

Telecom report

marzo, abril y mayo de 2021

Iniciamos este segundo semestre del año 2021 con un nuevo informe periódico de novedades en el sector legal de las telecomunicaciones y los servicios audiovisuales que reúne los principales acontecimientos suscitados en los pasados meses de marzo, abril y mayo.

En el terreno de los pronunciamientos emitidos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) destaca una interesante consulta referida a los efectos del Brexit en los operadores del sector telecomunicaciones y se analiza el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, el cual establece reciprocidad entre los firmantes. Asimismo, en el sector audiovisual resalta una consulta formulada a la autoridad administrativa sobre la aplicación de excedentes de financiación de obras audiovisuales.

En el ámbito de la jurisdicción nacional, la Audiencia Nacional, durante estos meses, ha resuelto varios conflictos relacionados con las licitaciones de las bandas frecuencias para poder emitir servicios de televisión en un territorio autonómico, a pesar de que el reparto de frecuencias se encuentra caducado, situación que ha dejado una importante conclusión en el sector.

Asimismo, la Sala de lo Contencioso de Galicia nos hace recordar la importancia de contar con la respectiva licencia para realizar emisiones radiofónicas, en tanto constituye una fracción muy grave de conformidad con la Ley General de Comunicación Audiovisual y cabe la interposición, como en el presente caso, de una multa de importante cuantía.

Este segundo informe del año 2021 ha sido preparado por Santiago Rodríguez Bajón (srodriguez@cremadescalvosotelo.com) y Noriko Okamura (nokamura@cremadescalvosotelo.com), miembros del equipo de Derecho Administrativo de Cremades & Calvo – Sotelo Abogados.

Confiamos que este breve reporte sea de gran utilidad para nuestros lectores.

SANTIAGO RODRÍGUEZ BAJÓN. ABOGADO.
srodriguez@cremadescalvosotelo.com

RESOLUCIONES DE LA CNMC

TELECOMUNICACIONES

— Consulta sobre los efectos del Brexit.

En su Acuerdo de 15 de abril de 2021, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) responde a una consulta sobre si, como consecuencia de la salida del Reino Unido de la Unión Europea, una empresa británica que actuaba en España puede seguir actuando de la misma forma o si debe registrar sus actividades de comunicaciones electrónicas en España a través de la constitución de una sociedad española. La Comisión, previo análisis del Acuerdo de Comercio y Cooperación suscrito entre la Unión Europea y el Reino Unido el 24 de diciembre de 2020 (con efectos desde el 1 de enero de 2021) y considerando que los dos países son miembros Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, el cual establece reciprocidad entre los firmantes en materia de telecomunicaciones, responde que los referidos operadores británicos pueden actuar directamente y a través de socios de nacionalidad española, sin necesidad de presentar una acreditación adicional a la exigida hasta diciembre de 2020.

— Conflicto referido a la revocación del permiso de ocupación de una azotea con elementos de telecomunicaciones.

En su Resolución de 6 de mayo de 2021 (CFT/DTSA/078/20/) la Comisión atiende el conflicto presentado por una empresa que tenía ubicados sus equipos de comunicaciones en azotea de un edificio municipal. El conflicto se desencadena cuando el Ayuntamiento revoca a la empresa el permiso de ocupación de la referida azotea. El Ayuntamiento alega que el permiso se concedió inicialmente como consecuencia de una licitación para ofrecer al servicio de acceso WI FI, pero que dicha licitación a expirado, procediéndose a realizar una nueva adjudicación. La empresa, entonces, solicitó al Ayuntamiento una Autorización de Ocupación de Infraestructuras Físicas susceptibles de alojar Redes de Comunicaciones Electrónicas, solicitud a la que el Ayuntamiento no contestó.

Con fundamento en el art. 37 de la Ley General de las Telecomunicaciones (*las Administraciones titulares de infraestructuras susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas facilitarán el acceso a dichas infraestructuras en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias*) y teniendo en cuenta además las características de los servicios prestados por el Ayuntamiento desde esa azotea, la Comisión resuelve que el acceso a una infraestructura deberá permitirse si hay otros operadores que tienen instalados en dicha azotea equipos para prestar servicios de comunicaciones electrónicas bajo las mismas característica, sin que haya razones objetivas que justifiquen la negativa de acceso.

