



Roj: **SAN 4795/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:4795**

Id Cendoj: **28079230082013100651**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **04/11/2013**

Nº de Recurso: **511/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JAVIER BERMUDEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4795/2013,**
STS 5261/2016

SENTENCIA

Madrid, a cuatro de noviembre de dos mil trece.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº **511/2011** interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por la Procuradora **D^a María del Carmen Ortiz Cornago**, en nombre y representación de **Telefónica de España SAU**, contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 10 febrero 2011, por la que se resuelve la solicitud de Telefónica de España SAU, de modificación de las medidas de aseguramiento de pago de sus ofertas mayoristas, en el que han sido partes la Administración demandada, dirigida y representada por el Abogado del Estado, y France Telecom España SAU, representada por el Procurador D. Roberto Alonso Verdú. La cuantía del presente recurso ha sido establecida como indeterminada.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. *D. JAVIER BERMUDEZ SANCHEZ*, Magistrado de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se interpone el 8 abril 2011, por la representación procesal de **Telefónica de España SAU**, contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 10 febrero 2011, por la que se resuelve la solicitud de Telefónica de España SAU, de modificación de las medidas de aseguramiento de pago de sus ofertas mayoristas.

SEGUNDO.- Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, que verificó por escrito de fecha 18 enero 2012, en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicita sentencia por la que "estimando el recurso contencioso administrativo declare nula parcialmente la Resolución de 10 febrero 2011 por la que se analiza la solicitud de Telefónica de España, S.A. de modificación de las medidas de aseguramiento de pago en sus ofertas mayoristas (expediente RO 2010/902), todo ello en relación con los extremos y realizando los pronunciamientos siguientes:

"I.- En atención al fundamento de derecho primero de la demanda:

"Que se obligue a CMT a pronunciarse sobre la modificación de la cuantía del aval contenida en el anexo I, apartado 11.14.2 de la Resolución impugnada por resultar incongruente con la fundamentación jurídica vertida en la Resolución y en tal sentido reconocer a Telefónica de España el derecho a incluir la modificación en el apartado 11.14.2 (mecanismos de aseguramiento del pago) de la OIR.

"II.- En atención al fundamento de derecho segundo de la demanda:



"Que obligue a CMT a que se amplíe la totalidad de las modificaciones de los mecanismos de aseguramiento incluidos en la OIR en el sentido que indica el anexo de la Resolución y atendiendo a la Resolución por la que se rectifican los errores materiales advertidos en la Resolución de 10 febrero 2011, a todas las ofertas mayoristas.

"III.- En atención al fundamento de derecho tercero de la demanda:

"Que se acepte la propuesta de mi representada de regular un procedimiento que permita a mi representada suspender o desconectar los servicios en caso de impago, o que, subsidiariamente sea de aplicación el artículo 1.124 del Código Civil".

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 30 mayo 2012 y la codemandada mediante escrito presentado el 12 julio 2012, alegando los hechos y fundamentos que estimaron oportunos, solicitaron se dictara sentencia en la que se desestimara el recurso contencioso-administrativo por ser conforme a Derecho el acto recurrido.

CUARTO.- Habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento, se practicó la propuesta, con el resultado que obra en la causa, y, evacuado trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 23 octubre 2013, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se dirige el presente recurso contra la precitada Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 10 febrero 2011, por la que se resuelve la solicitud de Telefónica de España SAU, de modificación de las medidas de aseguramiento de pago de sus ofertas mayoristas.

Consta en fundamentos de dicha resolución, que con fecha 5 mayo 2010 Telefónica de España S.A. solicitó la modificación de los mecanismos de aseguramiento de pago establecidos en los contratos tipo de todas sus ofertas mayoristas de referencia: así para introducir la aprobación de un procedimiento general anterior a la conexión de las redes para verificar el riesgo financiero de las entidades que solicitan servicios de interconexión; autorización para establecer un procedimiento por el que se permita a Telefónica la desconexión del servicio contratado en caso de impagos; y que se le autorice a denegar la provisión de los servicios al operador también en caso de impago.

