



Roj: **SAN 405/2015** - ECLI: **ES:AN:2015:405**

Id Cendoj: **28079230082015100068**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **06/02/2015**

Nº de Recurso: **10/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000010 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00128/2013

Demandante: VODAFONE ESPAÑA S.A.

Procurador: SR. HIDALGO MARTÍNEZ

Demandado: COMISIÓN DE MERCADO DE TELECOMUNICACIONES

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a seis de febrero de dos mil quince.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **10/13** , que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador **Sr. Hidalgo Martínez** en nombre y representación de **VODAFONE ESPAÑA S.A.** contra resolución de fecha 8 de noviembre de 2012, dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, representada por el Sr. Abogado del Estado, siendo codemandada **TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U.** representada por el Procurador **Sr. Lanchares Perlado** en materia de con una cuantía indeterminada y siendo Magistrado Ponente **D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 14 de enero de 2013, contra la resolución antes mencionada.

Por providencia de 5 de febrero de 2013 se acordó su admisión a trámite con reclamación del expediente administrativo.

Se personó en concepto de codemandado TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. representada por el Procurador Sr. Lanchares Perlado.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 18 de octubre de 2012, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando dicte sentencia por la cual, estimando el recurso se declare que la resolución de la CMT de 8 de noviembre de 2012 relativa al recurso de reposición interpuesto por Vodafone España SAU en relación con la toma de conocimiento por parte del Consejo de esta Comisión de un informe sobre la comercialización de un paquete de acceso telefónico, voz fija, banda ancha fija, telefonía móvil y banda ancha móvil de Telefónica de España SAU denominado Movistar Fusión es anulable por infringir el ordenamiento jurídico de acuerdo con el art. 63 de la LRJPAC.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 26 de julio de 2013, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

Por la codemandada TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. mediante escrito de 4 de octubre de 2013 se expusieron igualmente cuantos fundamentos de hecho y de derecho consideró de aplicación, para terminar suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO.- Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 4 de febrero de 2015, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en las presentes actuaciones resolución de la COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES (CMT) de 8 de noviembre de 2012 por la que se acuerda:

"UNICO.- Inadmitir a trámite el recurso de reposición interpuesto por Vodafone España SAU en relación con la toma de conocimiento por parte del Consejo de esta Comisión de un informe sobre comercialización de un paquete de acceso telefónico, voz fija, banda ancha fija, telefonía móvil y banda ancha móvil de Telefónica de España SAU denominado "Movistar Fusión".

Los hechos que se encuentran en el origen de esta resolución son los siguientes:

-. El Consejo de la CMT en resolución de 22 de enero de 2009 aprobó la definición y análisis del mercado de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales y no residenciales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (Resolución del Mercado 1). Se impuso a Telefónica de España, S.A.U (TESAU) el cumplimiento de las obligaciones regulatorias *ex ante* recogidas en el Anexo 1 de la misma.

El Apartado 3 del Anexo 1 establece las obligaciones relativas a la provisión de los servicios al por menor.

El Apartado 4 del mismo Anexo 1 se refiere a la obligación de transparencia en relación con los precios minoristas.

-. El Consejo de la CMT en Resolución de 5 de marzo de 2009, de definición y análisis de los mercados de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluyendo el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (Resolución de Mercados 4 y 5) establece una obligación de tenor similar.

-. El día 8 de octubre de 2012 la ahora actora presenta recurso de reposición contra un posible acto presunto de la CMT por silencio administrativo positivo, consistente en la autorización a TESAU de la comercialización de las ofertas Movistar Fusión.

-. En el recurso se alegaba sustancialmente que había tenido lugar una vulneración de los principios de transparencia y publicidad en el procedimiento seguido por la CMT para analizar las ofertas litigiosas, en contra



de lo dispuesto en el art. 20 de la ley 2/2011 de 4 de marzo de economía sostenible. Igualmente, alegaba que la oferta en cuestión es irreplicable no pudiendo ser contestada por ninguno de los operadores alternativos a TESAU.

La CMT analiza en primer lugar si existe o no un acto administrativo recurrible, con referencia a la alegación de VODAFONE ESPAÑA SA de que según una nota de prensa de la CMT de 20 de septiembre de 2012 se ha autorizado la propuesta de TELEFONICA.

La resolución impugnada razona de la forma siguiente:

1º En el artículo 107.1 de la LRJPAC se prevé que:

"contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley."

La CMT considera que en el caso del recurso interpuesto por VODAFONE no existe un acto o resolución administrativa en el sentido previsto por el precepto citado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en desarrollo del mismo.

Y ello porque tanto en su recurso, como en su escrito de subsanación de fecha 2 de noviembre de 2012, VODAFONE expone que, de acuerdo con el contenido de una nota de prensa de esta Comisión de 20 de septiembre de 2012, "y no existiendo resolución expresa del Consejo sobre la cuestión", entiende "que la CMT ha autorizado la comercialización de las ofertas "Movistar Fusión" de TESAU mediante silencio administrativo positivo, al haber transcurrido, con toda probabilidad, 15 días desde que este último operador comunicara la oferta sin existir oposición expresa a la misma",.

