



Roj: **SAN 1776/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:1776**

Id Cendoj: **28079230082017100182**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **19/04/2017**

Nº de Recurso: **511/2015**

Nº de Resolución: **205/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1776/2017,**
ATS 9777/2017,
STS 3771/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000511 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06481/2015

Demandante: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU

Procurador: D^a. MARÍA DEL CARMEN ORTIZ CORNAGO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

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 diecinueve de abril de dos mil diecisiete.

VISTO por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº 511/2015 promovido por la Procuradora de los Tribunales **D^a. María del Carmen Ortiz Cornago**, en nombre y representación de **Telefónica de España, SAU**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 23 de julio de 2015, por la que se resuelve la revisión de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas Terminales (ORLA) de Telefónica.



Ha sido parte recurrida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, representada y defendida por la Abogacía del Estado. Ha comparecido como codemandada la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL), representada por el Procurador de los Tribunales D. Alberto Hidalgo Martínez.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución indicada, el recurrente interpuso recurso contencioso administrativo y reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos. Termina suplicando a la Sala se dicte sentencia dejando sin efecto el resuelve primero de la resolución impugnada, anulando las obligaciones impuestas en los apartados III.5.7 y III.4.3, por haberse impuesto sin previo análisis de mercado, o se anule la obligación impuesta en el apartado III.4.3 por haberse causado indefensión ante la ausencia de trámite de alegaciones.

SEGUNDO.- Emplazado el Abogado del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

ASTEL se opuso a la demanda, mediante escrito en el que solicita que se dicte una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Se practicó la prueba solicitada y admitida por la Sala, las partes presentaron por su orden escrito de conclusiones y las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, la cual tuvo lugar el día 29 de marzo de 2017.

CUARTO.- La cuantía de este recurso es indeterminada.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte recurrente impugna la resolución ya citada en cuanto, en tesis de la recurrente, modifica la ORLA e impone dos nuevas obligaciones que consisten en que Telefónica: 1.- ponga a disposición de los operadores una nueva modalidad de Servicio de Conexión (SdC) a 10 Gigabit/s, cuando hasta el momento la obligación que recaía sobre Telefónica era facilitar a los operadores que así lo requiriesen un SdC a 1 Gigabit/s; 2.- proporcione a los operadores que lo soliciten múltiples circuitos vinculados, cuando hasta el momento la ORLA no contemplaba ninguna previsión similar al respecto.

Mediante resolución de 11 de abril de 2013 se llevó a cabo el correspondiente análisis de mercado y se impuso a Telefónica como operador PSM la obligación de proporcionar líneas de hasta 1 Gigabit/s de capacidad. La citada obligación implicaba que telefónica estaba obligada a dar acceso a terceros a elementos y recursos específicos de su red necesarios para la provisión de los servicios mayoristas de líneas terminales. En particular, debiendo proveer a terceros los servicios siguientes: Servicio de Enlace a cliente final o elemento de red de acceso, servicio por el cual Telefónica proporciona el tramo de circuito entre la central frontera de interconexión de circuitos de Telefónica y el domicilio de un cliente del operador o un elemento de la red de acceso del operador demandante del servicio; Servicio de Conexión, servicio por el cual Telefónica ofrece la conexión a su red mediante la provisión de capacidad portadora entre la central de interconexión de circuitos de Telefónica y el punto de interconexión de circuitos situado en la central frontera del operador, siempre que la distancia entre ambos puntos sea menor a 30 Km; cualquier otro servicio o facilidad asociada a los anteriores necesarios para la provisión de los servicios mayoristas de referencia, incluyendo la ubicación.

