ciberespacio.”** Gutiérrez Espada, Cesáreo. Editorial Comares. Granada, 2020.

¹ Puede encontrarse más información al respecto en el libro EXPERIENCIAS EN EL SECTOR AUDIOVISUAL. Santiago Rodríguez Bajón, Dilex, 2017.

Para sugerencias, comentarios, dudas, etc., puedes contactar con nuestro departamento especializado:

Alfredo Gómez-Acebo agomezacebo@cremadescalvosotelo.com

Amaya García agarcia@cremadescalvosotelo.com

Santiago Rodríguez srodriguez@cremadescalvosotelo.com

Tel. +0034 91 426 40 50

Fax. +0034 91 426 40 52