VODAFONE fundamenta su conclusión de que ha existido una autorización mediante silencio administrativo positivo en lo previsto en la Resolución de la CMT de 5 de marzo de 2009 (Resolución del Mercado 1).

La CMT razona que no ha existido "acto presunto" alguno de autorización porque la producción de un acto presunto como consecuencia de un "silencio administrativo" exige que exista un acto de inicio del procedimiento, con fundamento en lo dispuesto en el art. 43 ley 30/1992.

Por último, continua señalando la Administración, no puede considerarse impugnabile en vía administrativa el contenido de una nota de prensa informativa, al carecer de naturaleza resolutoria y limitarse a expresar consideraciones o pareceres, no persiguiendo la creación o modificación de situaciones jurídicas y no teniendo efectos imperativos o decisorios.

Tras estas consideraciones, la CMT indica que VODAFONE está utilizando el recurso para finalidad distinta de la prevista en el art. 107 de la ley 30/1992. Considera que a tenor del contenido de sus peticiones, está presentando una solicitud de medidas en materia de derecho sectorial de fomento y salvaguardia de la competencia. En concreto, estaría solicitando que se prohíba Movistar Fusión, y subsidiariamente, que se adopten medidas en materia de precios mayoristas.

A esto da respuesta la CMT recordando que su Resolución de 5 de marzo de 2009 (Resolución del Mercado 1) establece en el apartado 4 del Anexo 1 la obligación expresa para TESAS de remitir sus datos comerciales "sin perjuicio de las potestades de intervención posterior de la CMT" lo que a su juicio le autoriza (a la CMT) a actuar a posteriori para:

1º preservar y promover la competencia sectorial, según establece el art. 10.1 de la Ley de Economía Sostenible: "Los Organismos Reguladores tendrán como objeto prioritario de su actuación velar por el adecuado funcionamiento del sector económico regulado para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios competitivos y de alta calidad en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios. Con tal fin, los Organismos Reguladores preservarán y promoverán el mayor grado de competencia efectiva y transparencia en el funcionamiento de los sectores económicos regulados, sin perjuicio de las funciones atribuidas a la Comisión Nacional de la Competencia o a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de defensa de la competencia.

2º garantizar la pluralidad de la oferta de los servicios de comunicaciones electrónicas, en aplicación del art.48.4.e) de la ley 32/2003: "Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios."



Por último la CMT recuerda que tanto VODAFONE como otros operadores presentaron escritos que dieron lugar al expediente AEM 2012/206113.

SEGUNDO.- La recurrente se muestra en desacuerdo con determinadas cuestiones concretas:

-. Telefónica tiene prohibida la comercialización de sus tarifas minoristas de fijo sin la previa comprobación del cumplimiento de determinadas obligaciones regulatorias. En consecuencia tiene la obligación de comunicar preventivamente sus ofertas minoristas sometidas a la regulación establecida en los Mercados 1, 4 y 5 con antelación a su comercialización según las correspondientes resoluciones, dando lugar al inicio de un proceso de análisis de la viabilidad de su comercialización.

-. La CMT autoriza Movistar Fusión sin resolución expresa, por lo que la actora consideró que había tenido lugar la aprobación mediante silencio administrativo positivo.

Los motivos de impugnación alegados pueden resumirse como sigue:

-. La resolución impugnada es anulable por haber sido adoptada arbitrariamente, al negar la existencia de un acto administrativo que sí ha tenido lugar.

-. La resolución impugnada es anulable por incurrir en arbitrariedad al considerar adecuado el procedimiento seguido para el análisis de las ofertas de Telefónica Movistar Fusión y el acto que le pone fin, cuando ambos se han realizado en contra de los principios de transparencia y publicidad exigidos.

-. La resolución impugnada es anulable por incurrir la CMT en arbitrariedad al permitir la comercialización de las ofertas Movistar Fusión de Telefónica que son irreplicables.

Frente a estas alegaciones se alza en primer lugar el Abogado del Estado que se opone al recurso alegando que no existe en el supuesto de autos ningún acto de iniciación del procedimiento que determine por inobservancia del plazo la producción de un acto presunto. TESAU no ha iniciado un procedimiento de autorización, sino que comunicó la oferta a la CMT la cual a su vez no ha autorizado ni iniciado ningún procedimiento.

Señala que en realidad se trata de una pretensión de que la CMT actúe en un determinado sentido.

La representación procesal de la codemandada TELEFONICA DE ESPAÑA SAU alega en primer lugar la inexistencia de ningún acto administrativo impugnabile en reposición, sosteniendo que los hechos a tener en cuenta son los siguientes:

-. El día 17 de agosto de 2012 TELEFONICA cumpliendo con las obligaciones de transparencia y comunicación por haber sido identificado como operador con peso significativo de mercado, comunica a la CMT la intención de comercializar un nuevo producto denominado Movistar Fusión.

Así cumple con las obligaciones de la Resolución de la CMT de 22 de enero de 2009 y de la Resolución de la CMT de 5 de marzo de 2009 (Resolución del Mercado 1).