Señala la recurrente que se deduce que los servicios de enlace y conexión son obligaciones intrínsecas de la ORLA, obligaciones que se imponen tras el análisis de mercado a la velocidad de 1 Gigabit/s y ahora se modifica a 10 Gigabit/s sin nuevo análisis de mercado. En tesis de la recurrente el referido cambio afecta, por vulneración, al artículo 7.2 del Reglamento de Mercados. En el análisis de Mercado se efectuó una clara diferenciación entre las distintas velocidades de los circuitos (hasta 1 Gb/s y superior). La parte recurrente concluye que es paradójico que la CNMC y la CE en el análisis de mercados se planteasen que la distinta velocidad pudiera ser un mercado diferenciado y la resolución impugnada establezca una nueva velocidad al considerar que es una simple modificación amparada en el artículo 9.2 de la Directiva de Acceso y 7.2 del Reglamento de Mercados.



Respecto de proporcionar múltiples circuitos vinculados, entiende la recurrente que es nueva obligación sin ningún tipo de discusión, pues la previsión de vincular diferentes circuitos en una misma solicitud cursada por un operador no consta en ninguno de los textos de la ORLA anteriores. Además, se afirma que la obligación indicada ni siquiera estaba en la propuesta de resolución, sino que se introdujo sin alegaciones previas y directamente en la resolución impugnada.

SEGUNDO.- A la vista de las actuaciones, podemos señalar que en las alegaciones que se efectúan por TESAU ya se hace referencia a la provisión sobre nivel 1 a precios superiores, respecto de 10M sobre 2xCV12 y 100M sobre 2xCV3, siempre que se cuente con medios de red N1 para dar el servicio. (Doc. 21 del expediente). Por lo demás, en el informe de Trámite de Audiencia (ITA en doc 33 del expediente) ya se señala que <<Como bien conoce Telefónica, ésta no es la primera vez que se revisa y modifica la ORLA, así como otras ofertas de referencia, a través de un procedimiento administrativo independiente de las revisiones de los mercados de referencia. Como se ha señalado, la última modificación de esta oferta fue aprobada por la CMT, el día 18 de julio de 2013, donde se procedió a la revisión de los precios de los servicios ORLA (AEM 2013t237). Pues bien, en ningún caso, el presente procedimiento administrativo para la revisión y modificación de la ORLA supone una modificación o ampliación de las obligaciones ex ante impuestas a Telefónica, ya que el establecimiento, modificación y/o supresión de las citadas obligaciones únicamente puede hacerse en el seno de la revisión de la definición y análisis de los mercados de referencia, circunstancia ésta última que no forma parte del objeto del presente procedimiento. Conclusión: En consecuencia, se desestima la alegación realizada por Telefónica>>.

BT solicitó que se añadiera a la oferta mayorista un servicio de conexión (SdC) agregado de 10Gbit/s, lo que ha sido objeto de la correspondiente controversia entre los intervinientes y se ha analizado con detalle en el ITA (folios 56 a 58), con la conclusión que se recoge en la resolución impugnada (folios 63 a 66). Nos remitimos a lo que se recoge en los citados folios respecto de la cuestión que estamos abordando.

Tal y como señala la administración demandada, cabe resaltar: <<1.- Mientras estaba vigente la primera revisión del mercado de líneas alquiladas terminales, en la que se limitó la obligación de Telefónica de prestar servicios mayoristas de líneas alquiladas terminales con interfaces Ethernet a servicios hasta los 100 Mbit/s, ya existía una modalidad del SdC de 1 Gbit/s. La obligación que tenía impuesta sobre las líneas alquiladas terminales no implica ninguna limitación respecto al SdC; 2.- Las modalidades del SdC para interfaces Ethernet, incluida la de 1 Gbit/s, fueron establecidas y aprobadas precisamente durante el procedimiento de definición de la ORLA y no en el mercado. Las modalidades del SdC forman parte de la concreción de las condiciones necesarias para que Telefónica cumpla con las obligaciones del mercado; 3.- Que la velocidad del SdC y la velocidad máxima del servicio mayorista de línea alquilada terminal fijada en el mercado son independientes, es evidente también puesto que en el mismo mercado, para las líneas alquiladas terminales con interfaces tradicionales, la capacidad máxima que tiene obligación de provisionar acorde con el mercado es 155 Mbit/s y en cambio las modalidades del SdC definidas en la ORLA llegan incluso hasta 2,5 Gbit/s (16 veces más)>>.