— **Metodología WACC.**

En la Resolución de 6 de mayo de 2021 (DTSA/011/20/NUEVA METODOLOGÍA WACC) la Comisión aprueba la nueva metodología de cálculo del coste del capital medio ponderado (WACC) de los operadores de comunicaciones electrónicas declarados con poder significativo de mercado. La Comisión adopta esta decisión con base en sus competencias para establecer obligaciones de control de los precios de los operadores con poder significativo en mercados al por menor si las obligaciones impuestas al por mayor y de selección de operador no bastan para alcanzar los objetivos de la Ley General de Telecomunicaciones. En uso de la habilitación competencial citada, la Comisión ha venido aprobando ha aprobado, entre otros, la definición y análisis de los mercados de: (i) terminación de llamadas al por mayor en redes telefónicas públicas individuales facilitada en una ubicación fija, (ii) terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, (iii) segmentos troncales de líneas arrendadas al por mayor, (iv) mayorista de acceso y originación de llamadas en redes fijas, (v) acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, y (vi) del servicio portador de difusión de la señal de televisión. La conclusión de estos análisis es que estos mercados no son realmente competitivos, designándose en todos ellos los operadores con poder significativo de mercado e imponiéndose, entre otras, la obligación de separación contable y contabilidad de costes, donde resulta especialmente relevante la estimación del coste del capital medio ponderado (WACC). En consecuencia, la Comisión, en en la comentada Resolución, aprueba la tasa anual del coste del capital para 2020 de los operadores Telefónica de España S.A.U., Telefónica Móviles España, S.A.U, Vodafone España, S.A., Orange Espagne S.A.U. y Cellnex Telecom, S.A.

— **Incumplimiento de comunicación previa.**

En el año 2016 la empresa Microsoft Ireland Operations Limited notificó a la Comisión su intención de ofrecer el producto “Skype Empresarial” que permite a sus clientes empresariales conectados a la red de Internet realizar y recibir llamadas desde y hacia la red telefónica pública conmutada desde una ubicación fija mediante el uso de tecnología IP2. Sin embargo, posteriormente los servicios de la Comisión abrieron una investigación sobre otro tipo de servicios añadidos (Skype a teléfono) que la citada empresa prestaba al margen del servicio comunicado. Como consecuencia de esa investigación la Comisión abrió un expediente sancionador contra la empresa por incumplimiento de la obligación de notificación previa de los servicios a desarrollar. Finalmente, la empresa reconoció su responsabilidad y se acogió al beneficio de una reducción del 20% del importe de la multa.

— **Coste del Servicio Universal 2018.**

La Resolución del pasado 4 de marzo de 2021 (SU/DTSA/012/20/APROBACIÓN CNSU 2018) aprueba el coste neto del servicio universal de comunicaciones electrónicas presentado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en el ejercicio 2018. El cálculo se realiza en

dos fases. En una primera etapa se revisa el cálculo que Telefónica entrega antes del 31 de julio posterior al cierre del ejercicio. Esta revisión se hace en el marco del expediente llamado de verificación por el que se comprueba que los datos numéricos de entrada son correctos y los criterios de cálculo se ajustan a la metodología aprobada por la CNMC. La siguiente fase del cálculo se dirige a aprobar el valor definitivo del coste del servicio universal en el año 2018, para lo que deben calcularse las deducciones, entre las que destacan los beneficios no monetarios y se determina si la prestación del servicio universal ha supuesto para Telefónica una carga injustificada. Recuerda la Comisión en su resolución que Los costes imputables a las obligaciones de servicio universal que son susceptibles de compensación están compuestos por: a) El coste neto de las obligaciones de prestar el servicio universal en zonas no rentables. b) El coste neto de las obligaciones de prestar el servicio universal a usuarios con discapacidad o con necesidades sociales especiales. c) El coste neto de la obligación de elaborar y poner a disposición de los abonados del servicio telefónico guías telefónicas. d) El coste neto de la provisión de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago. Finalmente, tras los referidos cálculos, la Comisión determina que el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica de España, S.A.U. en el ejercicio 2018 asciende a 14.637.155 euros, reconociendo la existencia de una carga injustificada para Telefónica de España, S.A.U como consecuencia de la obligación de prestación del servicio universal en el ejercicio 2018.

AUDIOVISUAL

— Incumplimiento de obligaciones de accesibilidad.

