

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066342

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1416/2022, de 2 de noviembre de 2022

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 3123/2021

SUMARIO:**Telecomunicaciones. Principio de neutralidad tecnológica. Excepciones a su aplicación. Inversiones para garantizar la prestación del servicio mayorista de inserción de la señal de televisión en radiofrecuencia.**

La **cuestión que presenta interés casacional objetivo** consiste en delimitar el contenido y alcance del principio de neutralidad tecnológica, a la luz de la doctrina constitucional, para aclarar, en particular, si la realización de inversiones específicas para garantizar la prestación del servicio mayorista de inserción de la señal de televisión en radiofrecuencia constituye justificación bastante para excepcionar la aplicación del mencionado principio (aplicando condiciones económicas diferenciadas).

El principio de neutralidad tecnológica se materializa en que la intervención pública, para satisfacer una misma necesidad, no debe privilegiar sobre otras la solución tecnológica que se use para prestar el servicio de que se trate, y puede verse sometido a excepciones basadas en el interés público de los objetivos que se deben conseguir. Así, **el principio de neutralidad puede verse limitado** (con medidas proporcionadas, no discriminatorias y necesarias) para evitar interferencias perjudiciales, proteger la salud pública, asegurar la calidad técnica del servicio, garantizar un uso eficiente del espectro radioeléctrico o garantizar el logro de un interés general.

El principio de inversor privado no constituye una excepción al citado principio de neutralidad. Lo que sucede es que ambos principios deben ser interpretados de manera concordada y conjugados ambos con los demás principios a los que se refiere el artículo 9.2 LGTel y con los principios aplicables a la administración del dominio público radioeléctrico que se enumeran en el artículo 60.3 de la misma Ley. La apreciación conjunta y concordada de estos valores y principios, unida a la consideración de que el de la neutralidad tecnológica no es un valor absoluto sino un objetivo al que debe estar orientada la regulación "en la medida de lo posible", nos lleva a concluir que la sentencia recurrida -y la actuación administrativa que en ella se confirma- no incurre en vulneración del principio de neutralidad tecnológica pues no persigue primar a una determinada tecnología, sino garantizar el equilibrio y la proporcionalidad en el tratamiento que se dispensa a los distintos operadores.

En **respuesta a la cuestión de interés casacional**, debemos declarar lo siguiente:

- 1/ El principio de neutralidad tecnológica se materializa en que **la intervención pública no debe privilegiar una determinada solución tecnológica** respecto de otras que se usen para prestar el mismo servicio.
- 2/ Dicho **principio** se propugna en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (*vid* artículos 3.h/, 9.2, 60.3.b/ y 66 de dicha Ley) pero **no como un valor absoluto sino como un objetivo** a cuyo fomento debe estar orientada la regulación «en la medida de lo posible" (artículo 3.h/ de la LGTel).
- 3/ El citado principio de neutralidad tecnológica **debe ser interpretado de manera concordada con el principio de inversor privado** (artículo 9.2 LGTel) y conjugados ambos con los demás principios a los que se refiere este artículo 9.2 - entre ellos, los de **no distorsión de la competencia y no discriminación-** y con los principios aplicables a la administración del dominio público radioeléctrico que se enumeran en el artículo 60.3 de la misma Ley («a) **Garantizar un uso eficaz y eficiente de este recurso.** b) **Fomentar la neutralidad tecnológica y de los servicios, y el mercado secundario del espectro.** c) **Fomentar una mayor competencia en el mercado de las comunicaciones electrónicas**»).
- 4/ El hecho de **que el operador mayorista** (sociedad del sector público autonómico) que gestiona la explotación de la red pública de acceso a la banda ancha, poniendo dicha red al servicio de los operadores prestadores de servicios de telecomunicaciones, **exija el pago de una cuota diferenciada por el servicio de inserción de la señal** de televisión en radiofrecuencia, por razón de las inversiones que el gestor de la red ha debido realizar para la prestación del servicio, **no constituye una vulneración del principio de neutralidad tecnológica** en la medida en que ese trato diferenciado no pretende primar o favorecer a una determinada tecnología respecto de otra sino garantizar el equilibrio y proporcionalidad en el tratamiento que se dispensa a los distintos operadores, evitando distorsiones de la competencia como las que resultarían si se aplicase a la recurrente el mismo trato que a los operadores que emplean otras alternativas tecnológicas que no requieren el mismo nivel de inversión.

PRECEPTOS:

Directiva 2002/21/CE (Marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas), arts. 9.3.
Ley 9/2014 (General de Telecomunicaciones), arts. 3.h), 9.2, 38, 60.2 y 3, 66.1 y disp. trans. cuarta.

PONENTE:

Don Eduardo Calvo Rojas.

Magistrados:

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Don EDUARDO CALVO ROJAS
Don MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH
Don JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.416/2022

Fecha de sentencia: 02/11/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3123/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/10/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 8

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: dvs

Nota:

R. CASACION núm.: 3123/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1416/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. Eduardo Calvo Rojas

D.ª María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 2 de noviembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 3123/2021 interpuesto por TELECABLE ASTURIAS, S.A.U., representada por la procuradora Dª Marta Cendra Guinea, contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de enero de 2021 dictada en el recurso contencioso-administrativo número 661/2018. Son partes recurridas la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, representada y defendida por el Abogado del Estado, y GESTIÓN INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS DE TELECOMUNICACIONES DE ASTURIAS (GITPA), representada por el procurador Enrique Sastre Botella y bajo la dirección letrada de D. Gonzalo Olmos Fernández-Corugedo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La representación de Telecable de Asturias, S.A.U. interpuso recurso contencioso administrativo contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 19 de abril de 2018 que resuelve conflicto entre Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias y Telecable de Asturias, S.A.U.

En la parte dispositiva de la resolución impugnada en el proceso de instancia la CNMC resuelve:

<< PRIMERO.- Estimar la pretensión de Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias, S.A., concluyéndose que el documento marco de Acceso a la Red Pública Asturcon (ARPA) constituye una referencia válida para analizar la controversia planteada entre las partes en el seno del presente procedimiento.

Segundo.

Estimar la pretensión de Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias, S.A. en lo relativo a la razonabilidad de la cuota mensual de 2.200 euros/mes establecida en el ARPA por la provisión del servicio de TV en RF a Telecable de Asturias, S.A.U.>>

El recurso fue desestimado por sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de enero de 2021 (recurso contencioso-administrativo nº 661/2018), con imposición de las costas procesales a la recurrente.

Segundo.

Según explica en la sentencia recurrida (F.J. 1º), la resolución de la CNMC impugnada en el proceso de instancia señala:

<<En su escrito de interposición del conflicto, GIT señala que esta entidad gestiona el despliegue, la operación y el mantenimiento de la red Asturcon, operativa desde abril de 2007.

Telecable hace uso de los distintos servicios mayoristas provistos a partir de la red Asturcon, incluyendo (desde octubre de 2007) el servicio de inserción de la señal de TV en RF. A través de dicho servicio, Telecable dispone de una oferta de televisión para sus usuarios (conectados mediante la red Asturcon).

Según GIT, la relación de acceso entre GIT y Telecable se estructura a través de un documento marco denominado ARPA (Acceso a la Red Pública Asturcon). El documento marco ARPA recoge las obligaciones que cada una de las partes debe asumir, así como las contraprestaciones económicas que Telecable (o cualquier otro operador) ha de abonar por el uso de los servicios de la red Asturcon.

GIT señala que Telecable ha venido satisfaciendo de manera pacífica, desde la emisión de la primera factura en febrero de 2008, las cuotas correspondientes a todos los servicios prestados sobre la red Asturcon, excepto las cuotas relativas al servicio de inserción de la señal de TV en RF (cuota de alta, cuotas mensuales). A junio de 2017, las cantidades adeudadas por Telecable ascenderían a (...) GIT solicita por consiguiente la intervención de la CNMC en la resolución del conflicto planteado en relación con la provisión del servicio de inserción de la señal de TV en RF a Telecable.

En concreto, GIT solicita que la CNMC "declare procedente el abono del concepto facturable [inserción de la señal de TV en RF] por resultar conforme a la normativa de telecomunicaciones aplicable". Asimismo, GIT solicita que la CNMC declare que "procede el abono de estas cantidades al no existir impedimento legal o más concretamente regulatorio alguno al respecto" (...).

En el presente procedimiento, GIT solicita de la CNMC que:

(i) declare que resulta procedente la consideración del servicio de inserción de la señal de TV en RF como concepto facturable;

(ii) declare asimismo que GIT puede exigir de Telecable el abono de las cantidades adeudadas por la provisión del citado servicio.

En relación con esta solicitud, como se ha mencionado, Telecable señala que:

(i) el documento marco ARPA no es un instrumento jurídico susceptible de generar derechos y obligaciones entre las partes, al tener un carácter meramente informativo;

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

(iii) no cabe exigir el pago de una contraprestación económica por un servicio de acceso a una determinada modalidad de televisión (inserción de la señal de TV en RF) cuando sin embargo GIT no está reclamando cantidad alguna a los operadores que prestan servicios de televisión mediante tecnología IP. Según Telecable, no cabe exigirle ningún pago por el servicio prestado, en virtud de los principios de neutralidad tecnológica y no discriminación.

