



Roj: **SAN 962/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:962**

Id Cendoj: **28079230082019100144**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **06/03/2019**

Nº de Recurso: **223/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000223 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02332/2016

Demandante: ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORES Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

Procurador: DON ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU (TESAU)

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a seis de marzo de dos mil diecinueve.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **223/16** , que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador **DON ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ**, en nombre y representación de **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORA Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL)** , frente a la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC), representada por el Sr. Abogado del Estado, siendo codemandada **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (TESAU)** , representada por el Procurador **DOÑA CARMEN ORTIZ CORNAGO** contra resolución de fecha 10 de marzo e 2016, (que después se describirá en el primer Fundamento de Derecho), siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA**.



I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 4 de mayo de 2016, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Decreto de fecha 21 de junio de 2016, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 20 de junio de 2017, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 16 de noviembre de 2017, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la inadmisibilidad del presente recurso o, en otro caso, la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de fecha 18 de enero de 2018, se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Dado traslado a las partes por su orden para conclusiones, las evacuaron, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

SEXTO.- En fecha 11 de octubre de 2018 se acordó una diligencia final.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 27 de febrero de 2019, 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 NACIONAL DE MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC), de fecha 10 de marzo de 2016, en la que se acordó la revisión de la oferta de referencia del servicio mayorista de banda ancha NEBA.

Los motivos de la demanda deducida por ASTEL se centran, en síntesis, en que el acto administrativo vulnera el principio de replicabilidad económica en lo relativo al precio de la cuota mensual del servicio de mantenimiento "premium", en que no se basa en criterios objetivos y en que, finalmente, vulnera el obligado fomento de la competencia

SEGUNDO.- En relación con el óbice procesal del demandado, relativo al incumplimiento del requisito (acuerdo social) contemplado en el artículo 45.2 d) de la Ley Jurisdiccional, la Sala es de criterio no es posible prospere, a la vista de la documentación aportada como consecuencia de requerimiento acordado en fecha 11 de octubre de 2018, del que se infiere claramente la voluntad social de litigar de la entidad actora, y que, a mayor abundamiento, no ha merecido alegación alguna de adverso una vez verificado traslado a quien invocó la causa de inadmisión.

TERCERO.- En relación con la resolución que nos ocupa, esta Sala y Sección en Sentencia de fecha 6 de junio de 2018, recaída en el Recurso 248/2016 de su conocimiento, ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre su acomodo a Derecho. en concreto, en su Fundamento de Derecho Quinto, se expresa:

"Desde la implantación del Servicio NEBA, son numerosos los recursos de los que ha tenido que conocer esa Sala, interpuestos por TESAU contra las distintas resoluciones de la Comisión reguladora (CMT y ahora CNMC), en relación con ese servicio, con el denominador común de considerar injustificadas y desproporcionadas las obligaciones que se le venían imponiendo, en su condición de prestador del Servicio

Reconoce la actora que las obligaciones que combate han sido impuestas por la CNMC en ejercicio de sus competencias, si bien, con base en una larga serie de consideraciones sobre los eventuales problemas o consecuencias negativas que pueden derivarse del cumplimiento de dichas obligaciones, denuncia que las mismas vulneran el principio de proporcionalidad.

Y ello pese a que en la resolución impugnada se abordan las cuestiones que ya planteo TESAU en sus alegaciones en el procedimiento.

Una vez más, TESAU se opone y combate las obligaciones que se lo imponen por el regulador tachándolas de desproporcionadas, en una valoración de las misma realizada desde la perspectiva de la defensa de los intereses empresariales de TESAU, obviando los derechos e intereses legítimos de los operadores alternativos, en el marco de un mercado presidido por principios de no discriminación y libre competencia.