Las resoluciones REQ/DTSA/002/21 REQ/DTSA/001/21 requieren a RTVE y a VEO TV para que adopte medidas para cumplir con las obligaciones de accesibilidad a la comunicación audiovisual que impone la Ley General de Comunicación Audiovisual. La Comisión ha detectado incumplimientos en materia de subtítulo y audio descripción, señalados en las citadas resoluciones.

— Consulta sobre la aplicación de excedentes de financiación de obras audiovisuales.

En su Acuerdo de 27 de mayo de 2021 (CNS/DTSA/397/21/IBAIA) la Comisión da respuesta a la consulta formulada por una asociación de operadores audiovisuales sobre si, a los efectos de lo establecido en el artículo 21 del Real Decreto 988/2015, *por el que se regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas*, cabe la posibilidad de que superávit existente en una obligación concreta de un ejercicio se pueda trasladar al cumplimiento de una obligación distinta del siguiente ejercicio. La Comisión, previo examen del marco jurídico aplicable concluye que solo es posible trasladar de un ejercicio a otro, excedentes de obligaciones idénticas y ello sujeto a los límites y condiciones adicionales que dispone el Real Decreto 988/2015.

TRIBUNALES

— Sobre la obligatoriedad de realizar una convocatoria de concurso a solicitud de cualquier interesado.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la **Audiencia Nacional** ha resuelto en estos meses interesantes conflictos relacionados con las telecomunicaciones y el sector audiovisual. En su Sentencia Roj: SAN 2732/2021 - ECLI:ES:AN:2021:2732, de 24 de mayo, la Sala atiende el recurso planteado por un operador de televisión contra la inadmisión del recurso administrativo que este había presentado atacando una desestimación presunta de una petición anterior. En efecto, el operador recurrente quiere disponer, mediante la oportuna concesión, de una banda de frecuencia para poder emitir servicios de televisión en el territorio de una autonomía. Sin embargo, el **reparto de frecuencias** realizado en su día por el ministerio ha caducado, con lo cual las comunidades autónomas no disponen de bandas que poder sacar a licitación. Por todo ello, el recurrente solicitó al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información una nueva planificación de la reserva de dominio público radioeléctrico de los servicios de radiodifusión sonora digital terrestre de cobertura local y autonómica. La petición no recibió respuesta alguna y frente a lo que el recurrente interpretó como una desestimación por silencio administrativo, interpuso un recurso administrativo de reposición, el cual fue expresamente inadmitido, dando lugar al posterior recurso contencioso ante la Jurisdicción. Pues bien, la Sala mantiene primeramente que la decisión de inadmisión del recurso administrativo es correcta, pues considera que la petición de reordenación de frecuencias debe considerarse como un ejercicio del derecho de petición, cuya regulación (Ley Orgánica 4/2001 de 12 de noviembre) establece un plazo de 45 días para declarar inadmisibile la petición, transcurrido el cual (art. 9) se entenderá que ha sido admitida a trámite. Una vez admitida a trámite (art. 11) la autoridad u órgano competente vendrán obligados a contestar de modo graciable y a notificar la contestación en el plazo máximo de tres meses a contar desde la fecha de su presentación. En el caso que nos ocupa el recurrente no espero al transcurso de uno y otro plazo, sino que interpuso "recurso de reposición" a los tres meses tras su petición de reordenación, alterando el esquema señalado. Sin perjuicio de ello, la Sala entra en el fondo del asunto (petición de reordenación de frecuencias) recordando al recurrente que se trata de una cuestión que ha sido resuelta en casación por parte de diferentes sentencias, las cuales han concluido que conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.4 de la Ley General de Comunicación Audiovisual, el transcurso de los plazos estipulados en dicho precepto tras la aprobación de un plan técnico nacional de un servicio de radio o televisión, sin que la Administración haya solicitado la afectación al servicio público de radio o televisión de que se trate de la reserva de dominio prevista en el citado plan o se haya convocado concurso para el otorgamiento de licencias, y sin que ningún interesado hayas solicitado dicha convocatoria, la reserva de dominio decaerá y será excluida de la planificación. En consecuencia y dados tales presupuestos, la Administración no estaría ya obligada a la convocatoria de concurso a solicitud de cualquier interesado hasta que se

efectúe una nueva reserva de dominio y se produzca la correspondiente afectación al servicio público de radio o televisión.