Iniciado el procedimiento y notificado a Telefónica mediante escrito del Secretario de la Comisión de fecha 27 mayo 2010, se requirió a Telefónica la remisión de determinada información y documentación para la correcta tramitación del expediente, y con fecha 29 octubre 2010 se notificó a los interesados el resultado de la instrucción del presente procedimiento procediéndose a dar trámite de audiencia a los interesados, y tras el informe de audiencia proponiendo al Consejo que resolviera modificar los mecanismos de aseguramiento de pago incluidos en la oferta de interconexión de referencia en el sentido indicado en el mismo, con fecha 19 noviembre 2010 los interesados presentaron alegaciones.

El 10 febrero 2011 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó resolución por el que se analiza la solicitud de Telefónica de España S.A. de modificación de las medidas de aseguramiento de pago de sus ofertas mayoristas (RO 2010/902), que tiene por objeto decidir sobre la solicitud de Telefónica de modificación de sus ofertas mayoristas en relación con los mecanismos de aseguramiento de pago establecidos con carácter previo y posterior a la prestación de los servicios, así como sobre la desconexión del servicio o servicios contratados cuando se produzca un impago de los mismos; y asimismo sobre la solicitud de Telefónica de autorizarle a denegar la provisión de nuevos servicios a operadores en los supuestos de incumplimiento de los contratos de interconexión o acceso por dichos operadores como resultado del impago de los servicios prestados. El acuerdo resuelve modificar los mecanismos de aseguramiento de pago incluidos en la oferta de interconexión de referencia -OIR- de Telefónica de España S.A. en el sentido que se indica en el anexo de la resolución, modificando algunas mecanismos solicitados por Telefónica para la OIR pero no para el resto de ofertas mayoristas reguladas.

SEGUNDO.- En la demanda se alega que Telefónica, como operador designado con poder significativo en la mayoría de los mercados definidos por la CMT, se encuentra obligada a prestar servicios de telecomunicaciones a los operadores que lo soliciten, a través de diferentes ofertas reguladas (OIR, oferta de referencia de líneas alquiladas terminales ORLA, oferta del bucle de abonado OBA, oferta de acceso mayorista a la línea de TESA, AMLT), de forma que ve limitada su facultad de resolver las obligaciones para el caso en que uno de los obligados no cumpla, de conformidad con lo dispuesto en la legislación civil, y a acudir a un procedimiento administrativo ante la CMT que se dilata en el tiempo. Telefónica está disconforme con la resolución impugnada de acuerdo con las tres argumentaciones siguientes:



En primer lugar alega la falta de motivación al no resolver sobre la cuantía del aval en las modificaciones aceptadas en el apartado 11.14.2 de la oferta, referida al supuesto de operadores alternativos "una vez abierta la interconexión", al considerar que la resolución prevé para el cálculo del aval "antes de la efectiva interconexión" en el apartado 11.14.1 multiplicando el costo valor del servicio por tres, y sin embargo, según alega, olvidó u obvió resolver motivadamente sobre la propuesta de que se extendiera la forma de cálculo de la cuantía del aval para ambos supuestos, esto es, también para el supuesto de "una vez abierta la interconexión" del epígrafe 11.14.2. En este sentido alega que la resolución de la CMT de 23 noviembre 2004 ya resolvió una cuestión del cálculo del aval y consideró ajustado a derecho adoptar un criterio de cálculo de aval multiplicando por dos, criterio que se aplicó tanto en el supuesto anterior a la interconexión, como una vez abierta la interconexión, de forma que hasta la fecha del acto impugnado la OIR recogía el mismo sistema de cómputo en ambos supuestos. Asimismo, alega, el resto de las modificaciones solicitadas fueron aceptadas por igual para ambos supuestos por la CMT, por lo que no se logra comprender los motivos por los que considera que el cálculo del aval deba ser diferente en cada uno de esos dos supuestos, resultando incomprensible que resulte menor en el caso de que se haya producido un impago. De todo ello concluye que se trata de un error material que no ha sido subsanado o en su defecto una cuestión que no ha sido motivada por la CMT, lo que constituiría un vicio de incongruencia, de conformidad con el artículo 89 de la Ley 30/1992 de Régimen y Procedimiento Común, toda vez que la CMT no ha motivado su resolución en una de las propuestas solicitadas.