Como se desprende de la jurisprudencia reseñada en el epígrafe anterior, la CNMC resulta competente para pronunciarse sobre la posible negativa de un operador a cumplir con las condiciones técnicas o económicas acordadas en un acuerdo de acceso o interconexión. La CNMC no puede sin embargo entrar a valorar aspectos que en última instancia tienen un carácter puramente privado (inter-partes) o patrimonial, y donde no entran en juego aspectos esenciales que afecten al interés general, como podría ser salvaguardar el correcto funcionamiento del mercado>>.

[...]>>

En los fundamentos jurídicos segundo y tercero de la sentencia la Sala de la Audiencia Nacional examina la competencia de la CNMC para adoptar la decisión impugnada (F.J. 2º) y la indefensión que alegaba la demandante Telecable de Asturias, S.A.U. (F.J. 3º), sin que sobre estas cuestiones se haya suscitado debate en casación.

Finalmente, en los que se refiere a los principios de neutralidad tecnológica y no discriminación, el mismo F.J. 3º de la sentencia señala lo siguiente:

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

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

La problemática se centra de la siguiente forma:

<<como se desprende de la información que figura en el expediente, los operadores prestadores del servicio de televisión de pago en tecnología IP no están efectivamente obligados a abonar a GIT una contraprestación económica específica por la provisión de servicios mayoristas vinculados a su oferta de televisión minorista.

En efecto, según consta en el documento marco ARPA (Anexo IV), el servicio de acceso a la red Asturcon en su modalidad estándar incluye el servicio de conectividad IP con velocidad máxima de acceso de hasta 100 Mb/s,

e incluye la posibilidad de contratar de forma independiente o conjunta los siguientes tráficos: (i) tráfico Best Effort (orientado al acceso a Internet); (ii) tráfico Real Time (orientado al tráfico VoIP); (iii) tráfico multicast (orientado al tráfico de TV sobre IP y video bajo demanda).

En todos los casos, y con independencia del tipo de tráfico contratado, el precio de acceso es idéntico, consistiendo en el pago de una cuota de alta por acceso de 35 €, y una cuota recurrente de 16 €/mes. Estas cuotas son asimismo abonadas por Telecable por la provisión de los servicios de conectividad básicos (sin caudal garantizado) que tiene contratados con GIT.

Dado lo que antecede, y desde la perspectiva de la normativa sectorial de telecomunicaciones y los intereses públicos por los que esta Sala debe velar, corresponde a GIT justificar que existen circunstancias particulares (tales como la necesidad de acometer y recuperar inversiones específicas, hechas en su momento y actualmente, para el desarrollo y/o mantenimiento de la red y para la prestación actual del servicio) conforme a las cuales la aplicación de condiciones económicas diferenciadas a Telecable frente al resto de operadores que ofrecen servicios de TV mediante tecnología IP resulta proporcionada. Tal y como detallaba el primer informe de audiencia remitido por la DTSA a los interesados, resulta evidente que la prestación de un servicio mayorista diferenciado que exija la asunción de unos costes adicionales justificaría la percepción de una contraprestación razonable>>.

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

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

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

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

Tercero.

Notificada a las partes la sentencia, preparó recurso de casación contra ella la representación de Telecable Asturias, S.A.U., siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de 1 de diciembre de 2021 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera.

En la parte dispositiva del auto de admisión se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) 2º Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en delimitar el contenido y alcance del principio de neutralidad tecnológica, a la luz de la doctrina constitucional, para aclarar, en particular, si la realización de inversiones específicas para garantizar la prestación del servicio mayorista de inserción de la señal de televisión en radiofrecuencia constituye justificación bastante para excepcionar la aplicación del mencionado principio (aplicando condiciones económicas diferenciadas).

3º La normas que, en principio, serán objeto de interpretación son los artículos 3.h) y 9.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones; sin perjuicio de otras normas que la Sala de Enjuiciamiento considere procedentes>>.

Cuarto.

La representación procesal de Telecable Asturias, S.A.U. formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito de fecha 26 de enero de 2022 en el que, tras señalar los antecedentes del caso, hace una amplia exposición sobre la configuración del principio de neutralidad tecnológica en el Derecho de la Unión Europea; en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (artículos 3.h/, 9 y 38 puestos en relación

con la Circular 1/2010 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones) así como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cita dos SsTS de 18 de noviembre de 2009 que resolvieron sendos recursos dirigidos contra el Real Decreto 920/2006, de 28 de julio) y en la doctrina del Tribunal Constitucional (cita SsTC 8/2016, de 21 de enero, 8/2012, de 18 de enero).

Partiendo de lo anterior, la recurrente aduce que la imposición de condiciones económicas más onerosas constituye una vulneración del principio de neutralidad tecnológica. Y su argumentación podemos sintetizarla en los siguientes puntos:

1/ Los artículos 3.h) y 9.2 de la Ley General de Telecomunicaciones no contemplan excepciones al principio de neutralidad tecnológica que amparen la imposición de condiciones económicas más gravosas por el uso de una determinada tecnología; y, frente a ello, la resolución de la CNMC de 19 de abril de 2018 por la que estima el conflicto planteado por Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias, S.A. frente a Telecable Asturias, S.A.U. admite la aplicación a esta última de condiciones económicas más gravosas que al resto de operadores que acceden a la red por utilizar la tecnología de acceso consistente en la inserción de la señal de Televisión en Radiofrecuencia.

2/ El principio de neutralidad tecnológica es un principio de regulación del sector de las telecomunicaciones. El legislador o el titular de la potestad reglamentaria podría establecer restricciones a este principio, pero con estricta sujeción al Derecho de la Unión, es decir, cuando:

a/ Tengan por objeto garantizar la protección de la salud pública, el correcto funcionamiento de los servicios gracias a una calidad técnica adecuada, garantizar un uso compartido adecuado del espectro radioeléctrico, salvaguardar el uso eficiente del espectro radioeléctrico o cumplir un objetivo de interés general de conformidad con el Derecho de la Unión.

b/ La restricción esté claramente justificada.

c/ Y la restricción sea objeto de revisiones periódicas.

3/ Ninguna norma jurídica legal o reglamentaria ampara la exigencia de condiciones más onerosas a un operador por razón de la realización de inversiones específicas para garantizar la prestación de un determinado servicio a través de una tecnología específica. En particular, los artículos 3.h) y 9.2 de la Ley General de Telecomunicaciones no excepcionan el principio de neutralidad tecnológica en función de las inversiones llevadas a cabo por el operador titular de la red para posibilitar el acceso a una determinada tecnología. Y los citados preceptos no pueden ser interpretados en ese sentido porque tal interpretación no podría equipararse con una excepción del principio de neutralidad tecnológica en los términos establecidos por el Derecho de la Unión. En efecto, tal interpretación:

a/ no tendría su fuente en una disposición legal o reglamentaria, como necesariamente habría de establecerse una excepción al principio de neutralidad tecnológica.

b/ no coadyuvaría a la consecución de un fin de interés general sino de un interés particular del titular de la red: la supuesta cobertura de inversiones en la red en el errado entendimiento de una fijación de inversiones y costes en atención a cada tecnología y no en atención a la prestación de servicios al usuario final.

c/ no estaría amparada en alguna de las causas, motivos o razones previstos por el Derecho de la Unión.

d/ supondría vaciar de contenido el principio de neutralidad tecnológica: no cabría su aplicación porque cada tecnología, por definición, hace un distinto uso de las redes desplegadas y contiene elementos específicos que exigen inversiones asociadas.

4/ No cabe amparar la imposición de condiciones económicas más gravosas por el uso de una determinada tecnología en el principio de inversor privado que el artículo 9.2.2º de la Ley General de Telecomunicaciones impone a los operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas. Y ello por las siguientes razones:

a/ El artículo 9.2 citado establece que la instalación y explotación de redes públicas o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de prestación a terceros por operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas se realizará dando cumplimiento al principio de inversor privado, con la debida separación de cuentas, con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia, no distorsión de la competencia y no discriminación, y cumpliendo con la normativa sobre ayudas de Estado a que se refieren los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

b/ Una de las condiciones inherentes al concepto de inversor privado al que alude el citado artículo 9.2.2º de la Ley General de Telecomunicaciones consiste en la financiación de su actividad en condiciones de mercado, de forma que los ingresos superen a los costes en la prestación del servicio. Se entiende que así sucede cuando los ingresos cubren los costes de prestación del servicio, recurrentes y no recurrentes, más una adecuada remuneración del capital; y su actividad genera un flujo de caja positivo durante el periodo relevante (artículo 5.1 y 2 de la Circular 1/2010 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones).

c/ El principio de inversor privado no se erige ni puede erigirse en excepción al principio de neutralidad tecnológica, sino, como indica el tenor literal del artículo 9.2 de la Ley General de Telecomunicaciones, en necesario complemento compatible y conciliable con ella. Como con toda nitidez expresan las sentencias del TS de 18 de noviembre de 2009: una medida tecnológicamente no neutral debe estar sólidamente justificada, sin que fuese posible adoptar otra equivalente y respetuosa con el referido principio, y ser proporcionada en relación con los objetivos perseguidos.