— **Sobre la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de telefónica comercializados en el segmento residencial.**

En su Sentencia Roj: SAN 2251/2021 - ECLI:ES:AN:2021:2251 de 13 de mayo, la misma Sala atiende el recurso contra la resolución de 21 de diciembre de 2017 de la Comisión de los Mercados y la Competencia de adopción de **medidas provisionales** en el marco del procedimiento relativo a la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de telefónica comercializados en el segmento residencial. El recurso descansaba en buena parte en la ausencia de motivación que sustente la adopción de las citadas medidas provisionales. La Sala rechaza esa argumentación y desestima el recurso al considerar que la motivación presente en el expediente es más que suficiente.

— **Libertad de expresión en relación con la libertad religiosa o ideológica en un programa de televisión.**

Un caso muy interesante es el tratado por la Sala en su Sentencia Roj: SAN 1907/2021-ECLI:ES:AN:2021:1907, de 12 de mayo, en relación con la sanción impuesta a un operador de televisión como consecuencia de unas manifestaciones vertidas en un programa de televisión que la CNMV consideró atentatorias contra el colectivo homosexual. En consecuencia, la Comisión impuso al operador una multa 6.000 euros por la comisión de una infracción administrativa de carácter leve, tipificada en el artículo 59.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. El operador sancionado sometió el caso a la revisión de la Audiencia Nacional, tribunal que, tras analizar el criterio del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional con respecto del derecho a la **libertad de expresión** en relación con la libertad religiosa o ideológica, estima el recurso al considerar finalmente que las expresiones utilizadas en el programa controvertido no pueden considerarse un atentado a la dignidad humana ni a los valores constitucionales, ni incitadoras al odio.

— **Competencia de la CNMC para fijar los precios en un conflicto de interconexión.**

Resulta también de interés la sentencia Roj: SAN 1565/2021 - ECLI:ES:AN:2021:1565 Id Cendoj: 28079230082021100197, de 7 de abril, en la que la Sala, ante la revisión de una resolución de la CNMC sobre un **conflicto de interconexión**, vuelve a recordarnos que la CNMC posee competencia para fijar los precios en un conflicto de interconexión.

— **Planificación de frecuencias.**

En cuanto a los pronunciamientos de la Sala 3ª del **TRIBUNAL SUPREMO**, son numerosos los pronunciamientos que fijan en casación la doctrina anteriormente apuntada en materia **de planificación de frecuencias** para prestación de servicios audiovisuales (entre

otras, ver Roj: STS 1800/2021-ECLI:ES:TS:2021:1800, de 30 de abril). En materia de **contenidos audiovisuales** es interesante la ROJ: STS 1719/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1719, de 29 de abril, en la que el Alto Tribunal establece que el incumplimiento de las obligaciones contempladas en el artículo 7.6 de la Ley General de Comunicación Audiovisual constituye una infracción grave comprendida en el artículo 58.12 del citado cuerpo legal, pues dichas obligaciones consisten precisamente en el cumplimiento de los códigos de conducta regulados en el artículo 12 a los que expresamente se refiere el artículo 58.12, preceptos todos ellos de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.

— **Denegación de licencia de obra para la instalación de una base de telefonía.**

En el ámbito de los **TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA**, resulta interesante el asunto visto por la Sala de lo Contencioso del TSJ de Castilla-La Mancha en su sentencia Roj: STSJ CLM 1115/2021 - ECLI:ES:TSJCLM:2021:1115, de 26 de abril, referido a una **dene-gación de licencia de obras** para la instalación de una base de telefonía solicitada por el operador ORANGE. Los motivos del recurso se articulaban principalmente en torno a infracciones del derecho urbanístico y de la Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones por parte del Ayuntamiento que debía otorgar la licencia. El tribunal, confirmando la sentencia de instancia, niega que la denegación de la licencia se haya producido con infracción del marco urbanístico aplicable. Mayor interés tiene el argumento sobre la infracción por parte de los servicios municipales del procedimiento establecido en el artículo 35.5. de la citada LGTel, que obliga a solicitar informe al Ministerio De Industria, Turismo y Agenda Digital en el supuesto de despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas. La Sala considera que teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el asunto, no puede considerarse aplicable el referido precepto, pues la instalación de la antena de radiocomunicación que pretende el operador no constituye una obra de interés general, existiendo además una alternativa a la ubicación de la misma en suelo urbano calificado como dotacional, según lo expuesto en el anterior fundamento de derecho. Primando la normativa urbanística local, con respecto a lo establecido en la regulación de las telecomunicaciones, hay que considerar que en el presente asunto no era preceptivo el informe ministerial. En conclusión, la sentencia desestima el recurso descrito.