-. El día 8 de octubre de 2012 VODAFONE descontenta con la actuación comercial de TELEFONICA presenta recurso de reposición contra un supuesto acto presunto de la CMT del que habría tenido conocimiento o que estaría constituido por una nota de prensa de la CMT de 20 de septiembre de 2012 en la que dicha Comisión reconoce que le ha sido comunicado por TELEFONICA el producto.

En conclusión: no existe procedimiento administrativo alguno del que pudiera derivarse un acto presunto impugnabile por lo que es conforme a derecho la decisión de la CMT de inadmitir el recurso

TERCERO.- La cuestión litigiosa se centra en determinar si la decisión de la CMT impugnada, cuando declara inadmisibile el recurso interpuesto por la ahora actora es o no conforme a derecho.

A fin de comprobar si existe o no un acto administrativo de autorización, que es lo que sostiene la actora, es preciso comprobar si las circunstancias concurrentes en la oferta Movistar Fusión en la fecha en que dicha oferta se comercializa eran tales que exigían una autorización previa de la CMT, pues si concurría tal circunstancia podría concluirse que de facto hubo una autorización de la CMT por silencio administrativo.

La actora en su día, en el escrito que dirigió a la CMT si sostuvo que Movistar fusión no es una oferta minorista más, y tiene un significado extraordinario, aunque igualmente señaló que "si la oferta minorista de Telefónica supera el test de replicabilidad, la CMT no tiene por qué dictar un acto expreso autorizándola" añadiendo que solo si no supera el referido Test la CMT tendría que oponerse a la misma dictando un acto expreso "por ejemplo como hizo en otras ocasiones, expedientes AEM 2008/363 y AEM 2008/2091".

Reconoce igualmente que en el año 2011 la CMT en su memoria recoge como debió analizar 8.063 ofertas minoristas de Telefónica para comprobar que no suponían una práctica anticompetitiva, por lo que es



razonable concluir que ni es posible ni resulta práctico abrir un proceso de información público y contradictorio en casa caso.

A la vista de tales alegaciones, correspondía a la parte actora practicar prueba dirigida a acreditar la concurrencia de las circunstancias señaladas: específicamente, la acreditación de que la oferta no era replicable.

Estas consideraciones formuladas in extenso en su escrito a la CMT en vía administrativa han sido reiteradas ante esta Sala, folios 35 y siguientes del escrito de demanda, pero no han sido acreditadas. Ante esta falta de prueba, no queda sino concluir que TELEFONICA tenía que comunicar su oferta a la CMT, lo que no es discutido en autos, pero que esta no tenía que autorizarla por tratarse de una oferta replicable.

De hecho, como recuerda la CMT en la resolución impugnada, dicha Comisión está facultada para actuar posteriormente con el fin de preservar y promover la competencia sectorial, según establece el art. 10.1 de la ley 2/2011 de Economía Sostenible así como para garantizar la pluralidad de la oferta de los servicios de comunicaciones electrónicas, en aplicación del art. 48.4e) de la Ley General de Telecomunicaciones, adoptando en su caso las medidas oportunas.

Y con motivo de estas actuaciones, la CMT en la sesión celebrada el 30 de mayo del 2013 adoptó una resolución por la que se aprueba la revisión de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TELEFONICA ESPAÑA SAU y de determinadas obligaciones impuestas en el marco de los mercados 1 y 5 de la Recomendación de mercados.

Este procedimiento se inició el 8 de noviembre de 2012, se recabó informe de la Comisión Nacional de Competencia, y se presentaron alegaciones por diversos operadores entre ellos la recurrente.

Resulta en consecuencia que la resolución impugnada es conforme a derecho pues no ha tenido lugar el acto administrativo que fue impugnado en vía administrativa.

En cuanto a la alegada arbitrariedad de la CMT en relación a la no-autorización de una oferta que según la actora debía ser autorizada, no se ha acreditado la concurrencia de los elementos exigidos normativamente para que pueda alcanzarse esta conclusión, lo que igualmente obliga a desestimar la alegación de infracción de los principios de transparencia y publicidad.

En conclusión, como sostiene la Administración, no es posible identificar ningún hito que pueda erigirse en este acto de inicio que, por inobservancia del plazo, determinase la producción de un acto presunto. TELEFONICA DE ESPAÑA SAU no presentó una solicitud de autorización, sino que comunicó a la CMT las ofertas litigiosas. No habiendo procedimiento no hay un efecto de silencio por transcurso del tiempo equivalente a una autorización.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación, en los extremos objeto de este litigio, de la resolución impugnada.

CUARTO - Deben imponerse las costas de este recurso a la parte actora que ha visto totalmente desestimadas sus pretensiones, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional. Siendo de aplicación la redacción posterior a la reforma de la ley jurisdiccional en materia de costas procesales, pues se publicó en el BOE de 11 de octubre de 2011, señalando su Disposición Final que entraría en vigor a los veinte días de dicha publicación, y este recurso se interpuso el día 14 de Enero de 2013.

En atención a lo expuesto la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **VODAFONE ESPAÑA S.A.U.** contra la Resolución dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el día 8 de noviembre de 2012 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Con condena a la parte actora al pago de las costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido al Juzgado de origen a los efectos legales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.