5/ En consecuencia, si cabe una interpretación conforme de los principios de neutralidad tecnológica y de inversor privado, ha de aplicarse. El principio de inversor privado no justifica una excepción al principio de neutralidad tecnológica, sino todo lo contrario, lo complementa. El operador directa o indirectamente controlado por administraciones públicas, en aplicación del principio de inversor privado ha de diseñar su esquema de costes e ingresos teniendo en cuenta los costes e inversiones necesarias para el acceso de los operadores a todas las tecnologías que se prestan en la red, y los ingresos obtenidos por el acceso y utilización de todas las tecnologías que se prestan en la red, sin separar ni deslindar el coste de las inversiones concretas asociadas a una determinada tecnología.

6/ Esta interpretación conforme del principio de neutralidad tecnológica y del principio de inversor privado es coherente, además, con lo establecido en el artículo 38.2 de la Ley General de Telecomunicaciones, que se refiere al acceso o uso de las redes de comunicaciones electrónicas titularidad de los órganos o entes gestores de infraestructuras de transporte de competencia estatal. Este precepto no está sujeto, en principio, a interpretación en este recurso de casación, y no es aplicable a órganos gestores de redes de telecomunicaciones que, como el GITPA, no son competencia del Estado, pero su tenor literal corrobora la interpretación conforme de los principios de inversor privado y de neutralidad tecnológica.

7/ En conclusión:

a/ En los artículos 3 h) y 9.2 de la Ley General de Telecomunicaciones ni en ninguna norma legal o reglamentaria se contempla la imposición de condiciones más onerosas por el acceso a la red de una determinada tecnología so pretexto de la necesidad de acometer inversiones en la red como excepción al principio de neutralidad tecnológica.

b/ Tales preceptos no pueden ser interpretados en el sentido de que comprenden una excepción al principio de neutralidad tecnológica que permita la citada imposición de condiciones más onerosas. Esta interpretación no sería acorde con los requisitos que el Derecho de la Unión Europea impone a las excepciones al citado principio.

c/ El principio de inversor privado no constituye una excepción, sino un complemento al principio de neutralidad tecnológica.

Termina el escrito solicitando que se dicte sentencia que, estimando íntegramente el recurso de casación, contenga los siguientes pronunciamientos:

- Fije la interpretación del principio de neutralidad tecnológica consagrado en los artículos 3.h/ y 9.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones en el sentido de considerar que la realización de inversiones específicas para garantizar la prestación de un servicio de televisión mediante una determinada tecnología que requiere modificaciones en una red pública para su acceso no constituye justificación suficiente para excepcionar la aplicación del principio de neutralidad tecnológica mediante la imposición de condiciones económicas más onerosas que al resto de los operadores que prestan el mismo servicio a través de otra tecnología.

- Anule la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Octava) de 27 de enero de 2021; y, en consecuencia, declare no conforme a derecho la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 19 de abril de 2018 e improcedente la exigencia por GITPA a TELECABLE de una cuota de 2.200 €/mes por la inserción de la señal de televisión en Radiofrecuencia en la Red Asturcon.

- Imponga las costas del recurso de casación a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Quinto.

Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, mediante providencia de 31 de enero de 2022 se tuvo por interpuesto el recurso y se dio traslado a las partes recurridas para que pudieran formular su oposición.

Sexto.

La Abogacía del Estado, en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia formalizó su oposición mediante escrito de fecha 14 de marzo de 2022 en el que, en síntesis, alega lo siguiente:

1/ En lo que se refiere al "contenido y alcance del principio de neutralidad tecnológica, a la luz de la doctrina constitucional" cabe recordar que esa doctrina se encuentra establecida en la STC 8/2016, de 21 de enero, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Administración del Estado contra los artículos 1; 2.2,

apartados b), c) y d); 5, apartados 3, 5, 6 y 7; 6. 2; 7.2; 8; 12, apartados 2, 3 y 4; 13; 14.1, apartados a), b) y c); 14.2; 15.2, apartados a), b), d), f), g) y h), y 15.3; 17.1 y 2; 18; 19.2, a) y c); título V; disposición adicional primera y disposición transitoria primera de la Ley 3/2013, de 20 de mayo, de impulso y ordenación de las infraestructuras de telecomunicaciones en Galicia, refiriéndose específicamente al principio de neutralidad tecnológica el F.J. 11 de dicha sentencia, de donde resulta que para el Tribunal Constitucional, el de neutralidad tecnológica o de regulación tecnológica neutra constituye un principio rector en el ámbito de las telecomunicaciones que supone que la legislación en el sector de las telecomunicaciones debe centrarse en los objetivos que se fijan, sin imponer tecnologías concretas y, como contrapartida, sin discriminar el uso de cualquier tipo de tecnología que sea susceptible y adecuada para conseguir los objetivos fijados.

Se trata de un principio que, sin embargo, puede verse sometido a excepciones basadas, precisamente, en el interés público de los objetivos que se deben conseguir (en términos comunitarios, "exigencias esenciales") siempre que (artículo 9.3 de la Directiva 2002/21/CE, modificada por la 2009/140/CE) tales medidas sean proporcionadas, no discriminatorias y necesarias para evitar interferencias perjudiciales, proteger la salud pública, asegurar la calidad técnica del servicio, garantizar un uso eficiente del espectro radioeléctrico o garantizar el logro de un interés general.

En la misma línea, y como señala el auto de admisión del recurso de casación (FJ cuarto), esta Sala y Sección Tercera del Tribunal Supremo se ha referido al principio de neutralidad tecnológica en sus sentencias de 18 de noviembre de 2009 (recursos 54/2006 y 66/2006) señalando que se trata de un principio sólidamente asentado en la normativa vigente, tanto comunitaria (artículo 8.1 de la Directiva 2002/21 /CE, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) como nacional (artículo 3 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones), que va dirigido al legislador y/o al Gobierno, que (por remisión al artículo 8 de la Directiva 2002/21), se trata de un principio que persigue el establecimiento de una regulación tecnológicamente neutra y que se establece en términos flexibles que permiten admitir excepciones a su aplicación siempre que estén justificadas, sean necesarias y resulten proporcionadas.

2/ Eludiendo otras consideraciones académicas y doctrinales, y atendiendo tan solo a las previsiones normativas, cabe añadir algunas consideraciones adicionales:

a/ A fecha de hoy el panorama normativo de referencia ha variado respecto del vigente al tiempo de dictarse las sentencias del TC y del TS antes reseñadas puesto que, además de otras normas europeas y nacionales² de menor alcance conceptual y regulatorio, han de tomarse en consideración la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas [que en su artículo 126 deroga las Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE y 2002/22/CE, que hasta su entrada en vigor constituían el marco regulador de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas], y, en el ámbito interno, la Ley General de Telecomunicaciones número 9/2014, de 9 de mayo, que derogó a las hasta entonces vigentes leyes 11/1998, de 24 de abril y 32/2003, de 3 de noviembre.

La Directiva (UE) 2018/1972 se refiere a la neutralidad tecnológica tanto en sus considerandos previos como a lo largo de su articulado. Por su parte, en la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones la presencia del principio que aquí nos importa es constante a lo largo de su articulado (artículos 3, 9, 60 y 66 y disposición transitoria cuarta). A la vista de tales preceptos puede decirse que en nuestro Derecho el principio de neutralidad:

- es un principio regulatorio que constituye un objetivo programático de la legislación en materia de telecomunicaciones (artículo 3 LGTel) que está presente e inspira en toda ella e incide en la Instalación y explotación de redes públicas (artículo 9 LGTel), en la administración del dominio público radioeléctrico (artículo 60 LGTel) y en el uso del de ese mismo dominio público (artículo 66 LGTel).

- que, no obstante su aplicación y alcance general, el principio puede estar sujeto a limitaciones puesto que el fomento del principio de neutralidad tecnológica de la regulación se reconoce como uno de los objetivos de la ley "en la medida de lo posible" (artículo 3 LGTel) lo que supone que podrán establecerse restricciones a los tipos de tecnología de acceso inalámbrico o red radioeléctrica utilizados para los servicios de comunicaciones electrónicas siempre que sean proporcionadas y no discriminatorias y además que resulten necesarias para: a) evitar interferencias perjudiciales; b) proteger la salud pública frente a los campos electromagnéticos; c) Asegurar la calidad técnica del servicio; d) garantizar un uso compartido máximo de las radiofrecuencias; e) Garantizar un uso eficiente del espectro; y f) garantizar el logro de un objetivo de interés general.