En segundo lugar, alega vulneración de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad, por no haber atendido la solicitud de extender las medidas de garantía de pago aprobadas para la OIR al resto de las ofertas mayoristas, cuando el riesgo de impago es inherente a todos los servicios mayoristas, y no se logra comprender los criterios jurídicos a los que alude la CMT al categorizar los servicios mayoristas según su "naturaleza", o la "consiguiente implicación financiera de los operadores", o el riesgo financiero de algunos servicios mayoristas con base en la participación activa del servicio, y sin que exista, según alega, diferenciación en la prestación de servicios mayoristas. Asimismo alega que, si bien es cierto que no se ha resuelto ningún conflicto ante la CMT, eso no significa que no vayan a existir o no hayan existido impagos en la prestación de servicios mayoristas, que han sido resueltos en sede civil, de forma que la CMT ha realizado un análisis de riesgo del que no es competente y de forma arbitraria, lo que contraviene el artículo 9.3 de la Constitución, y los principios recogidos en los artículos 11.5 de la Ley General de Telecomunicaciones y artículo 22 del Reglamento de acceso: se ha vulnerado el principio de objetividad, teniendo en cuenta que hasta ahora todas las ofertas mayoristas de referencia recogen las medidas de aseguramiento de pago con un contenido similar al recogido en la OIR, sin que se logre comprender por qué motivo la CMT decide no modificar las medidas; vulneración del principio de transparencia, en cuanto que si la CMT valora los cambios aceptados como simplificados y transparentes, no cabe duda de que se trata del método más fácil y totalmente identificable a cualquier servicio mayorista; del principio de proporcionalidad, porque la CMT reconoce a lo largo del acto recurrido que la modificación de medidas es proporcional, y asimismo manifiesta la CMT que los mecanismos de aseguramiento no son barreras de entrada, por lo que no se entiende por qué no aplica el mismo criterio para el resto de ofertas mayoristas; del principio de no discriminación, al no extender esa modificación al resto de ofertas, lo que supone una discriminación clara y una limitación de su capacidad de elección, pues se ha otorgado a los operadores entrantes en el mercado de interconexión la capacidad de elegir entre constituir un aval o prepago, frente al resto de las ofertas en las que sólo se permite al operador constituir el aval, y además, alega, que puede favorecer un fraude de ley al abrir la posibilidad de que el operador entrante contrate otro servicio mayorista previamente y así no necesitará constituir un mecanismo de aseguramiento del pago al que le obliga la oferta de interconexión de referencia.

En tercer lugar considera vulnerados los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad al no aceptar la CMT la propuesta de Telefónica de un procedimiento de actuación en caso de impagos que permita la desconexión del servicio, al resultar insuficiente el mecanismo existente hasta ahora en caso de impago de acudir a la CMT, para salvaguardar el riesgo crediticio al que se ve sometido Telefónica, dado que los procedimientos, a pesar de la mayor celeridad, se prolongan en el tiempo excesivamente, y al denegar la propuesta realizada por Telefónica, la CMT ha podido incurrir en arbitrariedad y parece hacer prevalecer el interés y protección jurídica de empresas que impagan sus servicios, extralimitándose en sus facultades al considerar dicho interés como interés general y olvidando la aplicación del artículo 1.124 del Código Civil, que faculta a resolver un contrato ante un incumplimiento de una de las obligaciones calificadas como esenciales o principales del contrato, como es el pago del precio, finalidad que no está contemplada en el ejercicio de la potestad de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y ello con base en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 4 marzo 2008, y sin que la propuesta de Telefónica afecte el interés general de los usuarios finales, pues se ha tenido en cuenta establecer un procedimiento subsidiario que permita que éstos puedan disfrutar del servicio en las mismas condiciones al tener la facultad de cambiar de operador en cualquier momento, y sin que la CMT tenga en cuenta los mercados europeos como referente, en los que se prevé la posibilidad de suspensión y posterior desconexión de servicios como consecuencia del impago de



dos o tres facturas, y en consecuencia la CMT se ha apartado de las facultades que le confiere la legislación vigente en materia de telecomunicaciones, adoptando una decisión de contraviene el artículo 1.124 del Código Civil y la Ley 15/2010, siendo nulas de pleno derecho en este aspecto de acuerdo con el artículo 62.1, de la Ley 30/1992 .