Podemos concluir, en definitiva, que la citada modalidad de SdC no supone una nueva obligación propia de la definición de Mercado. En estos términos y con la referida conclusión, que extraemos sin dificultad de las actuaciones que hemos relatado, no podemos apreciar que sea necesario un nuevo análisis de mercado, pues existen activos un gran número de SdC agregados de 1 Gbit/s, existiendo tecnología disponible y suponiendo una mejor y más eficiente utilización de los recursos disponibles. Se trata de establecer una capacidad de red adecuada, capacidad del servicio de entrega, y se recogen los precios del referido servicio de conexión agregado, cuota de alta y cuota anual. Tal y como señala la codemandada, se añade capacidad al equipamiento para que puedan proveerse más circuitos en una misma localización, sin cambiar la capacidad del SdC, pues no se trata de entrega de circuitos a velocidad diferente.

Por el contrario, como puede apreciarse a los folios 29 y siguiente del ITA, nada se solicitó hasta ese momento y no se menciona en el Informe, referente a la vinculación de múltiples solicitudes de circuitos, que sí se incluyen al folio 35 de la resolución impugnada. En esta resolución se afirma:

<<para el caso de un conjunto de circuitos de un mismo cliente que estén vinculados, esta Comisión entiende que las solicitudes de los servicios mayoristas asociados deben poder agruparse de forma que en su provisión Telefónica actúe como si de un solo circuito se tratara, incluyendo una fecha vinculante de provisión única. El operador alternativo deberá poder indicar en sus solicitudes el conjunto de líneas vinculadas, y para las cuáles la fecha de entrega y de disponibilidad del servicio mayorista estará ligada a la disponibilidad completa de todas ellas. Telefónica deberá provisionarlas de forma conjunta, sin menoscabo de que deba facilitar la información de cada línea de forma independiente, permitiendo al operador tener el detalle de las posibles incidencias, así como la facturación detallada por línea>>.



Con esta argumentación, la CNMC añade la citada obligación para TESAU, pero dicha obligación -como indicamos- no constaba anteriormente. No se trata de comprobar, ex post, la razonabilidad e incluso conveniencia de la medida impuesta, sino que dicha medida debe imponerse sólo tras el correspondiente trámite de alegación de las partes interesadas y afectadas y, desde luego, constanding en el IAT, que es el elemento más esencial para poder alegar y rebatir, para el operador PSM, como es el caso.

La ausencia de previa puesta en conocimiento de las partes de la vinculación de múltiples solicitudes de circuitos, ha impedido un verdadero debate sobre la cuestión, susceptible de generar indefensión en la recurrente, que es quien viene compelida por la decisión de la CNMC. La ausencia de planteamiento previo de la referida cuestión, implica -como sostiene la recurrente- la vulneración de normas que rigen los actos y garantías del procedimiento, pues nada pudo alegarse antes de la decisión impugnada, ni se pudo utilizar medio alguno de defensa pertinente al respecto.

En conclusión, consideramos que procede desestimar la demanda en cuanto a la petición formulada en primer lugar y estimar el recurso, en el extremo referido en segundo lugar.

TERCERO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LRLCA, no procede efectuar pronunciamiento impositivo de las costas causadas.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales **D^a. María del Carmen Ortiz Cornago**, en nombre y representación de **Telefónica de España, SAU**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 23 de julio de 2015, por la que se resuelve la revisión de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas Terminales (ORLA) de Telefónica, por su disconformidad a derecho.

SEGUNDO.- Anular y dejar sin efecto el Resuelve Primero de la Resolución recurrida, en cuanto la obligación impuesta a la recurrente en su Apartado III.4.3, desestimando el resto de las pretensiones ejercitadas.

TERCERO.- No efectuar pronunciamiento impositivo de las costas causadas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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 notificación; 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.