3/ El principio de neutralidad tecnológica es un principio regulatorio, esto es, dirigido al Gobierno y/o a los Órganos reguladores, no a los regulados puesto que respecto de estos y de los conflictos que puedan surgir entre ellos lo que establece la LGTel (vid artículos 9 y 38) es que las condiciones de acceso, explotación y el uso de infraestructuras de transporte [de competencia estatal] que presten, directamente o a través de entidades o sociedades intermedias, servicios de comunicaciones electrónicas o comercialicen la explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas serán las pactadas libremente por las partes interesadas siempre que sean equitativas, no discriminatorias, objetivas, transparentes, neutrales y a precios de mercado que deben garantizar, al menos, la recuperación de coste de las inversiones y su operación y mantenimiento, para todos los operadores de

redes y servicios de comunicaciones electrónicas, incluidos los pertenecientes o vinculados a dichos órganos o entes.

Rectamente entendida, esa previsión significa que el criterio que rige la gestión de infraestructuras de transporte que presten servicios de comunicaciones electrónicas o comercialicen la explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas es el de libertad de acuerdos siempre que se garantice al menos la recuperación de coste de las inversiones y su operación y mantenimiento y con sometimiento a condiciones equitativas, no discriminatorias, objetivas, transparentes, neutrales y a precios de mercado para todos los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, sin que en ningún caso pueda establecerse derecho preferente o exclusivo alguno de acceso o uso a dichas redes en beneficio de un operador determinado o de una red concreta de comunicaciones electrónicas (vid. artículo 38 LGTel ya citado).

Es cierto que el precepto se refiere a la gestión y explotación de infraestructuras de transporte de competencia estatal pero, sin duda, se trata de un criterio perfectamente extensible al caso de autos sobre todo si se considera la identidad de situaciones y la inexistencia de una regulación específica para las que resulten ajenas a esa competencia. Así lo reconoce expresamente, además, la parte recurrente en su escrito de interposición cuando dice textualmente (apartado 83) que "este art. 38.2 de la LGT establece que las condiciones para el acceso o uso de estas redes han de ser equitativas, no discriminatorias, objetivas, transparentes, neutrales y a precios de mercado, siempre que se garantice al menos la recuperación de coste de las inversiones y su operación y mantenimiento, para todos los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, incluidos los pertenecientes o vinculados a dichos órganos o entes, sin que en ningún caso pueda establecerse derecho preferente o exclusivo alguno de acceso o uso a dichas redes en beneficio de un operador determinado o de una red concreta de comunicaciones electrónicas".

4/ El principio de neutralidad tecnológica constituye una categoría conceptualmente autónoma y diferenciada que no queda reducida o circunscrita al principio de trato igual o equitativo y no discriminatorio aplicado a las tecnologías de telecomunicaciones puesto que -en palabras del Tribunal Constitucional- junto a ese componente esencial, la neutralidad supone que la regulación gire en torno a los objetivos que se pretenden conseguir garantizando una regulación flexible (o sostenible) que permita soportar el impacto de la evolución y la convergencia tecnológicas (evitando la obsolescencia predecible de una regulación asociada al uso de una determinada tecnología); de otro lado, la libre competencia en el mercado y el fomento de la innovación tecnológica; y, en tercer lugar y como colofón, la protección del consumidor final, al garantizarle una libertad de elección que no se ve lastrada en función de la tecnología utilizada. En el mismo sentido, según hemos visto antes, se pronuncian tanto la Directiva 1972/2021 como la LGTel en su artículo 3.

Por lo tanto, la neutralidad tecnológica, aunque garantiza un trato igualitario de las diferentes tecnologías y consiguientemente impide la imposición o el establecimiento de condiciones discriminatorias entre ellas, trasciende de los límites del principio de trato equitativo y no discriminatorio y afecta a otros ámbitos vinculados en función de los otros objetivos de interés público que establece la legislación en el sector de las telecomunicaciones.

Lo anterior significa que hay que diferenciar el principio de neutralidad tecnológica y sus exigencias y finalidades y el de trato equitativo y no discriminatorio, así como lo que son las excepciones o limitaciones del primero, expresamente establecidas tanto en la Directiva como en nuestro derecho interno, de lo que son las exigencias y alcance del principio de no discriminación, que remiten a la comprobación de la existencia de una diferencia justificada o de un trato similar no justificado, con desvinculación de otros ámbitos, objetivos o finalidades que, sin embargo, pueden tener cabida, por así decirlo, en el ámbito del principio de neutralidad (competencia, protección de los consumidores etc.).

5/ En realidad, lo que se plantea en el presente asunto queda fuera del ámbito propio del principio de neutralidad tecnológica y no es sino un problema circunscrito al uso y explotación equitativa y no discriminatoria de una red pública de comunicación que, como tal, debe resolverse con los criterios que resultan del artículo 38.2 de la LGTel o -si se considera que no resultan aplicables fuera de las redes de competencia estatal- con los parámetros de contraste que son habitualmente utilizados en nuestro derecho para determinar si se produce una vulneración del principio de igualdad con el fin de determinar si existe un término válido de contraste que permita medir la supuesta discriminación y si la existencia de las cuotas específicamente exigidas a la entidad recurrente por la titular de las redes resultan objetivamente justificadas y son proporcionadas y si por el contrario carecen de justificación objetiva y razonable.

En ese contexto, el criterio de esta representación es coincidente con el que refleja la sentencia recurrida (FJ tercero), que rechaza que se hayan infringido los principios de neutralidad técnica o de no discriminación dadas las circunstancias concurrentes.

Para el hipotético caso de que la Sala no lo apreciara así y estimase que el litigio debe resolverse aplicando las previsiones del artículo 66 en relación con la disposición transitoria cuarta de la LGTel el recurso debería ser igualmente desestimado por cuanto:

- primero, no se trata de imponer condiciones más gravosas para una determinada tecnología sino para un servicio diferente al que se presta a otras tecnologías, estando garantizado en todo caso el acceso a la red en

igualdad de condiciones que las referibles a cualquier otro operador que pretenda obtener el mismo servicio y utilizar la misma tecnología.

- segundo, porque la contraprestación que Telecable rechaza retribuye unas inversiones específicas que se han tenido que realizar con el fin de posibilitar que el servicio que se le presta lo sea con una calidad técnica adecuada mediante la habilitación en tres puntos de interconexión de equipos de inserción de señales de TV en Radio Frecuencia (RF) así como la ubicación en 11 nodos primarios de nuevos sistemas de amplificación y distribución óptica para el transporte de la señal hasta los usuarios finales a través de 19 nodos secundarios, elementos todos ellos que resultan imprescindibles para la transmisión y por lo tanto para que se produzca con la calidad técnica imprescindible.

- y tercero, porque en el hecho de que se deba satisfacer una contraprestación económica por una determinado servicio que sea diferente al que se exige para otros servicios (incluso a la misma recurrente) no existe discriminación ni trato desigual de ninguna especie puesto que la igualdad requiere tratar desigual a lo que es diferente y lo que la recurrente pide es que se la trate en términos económicos igual que se la trata a ella misma y otras operadores a quienes se presta un servicio diferente, lo cual es tanto como reclamar una discriminación positiva en su favor.

Como dice la CNMC, este conjunto de elementos de red "son imprescindibles para habilitar funcionalidades de inserción de señales en RF y amplificación óptica en los puntos de inter-conexión y nodos primarios de la red de GIT estando por consiguiente debidamente justificada su repercusión al servicio de distribución de la señal de Telecable. Se trataría, por consiguiente, de una clara excepción al principio de neutralidad (aun entendido en términos que esta parte no comparte) que resultaría reconducible al artículo 9.2 LGTel.

Termina el escrito de la Abogacía del Estado solicitando que se dicte sentencia que desestime el recurso de casación y confirme la sentencia recurrida.

Séptimo.

La representación procesal de Gestión Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones de Asturias (GITPA) formalizó su oposición al recurso mediante escrito de fecha 17 de marzo de 2022 en el que, tras hacer una exposición sobre la concepción jurídica del principio de neutralidad tecnológica, con referencias a la Directiva Marco 21/2002/CE, el articulado de la Directiva 2009/140/CE y, en el plano del derecho interno, la Ley General de Telecomunicaciones (alegación segunda del escrito), entra a examinar el principio de neutralidad tecnológica en la red Asturcón y el contrato Arpa (alegación tercera), haciendo al respecto las consideraciones que pasamos a resumir.

1/ El presente procedimiento trae causa última del pago que Telecable realiza por el uso de uno de los servicios que disfruta esta prestadora de servicios en la Red Asturcón; abono que la recurrente considera contrario a los principios de neutralidad tecnológica y, por extensión, de no discriminación y de proporcionalidad, por entender la recurrente que dicha contraprestación económica no sería equivalente al resto de operadores de telecomunicaciones que utilizan la Red Asturcón.

2/ No se puede entender que exista una vulneración del principio de neutralidad tecnológica ya que las cuotas propuestas en el contrato ARPA, como precios únicos, son resultado de las inversiones realizadas por la Administración del Principado de Asturias a través de su sociedad GITPA con el exclusivo y legítimo fin de adecuar las características de la Red Asturcón para su posible uso por distintos operadores.