TERCERO.- El Abogado del Estado se opone a la estimación del recurso por las razones expuestas en su escrito de contestación a la demanda. En concreto, en primer lugar, sobre la falta de motivación al no resolver la cuantía del aval en el apartado 11.14.2, alega que la resolución recurrida se pronunció de manera detallada sobre todas y cada una de las cuestiones que la recurrente planteó en su escrito inicial del procedimiento de revisión de las garantías, no dejando ninguna por contestar, y confunde la actora la incongruencia con la discrecionalidad de que goza la CMT a la hora de resolver lo planteado, y adopta la resolución de manera motivada, todo ello de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que distingue los requisitos de motivación y congruencia de las resoluciones administrativas, de las del orden jurisdiccional, en el sentido de que como resuelve la Sentencia de 29 marzo 1993 "la congruencia no obliga a la Administración a responder, al acordar la aprobación definitiva, a todas y cada una de las alegaciones formuladas durante el trámite de audiencia por los interesados a tal fin convocados, sino resolver el expediente administrativo dentro de sus propios límites", quedando dentro de la facultad de la CMT, según alega el Abogado del Estado, la no aceptación de las demás peticiones, permaneciendo en ese punto del régimen jurídico anterior.

En segundo lugar sobre la solicitud de extender las medidas de garantía de pago aprobadas para la OIR al resto de las ofertas mayoristas por supuesta vulneración de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, alega que la resolución recurrida explica de forma adecuada y detallada por qué para las demás ofertas mayoristas no se considera necesario aplicar el sistema de garantías de la OIR, ya sea porque no ha existido conflicto de impago en otras ofertas mayoristas, o porque en las otras se requiere una inversión y participación activa por parte del operador solicitante, justificación que impide la existencia de arbitrariedad. Da por reproducidos los fundamentos de la resolución, en los que se hace constar que Telefónica no justificaba en ningún momento la necesidad de la ampliación en todas las ofertas mayoristas, porque en los últimos tres años y medio no ha habido ningún conflicto por impagos en el resto ofertas mayoristas, y porque tras la Resolución de 1 octubre de 2009, los servicios de tránsito no requieren regulación *ex ante* y asimismo la modificación de la oferta de interconexión de referencia producida por la Resolución de 18 noviembre 2010, excluye los servicios de terminación internacional de la misma, y por lo tanto quiebra de esta forma la presunta vulneración del principio de igualdad manifestada por la recurrente.

En tercer lugar en relación con la articulación de un procedimiento de actuación en caso de impagos que permita la desconexión del servicio, alega que a la CMT le atribuye la legislación competencias específicas sobre lo que se solicita de contrario, y no se trata de proteger los intereses de un operador que puede no pagar el servicio contratado, sino de ejercitar conforme a la Ley las facultades que le son propias, en este caso, la potestad de ordenar la desconexión en caso de impago después de la tramitación de un procedimiento, conforme a lo señalado en la propia norma, teniendo en cuenta los conflictos entre operadores, y, como señala la resolución impugnada, podría incluso perjudicar a los usuarios finales de los servicios, al querer reconducir la recurrente el servicio prestado a un ámbito puramente civil o privado que no se corresponde con la realidad de la naturaleza de los servicios ofertados. Asimismo señala que la sentencia citada del Tribunal Supremo no resulta de aplicación al tratarse de un supuesto concreto y específico, que nada tiene que ver con lo que se plantea.

El codemandado, alega, respecto a la primera cuestión, que la resolución de la CMT no se pronunció de manera expresa sobre la forma el cálculo de la cuantía de aval posterior a la interconexión que propuso Telefónica en su escrito inicial de 5 mayo 2010, porque el informe de los servicios de las CMT de 29 octubre 2010 ya había rechazado dicha propuesta y Telefónica no volvió a insistir en tal sentido en su escrito de alegaciones presentado el 19 noviembre 2010; las circunstancias concurrentes en cada caso no son las mismas en los momentos anterior y posterior a la interconexión; la existencia de mecanismos de aseguramiento del pago idénticos (aval o prepago antes o después de la interconexión a la red) no implica que la configuración de tales mecanismos deba ser la misma en ambos casos.