Se invocan preceptos legales supuestamente infringidos, pero en forma alguna se justifica tal infracción. Ni se acredita una actuación arbitraria por parte de la CNMC, a quien competen las funciones que le atribuye el artículo 6 de la Ley 3/2013, en los siguientes términos:

"La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas. En particular, ejercerá las siguientes funciones:

1. *Definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas, en los términos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo.*
2. *Identificar el operador u operadores que poseen un poder significativo en el mercado cuando del análisis de los mercados de referencia se constate que no se desarrollan en un entorno de competencia efectiva.*
3. *Establecer, cuando proceda, las obligaciones específicas que correspondan a los operadores con poder significativo en mercados de referencia, en los términos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo.*
4. *Resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 12.1.a) de la presente Ley.*
5. *Realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo.*
6. *Realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por Ley o por Real Decreto."*

Las referencias a la Ley 32/2003 han de entenderse hechas a la vigente Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. Ley que establece, en su artículo 14 :

"1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en la forma y en las condiciones que se determinen en desarrollo del apartado 5 de este artículo, podrá imponer a los operadores que, de conformidad con dicho artículo, hayan sido declarados con poder significativo en el mercado obligaciones específicas en materia de:

- a) *Transparencia, en relación con la interconexión y el acceso, conforme a las cuales los operadores deberán hacer público determinado tipo de información, (...)*
- b) *No discriminación, que garantizarán, en particular, que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otros operadores que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones.*

(...)

4. Cuando la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia imponga obligaciones específicas a un operador de redes públicas de comunicaciones electrónicas para que facilite acceso podrá establecer determinadas condiciones técnicas u operativas al citado operador o a los beneficiarios de dicho acceso siempre que ello sea necesario para garantizar el funcionamiento normal de la red, conforme se establezca mediante real decreto. Las obligaciones de atenerse a normas o especificaciones técnicas concretas estarán de acuerdo con las normas a que se refiere el artículo 11.

(...)"

Pues bien, las obligaciones combatidas se enmarcan en esa necesidad de garantizar la no discriminación de los operadores alternativos en la prestación de sus servicios minoristas, respecto de las condiciones en que el operador TESAU, operador con poder significativo en el mercado de referencia, presta sus servicios mayorista y minorista.

El servicio mayorista regulado viene definido por un conjunto de obligaciones que impone la Autoridad de Regulación a un operador con poder significativo de mercado como resultado del proceso de análisis del mercado. Proceso que se ha de ir revisando a medida que progresa la tecnología y varían las condiciones del mercado, de manera que no puede permanecer inalterable la situación inicial, sin tener en cuenta que los avances tecnológicos y las condiciones del mercado de las telecomunicaciones no pueden beneficiar exclusivamente al operador con PSM, puesto que se altera el equilibrio entre este y los alternativos en sus condiciones de prestación de los servicios minoristas.

Por su parte, el artículo 7.3 del Reglamento MAN otorga a la CNMC la facultad de introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones de transparencia.



Y la Directiva de Acceso (Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002) en su artículo 9.2 , establece que las autoridades nacionales de reglamentación podrán introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones impuestas por la Directiva.

Frente a los detallados razonamientos de la resolución recurrida, en la que se valoran tanto las alegaciones del Telefónica como del resto de operadores y ASTEL, la recurrente hace fundamenta su recurso sobre hipotéticos perjuicios y costes que no se justifican debidamente. Y ello porque las obligaciones controvertidas van dirigidas a crear un marco de garantía de equilibrio y no discriminación, que no supone que Telefónica vaya a tener que hacer frente a numerosas peticiones de homologación de ONT's de otros operadores ni, desde luego, que ello le fuese a suponer un coste no resarcido por el correspondiente operador alternativo. Y, en cuanto a la obligación de negociar acuerdos razonables para que los alternativos puedan desplegar sus acometidas FTTH en altas de NEBA sobre vacante, no se concreta en la imposición de condiciones concretas de tal negociación, sino que se abre la posibilidad de que no sea Telefónica el único operador que pueda desplegar esas acometidas, siempre previa negociación con Telefónica, que tiene el control sobre el conjunto de elementos físicos que permiten la prestación del servicio y podrá establecer condiciones técnicas y supervisar que el eventual despliegue de acometidas por otros operadores no comprometa la correcta prestación del servicio. Por otra parte, no cabe pensar que los alternativos puedan actuar al respecto movidos por intereses ajenos a prestar a sus clientes un buen servicio, asumiendo la acometida a la casa del cliente con todas las garantías técnicas, en los casos en que no exista la acometida de la fibra a la casa del cliente.