3/ Tradicionalmente la emisión de la señal de televisión en radiofrecuencia ha sido el estándar de la industria para la práctica totalidad de los dispositivos. Las ondas de radiofrecuencia en la industria de la televisión se transfieren mediante cables coaxiales. La evolución tecnológica ha permitido, sin embargo, que este servicio sea ofrecido mediante un protocolo similar al que se utiliza para la transmisión de datos para ordenadores (Protocolo IP). Por lo tanto, se podría decir que la tecnología ha evolucionado permitiendo el paso de la emisión de la señal de televisión en radiofrecuencia a la de IP, siendo esta última más eficaz y además puede ofrecerse bajo demanda cuándo y dónde sea necesario.

4/ El hecho de que GITPA establezca un precio para el uso de sus redes es una obligación acorde al principio de inversor privado que le exige el artículo 9.2 de la LGTel, y es legítimo y ponderado que guarde relación con las inversiones realizadas por la sociedad. Inversiones efectuadas para dar cabida en su actividad operativa, precisamente, a las alternativas tecnológicas descritas, es decir, no sólo Protocolo IP sino inserción de la señal de televisión en radiofrecuencia; favoreciendo así, precisamente, que la red afiance su carácter de neutralidad tecnológica, disponiendo de la capacidad y características necesarias para la correcta prestación del servicio a distintos prestadores que emplean, a su vez, distintas alternativas tecnológicas.

5/ En todo caso, es conforme a un criterio básico de proporcionalidad que el precio sea acorde a las inversiones públicas a realizar para dar cabida a las distintas alternativas tecnológicas, y que aquellas inversiones destinadas a permitir la inserción de la señal de televisión en radiofrecuencia tengan a su vez incidencia en los operadores que se acogen a dicho servicio, como es el caso de Telecable.

6/ Telecable es el único operador que se acoge a esa modalidad, pero nada impediría que fuesen otros los que así lo hiciesen.

7/ Mientras los operadores que emplean Protocolo IP desarrollan dicha operación por una misma longitud de onda, la emisión de la señal de televisión en radiofrecuencia emplea una longitud de onda en exclusiva.

8/ El abono de las cantidades recogidas en el documento ARPA no es, por lo tanto, un agravio comparativo respecto de la recurrente, sino que se trata de la adecuación de la retribución al proveedor mayorista GITPA acorde a las inversiones realizadas para preservar la operación conforme a las diferencias tecnológicas. Y, por lo tanto no puede considerarse contrario al principio de igualdad, al responder la diferencia de coste para los operadores a situaciones diferentes fundadas en razones objetivas.

9/ GITPA tiene la potestad para establecer un precio para el uso de sus redes. Por una parte, como consecuencia de las obligaciones competenciales y de su papel como gestor neutro de, en este caso, la Red Asturcón. Y, por otra parte, porque resulta necesario para recuperar las inversiones realizadas, necesarias a su vez para la correcta prestación del servicio atendido a las distintas alternativas tecnológicas. Como corolario, si no se impusiera el pago a Telecable como resultado del uso de una serie de infraestructuras especialmente diseñado para las empresas que, como esta, prestan el servicio de emisión de la señal de televisión en radiofrecuencia, se produciría un beneficio injustificado para la recurrente que estaría aprovechando una serie de recursos públicos adicional para desarrollar su negocio sin la debida contrapartida en la adecuación del coste a dichas inversiones. Y, consecuentemente, el coste necesario para que Telecable pueda acceder para el servicio de emisión de televisión en radiofrecuencia se estaría imputando indirectamente a los operadores que utilizan otras tecnologías (Protocolo IP) que no requieren dichas inversiones.

10/ El uso de los derechos de uso privativo de la red concedidos se hace en aras de aplicar el principio de neutralidad tecnológica bajo la condición de mantener el equilibrio financiero que juega en un doble sentido: por un lado, la recurrente Telecable o cualquier otro usuario de la Red Asturcón no deben ver empeorada su actuación en el mercado, pero tampoco la puede ver mejorada sin contraprestaciones adicionales, que les suponga beneficios cuantiosos. Tanto menos cuanto que el recurrente opera en un mercado abierto a la competencia dentro del cual las redes de telecomunicaciones están necesariamente limitadas.

11/ El Documento ARPA se encarga, precisamente, de garantizar el equilibrio económico financiero en la relación con los operadores que acceden a usar para su actividad la Red Asturcón, pero a la vez evita -de conformidad con las disposiciones de la Unión Europea citadas en el apartado siguiente- que el uso de la red pueda dar lugar a situaciones de distorsión de la competencia en los mercados afectados. Estas distorsiones fácilmente podrían tener lugar si se diera acceso a Telecable sin el abono de las correspondientes cantidades parejas a las inversiones realizadas, obteniendo un trato igual a los operadores que emplean otras alternativas tecnológicas que no requieren el mismo nivel de inversión. Ello supondría, por un lado, que el margen comercial obtenido Telecable se hubiera incrementado "gratuitamente" por un trato ventajoso para la prestación de sus servicios, que le eximiría de contribuir con el coste a sufragar las inversiones realizadas; y, por otro, que los eventuales rivales en ese mismo mercado hubieran quedado en una situación de inferioridad competitiva, paralela al aumento del beneficio de los anteriores.

12/ De este modo, concurre una justificación suficiente para establecer esa diferenciación, y esta es proporcionada y objetiva sin que suponga estrictamente siquiera una excepción del principio de neutralidad tecnológica si no, en su caso, su razonable ponderación con otros principios a los que se sujeta la actividad desarrollada por GITPA.

13/ Recordemos que en la sentencia de instancia se dan por acreditados y no se cuestionan los costes relativos a la prestación del servicio de inserción de la señal de televisión en radiofrecuencia y se acepta la previsión de recuperación de la inversión (que, como se expuso en el seno del procedimiento ante la CNMC, se prevé recuperar en 40 años desde su realización). Y recordemos, igualmente, que el documento ARPA refleja los costes de las distintas inversiones realizadas para prestar cada servicio de manera acorde a la alternativa tecnológica del operador que accede a la Red Asturcón, repercutiéndolos de forma proporcional y objetiva a dichos operadores.

Las anteriores consideraciones, expuestas en la "alegación tercera" del escrito, se complementan con las contenidas en la "alegación cuarta", que en lo que interesa al presente recurso de casación podemos resumir del modo siguiente:

14/ Como señala la resolución de la CNMC -y se recoge también en la sentencia de la Audiencia Nacional- GITPA ha realizado una importante inversión para el desarrollo de la construcción de la Red Asturcón, una red de telecomunicaciones creada para dar un servicio a un relevante número de ciudadanos y empresas radicados en poblaciones en las que no estaba prevista la actividad de operadores privados y que tienen el derecho de acceder a los servicios de la sociedad de la información a través de la banda ancha en igualdad de condiciones que el resto de la ciudadanía.

15/ La cantidad establecida en el documento ARPA para retribuir el servicio de acceso de TV en RF ha sido determinada mediante el cálculo de las inversiones que se han realizado. Visto el bajo impacto económico que supone el acceso al servicio de inserción de señal de televisión en radiofrecuencia y la cuota mensual, máxime para

una sociedad como Telecable, no cabe pensar que GITPA tenga como objetivo la obtención de un lucro, sino el cumplimiento de sus objetivos fundacionales: cumplir con el derecho de acceso a las telecomunicaciones, cumpliendo a su vez los criterios exigibles de la LGTel bajo el criterio aplicable del inversor privado (por lo tanto garantizando su solvencia y la sostenibilidad económica de su actividad, como es el caso).

16/ En estas condiciones, cualquier operador podrá usar la Red Asturcón siempre que cumpla con las condiciones y estipulaciones previstas en el ARPA. Condiciones que necesariamente deben incluir la justa y razonable contraprestación económica que sea acorde con las inversiones hechas. Lo contrario, supondría otorgar una ventaja indirecta a los operadores que se sirvan de una infraestructura sufragada con fondos públicos, como es el caso de la Red Asturcón.

17/ Si bien GITPA no tiene la posición jurídica que tiene una Administración Pública y no le corresponde la exacción de las tasas o cánones administrativos que un Estado puede imponer, una empresa privada participada al cien por cien por capital público sí puede establecer un régimen contractual predeterminado, establece y transparente, como es el ARPA, en virtud del que determinar los costes para el acceso por los operadores al uso de la red cuya explotación tiene encargada por su titular (el Principado de Asturias, que es el socio único de GITPA). Y, en ese marco, puede perfectamente GITPA alcanzar acuerdos con una de las empresas más importantes del sector de las telecomunicaciones de España (como es Telecable, considerando el grupo empresarial en el que se integra) para el uso por esta de la Red Asturcón, bajo el marco del documento ARPA.

18/ Además, el TJUE ya ha declarado que el artículo 13 de la Directiva no se refiere a todos los cánones a los que están sujetas las infraestructuras que permiten el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (sentencias de 4 de septiembre de 2014, Belgacom y Mobistar, C-256/13 y C-264/13, apartado 34, y de 17 de diciembre de 2015, Proximus, C-517/13, apartado 30 y jurisprudencia allí citada). El citado artículo versa sobre los criterios de imposición de cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias o números o por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma (sentencia de 17 de diciembre de 2015, Proximus, C-517/13 , apartado 31 y jurisprudencia citada).