En relación con la segunda alegación de la parte actora, alega que el riesgo de impago para Telefónica no es el mismo en todas las ofertas mayoristas, sino que dicho riesgo está en función de las características del servicio ofertado; la diferente naturaleza de la oferta de interconexión de referencia respecto de las restantes ofertas mayoristas, se refleja en el diferente grado de compromiso e implicación financiera de los operadores alternativos, que es mucho mayor en estas últimas, donde consiguientemente el riesgo de impago es menor o, en este momento, inexistente (así señala que la mayor participación financiera de tales operadores en determinadas ofertas mayoristas se ha traducido en la inexistencia de impagos en tales ámbitos, algo que no ha sucedido en la oferta interconexión de referencia); el mero riesgo teórico de que pueda producirse



impago en el futuro, no es causa suficiente para la adopción de medidas de aseguramiento de pago; no se vulnera el principio de objetividad puesto que la no extensión se basa en una razón objetiva, esto es, en la diferente naturaleza de los servicios; no se vulnera el principio de transparencia, ya que el hecho de que las medidas de aseguramiento de pago adoptadas en la oferta de interconexión de referencia sean transparentes, es una cuestión distinta a que exista una razón objetiva para aplicar tales medidas a las restantes ofertas mayoristas; no se vulnera el principio de proporcionalidad porque las medidas de aseguramiento adoptadas sean proporcionales, confundiendo esto con que existe una razón objetiva para aplicar tales medidas a las restantes ofertas; y no se produce vulneración del principio de no discriminación, porque existe una razón objetiva para que no se traslade a los demás servicios mayoristas.

En tercer lugar respecto a la tercera alegación de la parte actora, alega que no resultan de aplicación al supuesto, el artículo 1.124 del Código Civil ni el artículo 216 de la Ley de Contratos del Sector Público, sino lo dispuesto la normativa sectorial de telecomunicaciones por tratarse de una legislación especial, en el que la CMT valora y analiza los diferentes intereses en conflicto de acuerdo con los principios de imparcialidad.

TERCERO.- Alega en primer lugar Telefónica de España SAU -TESAU- la falta de congruencia al no resolver motivadamente la propuesta de cálculo de la cuantía del aval en el supuesto del apartado 11.14.2 de la modificación de la oferta en la Resolución impugnada, esto es, "una vez abierta la interconexión", que sería un error material contrario al art. 89 Ley 30/1992 -LRJyPAC-, toda vez que no consta motivación.

De acuerdo con el art. 89 LRJyPAC, en su apartado 1: "La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo",

y en el apartado 2: "en los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede".

En este caso en el fundamento de derecho quinto de la resolución impugnada no consta una respuesta expresa a la solicitud original de Telefónica de España SAU, solicitud que sí se hace constar:

"Quinto.- Modificaciones solicitadas por Telefónica de España SAU al mecanismo de aseguramiento de pago posterior a la contratación de ofertas mayoristas propuesto en el informe de audiencia. Valoración de la propuesta...

"... tendría carácter indefinido y su importe se calcularía para los operadores ya existentes según la facturación media mensual de los últimos 3 meses x 3 para cubrir el horizonte del plazo teórico de resolución de los conflictos."

Sí consta, sin embargo, en el informe de audiencia de la CMT de 29 de octubre de 2010 -Doc. 5 expediente administrativo en CD carpeta RO 2010.902- la posición de la CMT:

"Sexto.- Postura de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en relación con el mecanismo de aseguramiento de pagos previo al acceso a las ofertas mayoristas:

"...La cuantía del aval se compondrá del coste mensual de los servicios solicitados a TESAU multiplicado por 2"

Y asimismo consta:

"Octavo.- Postura de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en relación con el mecanismo de aseguramiento de pagos posterior al acceso a las ofertas mayoristas, se desestima expresamente:

"...Por otra parte, tampoco se considera proporcionada la propuesta de TESAU en relación con la duración prevista de los avales, su revisión y cobertura, ya que teniendo en cuenta lo establecido en la OIR vigente es posible ampliar tanto la duración del aval, como las cuantías previstas y sus revisiones."