— **Petición de convocatoria del concurso público para el otorgamiento de licen-cias de comunicación audiovisual radiofónica digital.**

Por su parte, la Sala de lo Contencioso de Murcia, en su sentencia Roj: STSJ MU 666/2021 - ECLI:ES:TSJMU:2021:666, de 14 de abril, trata el cono-ció tema de la desestimación de una **petición de convocatoria del concurso público para el otorgamiento de licencias de comunicación audiovisual radiofónica digital** en la Comunidad Autónoma de la Re-gión de Murcia. El recurrente alega que en el año 2001 se probaron los bloques de fre-cuencias destinados a la radio digital de ámbito local, correspondiente al Plan Técnico Nacional de la Radiodifusión Sonora Digital Terrenal, previéndose para la Región de

Murcia un total de 66 licencias susceptibles de ser adjudicadas. Sin embargo, desde la planificación de las frecuencias no se ha producido la convocatoria de un nuevo concurso público de licencias de radio digital, en los bloques de frecuencias asignadas a Murcia, por lo que ante tal situación el recurrente solicitó la convocatoria del concurso público correspondiente a las licencias audiovisuales de radiodifusión sonora digital territorial vacantes. Una vez transcurrieron 3 meses sin recibir respuesta el recurrente entendió que su petición había sido desestimada por silencio negativo por lo que interpuso recurso de alzada frente a dicha desestimación presunta, sin que la misma haya sido resuelta de forma expresa. La sentencia desestima la pretensión invocando la doctrina (antes referenciada) dictada por la Sala 3ª del Tribunal Supremo sobre esta misma cuestión.

— **Infracción consistente en realizar emisiones radiofónicas sin contar con la preceptiva licencia.**

La Sala de lo Contencioso de Galicia, en su sentencia Roj: STSJ GAL 1832/2021--ECLI:ES:TSJGAL:2021:1832, de 22 de marzo, atiende el recurso interpuesto contra una sanción considerable (100.001 euros) impuesta por la Xunta de Galicia por la comisión de una infracción muy grave de la Ley General de Comunicación Audiovisual consistente en realizar **emisiones radiofónicas sin contar con la preceptiva licencia**. El recurrente articula diversos argumentos de defensa basados esencialmente en el déficit probatorio de la resolución y la ausencia de responsabilidad por las emisiones, amparándose en la existencia de diversas sociedades, cada una de ellas con diferentes funciones. El recurrente aduce que es un mero productor de contenidos. La Sala concluye que los medios probatorios de cargo que constan en el expediente son más que suficientes para destruir la presunción de inocencia. En cuanto a la responsabilidad, la Sala deja claro que ha de diferenciarse entre el prestador de servicios de comunicación audiovisual, el titular de los equipos y el propietario o arrendatario de las fincas, siendo responsable el prestador del servicio de comunicación audiovisual (artículo 61 de la Ley 7/2020, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual) que en este caso es la empresa sancionada. La Sala aclara que no es necesario tener unos estudios propios para efectuar la emisión, sino que en los estudios se producen los contenidos, pero la existencia de los estudios no es objeto de esta sanción, sino la emisión en sí misma. Y con relación a su responsabilidad, la misma se deduce de todos los elementos anteriormente descritos; y conforme al artículo 2 de la Ley 7/2010, se define el prestador del servicio de comunicación audiovisual como la persona física o jurídica que tiene el control efectivo, esto es, la dirección editorial, sobre la selección de los programas y contenidos y su organización en un canal o en un catálogo de programas. Definiéndose la responsabilidad editorial como el ejercicio de control efectivo tanto sobre la selección de los programas como sobre su organización, ya sea en un horario de programación cronológico o en un catálogo de los servicios de comunicación audiovisual. El recurrente, aunque se considere mero productor, tiene la efectividad del control de la emisión, por lo que debe ser considerado responsable.