19/ El documento ARPA se constituye como la obligada referencia para las relaciones entre el GIT y los operadores, y su contenido enumera y detalla el catálogo de servicios puestos a disposición de estos últimos, sus precios y condiciones de prestación, y los procedimientos administrativos de soporte a los procesos de Provisión, Aseguramiento y Facturación que les permite ofrecer sus servicios utilizando la Red Asturcón.

20/ Es por todo ello que la normativa no impide el establecimiento de un canon de esta naturaleza y ha sido el propio TJUE quien ha recordado que el aprovechamiento del dominio público lo constituye su utilización privativa o su aprovechamiento especial, en suelo, vuelo y subsuelo, mediante diferentes infraestructuras. Siendo por tanto los encargados de abonar el precio aquellos operadores de redes o de servicios de energía eléctrica, agua, gas o cualquier otro fluido, telefonía fija, telefonía móvil y otros servicios de comunicaciones electrónicas que utilicen o exploten estas infraestructuras, tal y como se deriva de la citada Sentencia del TJUE de 27 de enero de 2012. En el caso de GITPA, si bien la Red Asturcón tiene naturaleza patrimonial a efectos regulatorios, el criterio de establecimiento del canon es susceptible de aplicación analógica, siendo en este caso su reflejo el régimen de costes por acceso a la Red que contempla, de manera regulada, estable y transparente, el documento ARPA.

21/ Si GITPA no recibiera las cantidades acordadas en el Documento ARPA de manera acorde a la inversión empleada para la adecuación de la Red a su uso mediante las distintas alternativas tecnológicas, serían los contribuyentes los que estarían beneficiando a la recurrente quien sólo obtendría beneficios de la transacción sin tener en consideración la inversión el mantenimiento de la red que GITPA lleva realizando a lo largo de estos años.

Termina es escrito solicitando que se dicte sentencia por la que,

- (i) desestime íntegramente el recurso de casación interpuesto por la parte recurrente;
- (ii) interprete los artículos 3 h) y 9.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, resolviendo las cuestiones sometidas a este recurso de casación en el sentido de considerar adecuada a derecho la aplicación de condiciones económicas diferenciadas en virtud de la realización de inversiones específicas para garantizar la prestación del servicio mayorista de inserción de la señal de televisión en radiofrecuencia; y,
- (iii) confirme la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Octava) de 27 de enero de 2021 dictada el PO 661/2018);
- (iv) con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

Octavo.

Mediante providencia de 1 de abril de 2022 se acordó no haber lugar a la celebración de vista pública, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo.

Noveno.

Mediante nueva providencia de 17 de julio de 2022 se fijó para votación y fallo del presente recurso el día 25 de octubre de 2022, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

Objeto del recurso de casación.

El presente recurso de casación nº 3123/2021 lo interpone la representación procesal de Telecable Asturias, S.A.U. contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de enero de 2021 dictada en el recurso contencioso-administrativo número 661/2018.

Como hemos visto en el antecedente primero, la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional, ahora recurrida en casación, desestima el recurso contencioso-administrativo que interpuso Telecable de Asturias, S.A.U. contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 19 de abril de 2018 que resuelve conflicto entre Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias y la citada Telecable de Asturias, S.A.U.

En los antecedente primero y segundo hemos dejado reseñados los datos más relevantes de la resolución de la CNMC que resuelve el conflicto ante ella planteado así como las razones que expone la sentencia recurrida para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo, en particular las que explican por qué la Sala sentenciadora no considera vulnerados los principios de neutralidad tecnológica y de no discriminación (F.J tercero de la sentencia recurrida).

Procede entonces que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en casación, en particular la señalada en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 1 de diciembre de 2021, de admisión del recurso de casación.

Segundo.

Cuestión que presenta interés casacional y marco normativo aplicable.

Como vimos en el antecedente tercero, el auto de admisión del recurso declara que la cuestión que presenta interés casacional objetivo consiste en delimitar el contenido y alcance del principio de neutralidad tecnológica, a la luz de la doctrina constitucional, para aclarar, en particular, si la realización de inversiones específicas para garantizar la prestación del servicio mayorista de inserción de la señal de televisión en radiofrecuencia constituye justificación bastante para excepcionar la aplicación del mencionado principio (aplicando condiciones económicas diferenciadas).

El propio auto deja señaladas las normas que, en principio, han de ser objeto de interpretación: artículos 3.h/ y 9.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones; sin perjuicio -añade el auto- de otras normas que la Sala de Enjuiciamiento considere procedentes.

Veamos lo que establecen los preceptos citados, así como los artículos 38, 60.2 y 3, 66.1 y disposición transitoria cuarta de la misma Ley General de Telecomunicaciones, que también han sido invocados en el debate casacional.

<< Artículo 3. Objetivos y principios de la Ley.

Los objetivos y principios de esta Ley son los siguientes:

[...]

h) Fomentar, en la medida de lo posible, la neutralidad tecnológica en la regulación>>.

<< Artículo 9. Instalación y explotación de redes públicas y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de prestación a terceros por las administraciones públicas.

1. La instalación y explotación de redes públicas o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de prestación a terceros por operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas se regirá de manera específica por lo dispuesto en el presente artículo.

2. La instalación y explotación de redes públicas o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de prestación a terceros por operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas se realizará dando cumplimiento al principio de inversor privado, con la debida separación de cuentas, con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia, no distorsión de la competencia y no discriminación, y cumpliendo con la normativa sobre ayudas de Estado a que se refieren los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Mediante real decreto, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, se determinarán las condiciones en que los operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas deberán llevar a cabo la instalación y explotación de redes públicas o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de prestación a terceros y, en especial, los criterios, condiciones y requisitos para que dichos operadores actúen con sujeción al principio de inversor privado. En particular, en dicho real decreto se establecerán los supuestos en los que, como excepción a la exigencia de actuación con sujeción al principio de inversor privado, los operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas

podrán instalar y explotar redes públicas y prestar servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de prestación a terceros que no distorsionen la competencia o cuando se confirme fallo del mercado y no exista interés de concurrencia en el despliegue del sector privado por ausencia o insuficiencia de inversión privada, ajustándose la inversión pública al principio de necesidad, con la finalidad de garantizar la necesaria cohesión territorial y social>>.

<< Artículo 38. Acceso o uso de las redes de comunicaciones electrónicas titularidad de los órganos o entes gestores de infraestructuras de transporte de competencia estatal.

1. Los órganos o entes pertenecientes a la Administración General del Estado así como cualesquiera otras entidades o sociedades encargados de la gestión de infraestructuras de transporte de competencia estatal que presten, directamente o a través de entidades o sociedades intermedias, servicios de comunicaciones electrónicas o comercialicen la explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas, negociarán con los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas interesados en el acceso o uso de las redes de comunicaciones electrónicas de las que aquellos sean titulares.

2. Las condiciones para el acceso o uso de estas redes han de ser equitativas, no discriminatorias, objetivas, transparentes, neutrales y a precios de mercado, siempre que se garantice al menos la recuperación de coste de las inversiones y su operación y mantenimiento, para todos los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, incluidos los pertenecientes o vinculados a dichos órganos o entes, sin que en ningún caso pueda establecerse derecho preferente o exclusivo alguno de acceso o uso a dichas redes en beneficio de un operador determinado o de una red concreta de comunicaciones electrónicas. En todo caso, deberá preservarse la seguridad de las infraestructuras de transporte en las que están instaladas las redes de comunicaciones electrónicas a que se refiere este artículo y de los servicios que en dichas infraestructuras se prestan.

3. Las partes acordarán libremente los acuerdos del acceso o uso a que se refiere este artículo, a partir de las condiciones establecidas en el apartado anterior. Cualquiera de las partes podrá presentar un conflicto sobre el acceso y sus condiciones ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la cual, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo indicado en la Ley de creación de dicha Comisión, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva>>.

<<Artículo 60. De la administración del dominio público radioeléctrico.

[...]

2. La administración del dominio público radioeléctrico se llevará a cabo teniendo en cuenta su importante valor social, cultural y económico y la necesaria cooperación con otros Estados miembros de la Unión Europea y con la Comisión Europea en la planificación estratégica, la coordinación y la armonización del uso del espectro radioeléctrico en la Unión Europea.

En el marco de dicha cooperación se fomentará la coordinación de los enfoques políticos en materia de espectro radioeléctrico en la Unión Europea y, cuando proceda, la armonización de las condiciones necesarias para la creación y el funcionamiento del mercado interior de las comunicaciones electrónicas. Para ello, se tendrán en cuenta, entre otros, los aspectos económicos, de seguridad, de salud, de interés público, de libertad de expresión, culturales, científicos, sociales y técnicos de las políticas de la Unión Europea, así como los diversos intereses de las comunidades de usuarios del espectro, atendiendo siempre a la necesidad de garantizar un uso eficiente y efectivo de las radiofrecuencias y a los beneficios para los consumidores, como la realización de economías de escala y la interoperabilidad de los servicios.

3. En particular, son principios aplicables a la administración del dominio público radioeléctrico, entre otros, los siguientes:

- a) Garantizar un uso eficaz y eficiente de este recurso.
- b) Fomentar la neutralidad tecnológica y de los servicios, y el mercado secundario del espectro.
- c) Fomentar una mayor competencia en el mercado de las comunicaciones electrónicas.