Pues bien, ante ese informe, en el escrito de alegaciones de TESAU de 19 noviembre 2010 -doc. 8 expediente administrativo CD carpeta RO 2010.902-, constan alegaciones respecto a los dos supuestos, esto es, previo y posterior a la interconexión, y sólo respecto al primero se muestra disconforme:

"SEGUNDA.- EN RELACIÓN CON LOS MECANISMOS DE ASEGURAMIENTO DE PAGOS A SOLICITAR CON CARÁCTER PREVIO A LA INTERCONEXIÓN.

"2.1. Sobre las características del AVAL, entendemos deben hacerse las siguientes consideraciones:

"El Informe de los Servicios propone que la cuantía del aval se compondrá del coste mensual de los servicios solicitados a TESAU multiplicado al menos por 2. En relación con esta previsión Telefónica de España quiere señalar que el factor para multiplicar el coste mensual debe ser 3. De esta manera se intentaría cubrir el plazo



que podría tardar la CMT en resolver el expediente administrativo tendente a resolver el conflicto que se iniciara en caso de impago por parte del operador."

"TERCERA. MECANISMOS DE ASEGURAMIENTO DE PAGO POSTERIOR AL ACCESO DE OFERTAS MAYORISTAS.

"Sobre las características del AVAL, entendemos deben hacerse las siguientes consideraciones:

"En cuanto a la garantía mediante aval se considera que en sí misma, puede dificultar la agilidad en su constitución y obtención.

"En cualquier caso, se considera necesario la aplicación de los criterios generales que afectan a los mecanismos de aseguramiento de pago en los supuestos del 11.14. En este sentido, el operador que impaga deberá presentar el aval en 15 días y en caso de no presentarlo, se facultará a Telefónica a la suspensión de la interconexión, previa comunicación a CMT."

Es decir no consta alegación alguna respecto al cálculo de la cuantía del aval en ese supuesto, posterior a la interconexión. En consecuencia, el principio de congruencia en el procedimiento administrativo se respeta en la resolución impugnada, teniendo en cuenta que Telefónica de España SAU no realizó alegación alguna al informe de audiencia de 29 octubre de 2010, respecto a la cuantía del aval en el supuesto discutido, por lo que en el fundamento de derecho quinto de la resolución impugnada no se contesta más que a las alegaciones frente al informe, como expresamente refiere la propia resolución en el discutido fundamento de derecho quinto -"Modificaciones solicitadas por Telefónica de España SAU al mecanismo de aseguramiento de pago posterior a la contratación de ofertas mayoristas propuesto en el informe de audiencia"-, y más si cabe considerando que se trata de un procedimiento de modificación de la oferta a instancia de la actora, por lo que la Administración ha estado a lo solicitado por la misma y la CMT dio por sentado, precisamente en atención al principio de congruencia del art. 89 LRJyPAC, que la actora abandonaba su pretensión original.

CUARTO.- En segundo lugar respecto a la alegada vulneración de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad por no haber atendido la solicitud de extender las medidas de garantía de pago aprobadas para la OIR al resto de las ofertas mayoristas, considera la Sala que consta en la resolución impugnada una motivación razonada y razonable:

"En relación con las ofertas mayoristas (excluyendo la OIR que será tratada de manera independiente) Telefónica no expone ninguna justificación o fundamentación adicional para la modificación de dichas ofertas, únicamente se limita a afirmar que los problemas planteados sobre diferentes servicios de la OIR también se producen en el resto de las ofertas mayoristas, sin mayor explicación hasta las alegaciones en su último escrito de 19 de noviembre de 2010 en donde indica que el *"riesgo de impago es común a todas las ofertas mayoristas"*.

"Pues bien, siendo cierto que, teóricamente, el riesgo de impago es inherente a todos los servicios mayoristas que TESAU está obligada a suministrar, no puede obviarse que la diferente naturaleza de esos servicios, y la consiguiente implicación financiera de los operadores solicitantes de los mismos, es radicalmente diferente. Así, tanto los servicios estandarizados en la OBA y ORLA como los incluidos en la Oferta MarCo, requieren de una participación activa, y la inversión en medios propios por parte del operador solicitante, que revelan el compromiso financiero, y la asunción del riesgo consiguiente, necesarios para garantizar el transcurso normal de la relación mercantil establecida con TESAU.