Conforme a lo expuesto, hemos de concluir que la CNMC ha actuado en ejercicio de sus facultades en el marco regulatorio de los mercados, tomando en consideración las alegaciones de TESAU y de los operadores alternativos que han intervenido en el procedimiento, equilibrando las posiciones comerciales del operador relevante y de los demás operadores, desde el prisma de la garantía de la libre competencia y prestación del servicio en igualdad de condiciones. Por lo que no se evidencia que las obligaciones impuestas sean desproporcionada e injustificadas. Por el contrario, en la resolución recurrida se hace una precisa y razonada fundamentación al respecto.

Por otra parte, esas obligaciones han sido impuestas en un procedimiento en el que no cabe apreciar vicio procedimental invalidante, habiéndose observado los derechos de defensa y contradicción de los intervinientes. Dando explicación razonada a las obligaciones que se imponen, a la vista de las alegaciones e intereses defendidos por los operadores que se han personado en el procedimiento.

Sin que quepa apreciar arbitrariedad alguna por parte de la CNMC, sino la finalidad de adecuación de la oferta de referencia a los actuales avances tecnológicos y a la comercialización de nuevos equipos ONT, desde la perspectiva de la garantía del principio de no discriminación.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso."

CUARTO.- Pues bien, aunque como ya se indicó en ordinal precedente, el recurso que ahora nos ocupa se refiere a un aspecto concreto de la resolución combatida, lo cierto y verdad es que debemos atenernos a los términos apodícticos, contundentes y globales de nuestra Sentencia de 6 de junio de 2018 -"la CNMC ha actuado en ejercicio de sus facultades en el marco regulatorio de los mercados, tomando en consideración las alegaciones de TESAU y de los operadores alternativos que han intervenido en el procedimiento, equilibrando las posiciones comerciales del operador relevante y de los demás operadores, desde el prisma de la garantía de la libre competencia y prestación del servicio en igualdad de condiciones (...) habiéndose observado los derechos de defensa y contradicción de los intervinientes. Dando explicación razonada a las obligaciones que se imponen, a la vista de las alegaciones e intereses defendidos por los operadores (...). sin que quepa apreciar arbitrariedad alguna por parte de la CNMC (...) desde la perspectiva del principio de no discriminación"-, resolución que además adquirió firmeza en fecha 15 de octubre de 2018.

Por otra parte, y al margen de esas consideraciones sobre el pleno acomodo a Derecho de la resolución del regulador (determinación racional de precios, ponderación equilibrada de los intereses en juego, garantía de la libre competencia y ausencia de arbitrariedad alguna), lo cierto es que en lo relativo a la concreta argumentación que se esgrime, basada en una pericial de parte, sobre un hipotético menoscabo de la replicabilidad en relación con el precio del servicio de mantenimiento "premium", ha de compartirse la afirmación de la demandada en orden a que no es posible inferir que tal precio vede a los operadores alternativos esa replicabilidad, cuando el muy detallado y razonado acuerdo combatido, insistimos, es fruto de una profunda reflexión técnica, a la vista de los intereses de todas las partes concernidas, en la que no es posible deducir atisbo de arbitrariedad en ninguno de sus aspectos, jurídicos y fácticos, por lo que la Sala es de criterio que procede desestimar el recurso jurisdiccional ahora deducido.

QUINTO.- Se imponen las costas a la parte actora, ex artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional .



FALLAMOS

En nombre de S.M. EL REY, y en atención a lo expuesto, la Sala ha decidido:

PRIMERO.-DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo formulado por "**ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORA Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL)**", contra resolución de fecha 10 de marzo e 2016 de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, a que las presentes actuaciones se contraen.

SEGUNDO .- Se imponen las costas a la parte actora.

La presente Sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **no** tificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

FONDO DOCUMENTAL CENDO