[...]>>.

<<Artículo 66. Neutralidad tecnológica y de servicios en el uso del dominio público radioeléctrico.

1. En las bandas de radiofrecuencias declaradas disponibles para los servicios de comunicaciones electrónicas en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias se podrá emplear cualquier tipo de tecnología utilizada para los servicios de comunicaciones electrónicas de conformidad con el Derecho de la Unión Europea.

Podrán, no obstante, preverse restricciones proporcionadas y no discriminatorias a los tipos de tecnología de acceso inalámbrico o red radioeléctrica utilizados para los servicios de comunicaciones electrónicas cuando sea necesario para:

- a) Evitar interferencias perjudiciales.
- b) Proteger la salud pública frente a los campos electromagnéticos.
- c) Asegurar la calidad técnica del servicio.
- d) Garantizar un uso compartido máximo de las radiofrecuencias.

- e) Garantizar un uso eficiente del espectro.
- f) Garantizar el logro de un objetivo de interés general.
[...]>>.

Tercero.

Principio de neutralidad tecnológica. Significado y alcance y posibles excepciones.

La sentencia del Tribunal Constitucional STC 8/2016, de 21 de enero, señala en su F.J. 11 que el principio de neutralidad tecnológica (o regulación tecnológicamente neutra) se introdujo como principio rector en el ámbito comunitario ya en el libro verde para la regulación de un mercado común de servicios y equipos de telecomunicaciones de 1987 y que se eleva a principio con rango normativo en la Directiva 2009/140/CE. A continuación, en ese mismo F.J. 11 el Tribunal Constitucional explica que el mencionado principio

<< (...) supone que la legislación en el sector de las telecomunicaciones debe centrarse en los objetivos que se fijen sin imponer tecnologías concretas -y, como contrapartida, sin discriminar el uso de cualquier tipo de tecnología que sea susceptible y adecuada para conseguir los objetivos fijados-. En definitiva, lo que se pretende es que la regulación sea neutra y su eje gire en torno a los objetivos que se pretenden conseguir (por ejemplo, prestación del servicio universal) garantizando, de un lado, una regulación flexible (o sostenible) que permita soportar el impacto de la evolución y la convergencia tecnológicas (evitando la obsolescencia predecible de una regulación asociada al uso de una determinada tecnología); de otro lado, la libre competencia en el mercado y el fomento de la innovación tecnológica; y, en tercer lugar y como colofón, la protección del consumidor final, al garantizarle una libertad de elección que no se ve lastrada en función de la tecnología utilizada>>.

En esa misma línea, aunque expresado en otros términos, la sentencia de la Audiencia Nacional ahora recurrida en casación señala (F.J. 3) que el principio de neutralidad tecnológica << (...) se materializa en que la intervención pública, para satisfacer una misma necesidad, no debe privilegiar sobre otras la solución tecnológica que se use para prestar el servicio de que se trate>>.

De conformidad con lo señalado en el artículo 66.1 LGTel que antes hemos transcrito, la citada STC 8/2016 admite que este principio de neutralidad tecnológica puede verse sometido a excepciones basadas, precisamente, en el interés público de los objetivos que se deben conseguir (en términos comunitarios, "exigencias esenciales"). Así, según el artículo 9.3 de la Directiva 2002/21/CE (modificada por la Directiva 2009/140/CE), el principio de neutralidad puede verse limitado (con medidas proporcionadas, no discriminatorias y necesarias) para evitar interferencias perjudiciales, proteger la salud pública, asegurar la calidad técnica del servicio, garantizar un uso eficiente del espectro radioeléctrico o garantizar el logro de un interés general.

Cuarto.

Sobre la alegada vulneración del principio de neutralidad tecnológica en el caso al que se refiere el presente recurso.

Siguiendo en este punto las explicaciones que ofrece la representación de la entidad recurrida Gestión Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones de Asturias (GITPA) en su escrito de oposición al recurso (página 2), la Red Asturcón es una red de fibra óptica hasta el hogar desplegada por el Gobierno del Principado de Asturias en zonas de la Comunidad Autónoma en las que previsiblemente no intervendría la iniciativa privada para el despliegue de redes de banda ancha. Esta red es gestionada por GITPA, sociedad del sector público autonómico, cuyo capital es titularidad exclusivamente del Principado de Asturias. GITPA es un operador mayorista neutro y tiene como misión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, la explotación de la red pública de acceso a la banda ancha propiedad del Principado de Asturias (la referida Red Asturcón, en este caso), poniendo dicha red al servicio de los operadores prestadores de servicios de telecomunicaciones, a fin de poder ofrecer servicios minoristas a los usuarios finales.

Como hemos visto en los antecedentes primero y segundo, la resolución de la CNMC impugnada en el proceso de instancia viene a resolver el conflicto entablado entre la citada GITPA y la empresa operadora Telecable de Asturias, S.A.U. a propósito de la cuota mensual de 2.200 euros/mes establecida en el documento marco de Acceso a la Red Pública Asturcón (ARPA); cuota esta que, en virtud del citado documento marco, Telecable de Asturias, S.A.U debe satisfacer a GITPA por la provisión del servicio de TV en radiofrecuencia.

El documento ARPA refleja los costes de las distintas inversiones realizadas para prestar cada servicio de manera acorde a la alternativa tecnológica del operador que accede a la Red Asturcón, repercutiéndolos de forma proporcional y objetiva a dichos operadores.

Tradicionalmente la emisión de la señal de televisión en radiofrecuencia ha sido el estándar de la industria para la práctica totalidad de los dispositivos. Sin embargo, la evolución tecnológica ha permitido que este servicio sea ofrecido mediante un protocolo similar al que se utiliza para la transmisión de datos para ordenadores (Protocolo IP). Y sucede que, mientras los operadores que emplean este Protocolo IP desarrollan dicha operación por una

misma longitud de onda, la emisión de la señal de televisión en radiofrecuencia emplea una longitud de onda en exclusiva.

En el caso que examinamos Telecable Asturias, S.A.U es el único operador que se acoge a esa modalidad de emisión de la señal de televisión en radiofrecuencia -así lo señala la sentencia recurrida- aunque nada impediría que otros operadores también lo hicieran.

La sentencia de la Audiencia Nacional (F.J. 3), tomando los datos de la resolución de la CNMC impugnada en el proceso y del documento marco ARPA, deja señalado que el servicio de acceso a la red Asturcón en su modalidad estándar incluye el servicio de conectividad IP con velocidad máxima de acceso de hasta 100 Mb/s, e incluye la posibilidad de contratar de forma independiente o conjunta los siguientes tráficos: (i) tráfico Best Effort (orientado al acceso a Internet); (ii) tráfico Real Time (orientado al tráfico VoIP); (iii) tráfico multicast (orientado al tráfico de TV sobre IP y video bajo demanda).

En todos los casos, y con independencia del tipo de tráfico contratado, el precio de acceso es idéntico, consistiendo en el pago de una cuota de alta por acceso de 35 €, y una cuota recurrente de 16 €/mes. Tales cuotas son también abonadas por Telecable Asturias S.A.U., por los servicios de conectividad básicos (sin caudal garantizado) que tiene contratados con GITPA. Pero lo que da origen al conflicto ante la CNMC -y luego al proceso contencioso-administrativo- es la previsión de unas condiciones económicas diferenciadas que se aplican a Telecable Asturias S.A.U. frente al resto de operadores que ofrecen servicios de TV mediante tecnología IP; siendo objeto de controversia si estas condiciones específicas (cuota mensual de 2.200 euros/mes) están justificadas y son proporcionadas y, en definitiva, si con ellas resulta vulnerado el principio de neutralidad tecnológica.

Hemos visto que la sentencia recurrida hace suyas las apreciaciones de la resolución de la CNMC en las que se concluye que GITPA ha acreditado la realización de inversiones específicas para la provisión del servicio de inserción de la señal de TV en radiofrecuencia; y que, desde el punto de vista técnico, GITPA ha expuesto cuáles han sido los equipos empleados para la incorporación de la señal de TV en radiofrecuencia RF y los medios portadores ópticos hasta los nodos primarios, habiendo justificado asimismo la provisión de puntos de interconexión de equipos de inserción de señales y la ubicación en 11 nodos primarios y transporte de señal hasta 19 nodos secundarios. Equipos y elementos de red que se completan con habilitación de funcionalidades de recepción en los equipos de usuario ONT.

En fin, la Sala de la Audiencia Nacional hace suya la conclusión de la CNMC que, después de examinar y valorar los distintos costes, termina estimando que son proporcionados. Y en cuanto a la alegada existencia de un trato discriminatorio en perjuicio de la recurrente, la sentencia recurrida señala que Telecable Asturias, S.A.U es el único agente que presta servicios de comunicaciones electrónicas por medio de una red de acceso de cables coaxiales; y que el uso por Telecable de tales redes de cable, que debían interoperar con la red de fibra óptica Asturcón, ha requerido la adaptación de los puntos de interconexión de la red de GITPA y de los terminales de usuario ONT, implicando la inversión específica. Por ello, concluye la Sala de la Audiencia Nacional, no cabe afirmar que haya existido discriminación pues no hay noticia de que exista otro operador al que se hayan aplicado condiciones diferentes a Telecable, o más beneficiosas, por la prestación de igual servicio.