"Prueba de ello es que, durante los años 2009 y 2010, en esta Comisión no se ha planteado ni ha sido resuelto ningún conflicto relacionado con impagos en las ofertas de referencia OBA, OIBA, AMLT, ORLA y MARCo. Por ello, esta Comisión no considera necesario reforzar los sistemas de aseguramiento de pago existentes en las ofertas mayoristas en vigor distintas de la OIR, es decir, en OBA, OIBA, AMLT, ORLA y MARCo."

"... Igualmente, la falta de previsión (constatada por esta Comisión) por parte de dichos operadores entrantes en la contratación inicial de los circuitos necesarios para la prestación de sus servicios, derivada de la facilidad de acceso a la OIR, que normalmente no requiere una importante inversión -a diferencia de lo que ocurre con los servicios incluidos dentro de otras ofertas de referencia como la OBA o la AMLT donde desde un primer momento, para la prestación de dichos servicios, es necesaria una mayor inversión- del operador entrante, para empezar a prestar algunos de los servicios recogidos en la misma, puede aumentar el riesgo de impago alterando así el escenario de seguridad en el tráfico mercantil entre los operadores.

"Sobre la base de lo anterior, esta Comisión estima necesario proceder a modificar la OIR de Telefónica en lo relativo al mecanismo de aseguramiento de pago previo a la prestación del servicio."

Frente a dicha motivación extensa y razonada con base en la facilidad de acceso a la OIR, que normalmente no requiere una importante inversión que la diferencia de los servicios incluidos dentro de otras ofertas de



referencia, la actora se limita a señalar que no desconoce que no se han tenido que resolver en los otros supuestos conflictos ante la CMT, aunque eso no signifique que no se vayan a producir y expresa que no logra comprenderla.

Ante la concurrencia de esta motivación razonada en la resolución impugnada, no desvirtuada por la actora, la Sala tampoco puede apreciar, en consecuencia, vulneración alguna de los principios de transparencia, proporcionalidad y no discriminación, alegados.

QUINTO.- Alega finalmente la actora la vulneración de los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad ante la desestimación por la resolución impugnada de un procedimiento de actuación en caso de impagos que permita a TESAU la desconexión del servicio.

Consta en la resolución la motivación de la competencia de la CMT al respecto en la defensa del interés general:

"B.- Sobre la regulación de un procedimiento específico de actuación en caso de impagos. Desconexión inmediata en caso de impago.

"Telefónica propone que (i) se simplifiquen y acorten los plazos de los procedimientos de desconexión, (ii) se adopten medidas cautelares de forma más generalizada, (iii) se fijen medidas de prepago y desconexión inmediata en caso de descubierto, (iv) así como se le otorgue el derecho a denegar la provisión de nuevos servicios o ampliación de los ya existentes.

"Pues bien, en relación con los puntos (i) y (ii) tal como reconoce Telefónica a lo largo de su escrito de 5 de mayo de 2010, esta Comisión tramita con la mayor celeridad todos los procedimientos. En dichos procedimientos se adoptan medidas cautelares consistentes en el establecimiento de prepagos, con la finalidad de minimizar el impacto de la situación de impago de un operador y ofrecer mayores garantías a Telefónica así como de continuidad de los servicios a los usuarios finales del operador alternativo.

"Por otra parte, Telefónica propone (iii) que, sin previa autorización de esta Comisión, esté legitimada para -en situación de impago o retraso en el pago por parte de un operador pedirle la constitución de un aval y ponerlo en conocimiento de la Comisión aportando la documentación correspondiente que lo acredite. Telefónica entiende que, transcurrido el plazo de 15 días sin que dicho aval haya sido constituido, estaría habilitada para suspender el servicio o desconectarlo, en caso de que no recaiga resolución en contrario, en los 15 días siguientes. Por otro lado, Telefónica pretende que esta Comisión le acepte la desconexión de las redes, si han transcurrido 15 días desde que se produjo el impago, sin que se analicen las circunstancias que justifiquen la misma.

"Esta Comisión considera que la propuesta es inadecuada. En efecto, Telefónica pretende que esta Comisión le atribuya facultades que le permitan actuar uniformemente ante cualquier operador sin tomar en cuenta más circunstancias e intereses que el de impago de los servicios prestados y el riesgo económico soportado por Telefónica como consecuencia de dicho impago.