La recurrente no cuestiona que GITPA haya realizado las inversiones específicas a las que acabamos de referirnos, ni su valoración; datos fácticos que, por lo demás, no podrían ser revisados en casación.

Lo que alega la representación de Telecable Asturias, S.A.U. es, dicho ahora en forma resumida: que la imposición de condiciones económicas más gravosas por el uso de una determinada tecnología no puede ampararse en el principio de inversor privado que el artículo 9.2.2º de la Ley General de Telecomunicaciones impone a los operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas; que el citado principio de inversor privado no se erige, ni puede erigirse, en excepción al principio de neutralidad tecnológica sino que, como indica el artículo 9.2 de la Ley General de Telecomunicaciones, es necesario complemento, compatible y conciliable con la neutralidad tecnológica; de manera que, si cabe una interpretación conforme de los principios de neutralidad tecnológica y de inversor privado, ha de aplicarse. Y añade la recurrente que esta interpretación conforme del principio de neutralidad tecnológica y del principio de inversor privado es coherente con lo establecido en el artículo 38.2 de la Ley General de Telecomunicaciones, que se refiere al acceso o uso de las redes de comunicaciones electrónicas titularidad de los órganos o entes gestores de infraestructuras de transporte de competencia estatal.

Concretando su posición, la recurrente sostiene que, en aplicación del principio de inversor privado, el operador directa o indirectamente controlado por administraciones públicas ha de diseñar su esquema de costes e ingresos teniendo en cuenta los costes e inversiones necesarias para el acceso de los operadores a todas las tecnologías que se prestan en la red, y los ingresos obtenidos por el acceso y utilización de todas las tecnologías que se prestan en la red, sin separar ni deslindar el coste de las inversiones concretas asociadas a una determinada tecnología.

Pues bien, esta Sala no comparte el planteamiento de la recurrente.

Ante todo, hemos de partir de las apreciaciones que recoge la sentencia recurrida cuando señala que se ha acreditado la realización de inversiones específicas para la provisión del servicio de inserción de la señal de TV en radiofrecuencia; que se ha justificado el importe de la inversión efectuada y que los costes son proporcionados; y, en fin, que siendo Telecable Asturias, S.A.U el único operador que presta servicios de comunicaciones electrónicas

por medio de una red de acceso de cables coaxiales no cabe afirmar que dicha entidad haya sufrido discriminación, pues no hay noticia de que exista otro operador al que se haya dispensado un trato distinto por la prestación de igual servicio.

Partiendo de tales premisas, fijadas en la sentencia recurrida, compartimos el parecer de la Sala de instancia cuando concluye que no cabe considerar vulnerado el principio de neutralidad tecnológica por el sólo hecho de que Telecable Asturias S.A.U. -además de las cuotas que le corresponden en igualdad de condiciones que a otras operadoras- deba abonar una cuota mensual de 2.220 € al mes a GIPTA por el servicio de inserción de la señal de televisión en radiofrecuencia, siendo así que, como hemos visto, GIPTA ha acreditado la realización de inversiones específicas para la provisión de dicho servicio y ha justificado su importe; de modo que la aplicación de unas condiciones económicas diferenciadas a Telecable Asturias S.A.U. resulta justificada y proporcionada.

Ese trato diferenciado no pretende primar o favorecer a una determinada tecnología respecto de otra sino, sencillamente, garantizar el equilibrio y proporcionalidad en el tratamiento que se dispensa a los distintos operadores, evitando distorsiones de la competencia como las que resultarían si se diera acceso a Telecable Asturias S.A.U. sin que tuviera que abonar cantidad alguna por las inversiones realizadas por GIPTA para la prestación del servicio con esa concreta tecnología (inserción de la señal de televisión en radiofrecuencia), pues ello supondría aplicar a la recurrente el mismo trato que a los operadores que emplean otras alternativas tecnológicas que no requieren el mismo nivel de inversión, lo que podría conllevar, entonces sí, una vulneración del principio de neutralidad tecnológica por favorecer a la tecnología basada en la inserción de la señal de TV en radiofrecuencia en detrimento de otras alternativas tecnológicas.

El de la neutralidad tecnológica no es un principio o valor absoluto sino un objetivo a cuyo fomento debe estar orientada la regulación "en la medida de lo posible" (artículo 3 de la LGTel). Y, por otra parte, ya hemos señalado (F.J. 3º, in fine) que la STC 8/2016 admite que el principio de neutralidad tecnológica puede verse sometido a excepciones basadas, precisamente, en el interés público de los objetivos que se deben conseguir.

Aun así, tiene razón la recurrente cuando sostiene que el principio de inversor privado no constituye una excepción al citado principio de neutralidad. Lo que sucede es que ambos principios deben ser interpretados de manera concordada y conjugados ambos con los demás principios a los que se refiere el artículo 9.2 LGTel -entre ellos, los de no distorsión de la competencia y no discriminación- y con los principios aplicables a la administración del dominio público radioeléctrico que se enumeran en el artículo 60.3 de la misma Ley (<<a) Garantizar un uso eficaz y eficiente de este recurso. b) Fomentar la neutralidad tecnológica y de los servicios, y el mercado secundario del espectro. c) Fomentar una mayor competencia en el mercado de las comunicaciones electrónicas>>).

La apreciación conjunta y concordada de estos valores y principios que acabamos de mencionar, unida a la consideración, a la que antes nos hemos referido, de que el de la neutralidad tecnológica no es un valor absoluto sino un objetivo al que debe estar orientada la regulación "en la medida de lo posible", nos lleva a concluir que la sentencia recurrida -y la actuación administrativa que en ella se confirma- no incurre en vulneración del principio de neutralidad tecnológica pues no persigue primar a una determinada tecnología sino garantizar el equilibrio y la proporcionalidad en el tratamiento que se dispensa a los distintos operadores.

Quinto.

Respuesta de esta Sala a la cuestión debatida en casación.

A modo de recapitulación, y dando con ello respuesta a la cuestión de interés casacional delimitada en el auto de admisión del presente recurso, debemos declarar lo siguiente:

1/ El principio de neutralidad tecnológica se materializa en que la intervención pública no debe privilegiar una determinada solución tecnológica respecto de otras que se usen para prestar el mismo servicio.

2/ Dicho principio se propugna en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (vid artículos 3.h/, 9.2, 60.3.b/ y 66 de dicha Ley) pero no como un valor absoluto sino como un objetivo a cuyo fomento debe estar orientada la regulación "en la medida de lo posible" (artículo 3.h/ de la LGTel).

3/ El citado principio de neutralidad tecnológica debe ser interpretado de manera concordada con el principio de inversor privado (artículo 9.2 LGTel) y conjugados ambos con los demás principios a los que se refiere este artículo 9.2 - entre ellos, los de no distorsión de la competencia y no discriminación- y con los principios aplicables a la administración del dominio público radioeléctrico que se enumeran en el artículo 60.3 de la misma Ley (<<a) Garantizar un uso eficaz y eficiente de este recurso. b) Fomentar la neutralidad tecnológica y de los servicios, y el mercado secundario del espectro. c) Fomentar una mayor competencia en el mercado de las comunicaciones electrónicas>>).

4/ El hecho de que el operador mayorista (sociedad del sector público autonómico) que gestiona la explotación de la red pública de acceso a la banda ancha, poniendo dicha red al servicio de los operadores prestadores de servicios de telecomunicaciones, exija el pago de una cuota diferenciada por el servicio de inserción de la señal de televisión en radiofrecuencia, por razón de las inversiones que el gestor de la red ha debido realizar para la prestación del servicio, no constituye una vulneración del principio de neutralidad tecnológica en la medida

en que ese trato diferenciado no pretende primar o favorecer a una determinada tecnología respecto de otra sino garantizar el equilibrio y proporcionalidad en el tratamiento que se dispensa a los distintos operadores, evitando distorsiones de la competencia como las que resultarían si se aplicase a la recurrente el mismo trato que a los operadores que emplean otras alternativas tecnológicas que no requieren el mismo nivel de inversión.

Sexto.

Resolución del recurso y costas procesales.

Atendiendo a lo razonado en los apartados anteriores, fácilmente se constata que la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional es conforme con la doctrina que aquí hemos expuesto, por lo que procede que declaremos no haber lugar al recurso de casación.

En cuanto a las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes; debiendo estarse a lo resuelto en la sentencia recurrida en lo que se refiere a las costas del proceso de instancia.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- No ha lugar al recurso de casación nº 3123/2021 interpuesto en representación de TELECABLE ASTURIAS, S.A.U. contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de enero de 2021 dictada en el recurso contencioso-administrativo número 661/2018.

2.- No se imponen las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes, manteniéndose el pronunciamiento de la sentencia recurrida en lo que refiere a las costas del proceso de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.