"De conformidad con lo previsto en los artículos 14 y 48.3 de la LGTel, y con lo establecido en el contrato-tipo de la OIR, esta Comisión es la autoridad competente para -en caso de incumplimiento grave del contrato de interconexión por una de las partes, como lo es el impago de los servicios de interconexión- adoptar la decisión conveniente en la resolución del conflicto suscitado entre las partes, imponiendo la obligación de constituir el aval regulado en la OIR si el operador alternativo paga y en su defecto autorizar la desconexión de las redes.

"En el momento de resolver, y en tanto que Administración Pública que debe servir con objetividad a los intereses generales y está sujeta al principio de intervención mínima, esta Comisión debe ponderar los intereses afectados, tales como la correcta participación de los agentes en el mercado, el acceso sin limitaciones de los ciudadanos a los servicios de comunicaciones electrónicas, evitar prácticas anticompetitivas, garantizar la interoperabilidad de los servicios, la necesaria salvaguarda de la seguridad jurídica, el equilibrio económico del operador acreedor y la protección de los intereses públicos.

"El planteamiento de Telefónica al respecto no sólo significaría obviar el procedimiento regulado hasta el momento, sino que comportaría privar a los operadores alternativos de la garantía de imparcialidad en la aplicación del marco regulatorio que esta Comisión representa, posibilitando la desconexión del servicio impagado sin pronunciamiento previo de esta Comisión.

"En efecto, la propuesta de Telefónica sugiere que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en favor de dicha operadora, haga dejación de sus facultades reconocidas por la normativa sectorial (art. 3 , 14 y 48 de la LGTel) así como en la Ley 30/1992, de de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , para la tramitación del procedimiento administrativo de resolución de conflictos entre operadores y el establecimiento de medidas provisionales que aseguren la eficacia de la citada resolución.



"No puede dejar de señalarse que la modificación que esta Resolución hace de los mecanismos de aseguramiento, hace menos procedente, si cabe, la modificación pretendida por TESAU en cuanto que, a través de ellos, las condiciones de acceso a los servicios solicitados incorporan la protección frente al riesgo crediticio previa incluso a la efectividad de la interconexión.

"Por todo ello, sólo cabe rechazar la propuesta de Telefónica en relación al establecimiento de un procedimiento uniforme que le permita la desconexión de las redes sin previa autorización de esta Comisión. Dichas actuaciones no pueden quedar a expensas de lo que decida uno solo de los operadores, pues existen diversos intereses en conflicto que deben ser evaluados por esta Comisión, antes de adoptar cualquier decisión que afecte no sólo a la relación contractual existente entre los operadores sino también a otros intereses generales en juego.

"No obstante lo anterior, a esta Comisión le resulta razonable considerar la propuesta planteada por Telefónica sobre reconocer el derecho a denegar la provisión de nuevos servicios o la ampliación de los ya existentes al operador que se encuentre en situación de impago (iv). No parece procedente permitir al operador alternativo la provisión de nuevos servicios si no ha demostrado su capacidad para poder pagar los ya contratados y, por tanto, que la Telefónica asuma un riesgo crediticio excesivo e innecesario.

"Dicha medida, unida a las ya reguladas y a la capacidad de esta Comisión de actuar cautelarmente, permitirá reducir el riesgo de producir mayor deuda por parte del operador ya deudor y, en consecuencia, aportar mayor seguridad jurídica a Telefónica en el cobro de la cantidad ya devengada.

"En consecuencia, esta Comisión modificará la OIR para hacer figurar dicho derecho a Telefónica. Sin embargo, dicha posibilidad deberá estar supeditada a la previa autorización de esta Comisión."

La Sala considera que tal desestimación se basa en la consecución de los principios y objetivos del art. 3 de la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones, y en este sentido se pueden reiterar los términos de la SAN 29 mayo 2009 (Rec 912/2006):

"Ciertamente, no es misión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones proteger intereses privados, y precisamente por ello no es atendible la pretensión de Telefónica de España, pues mediante el sistema que propone parece claro que solo esta operadora se vería beneficiada de forma desproporcionada frente al resto de los operadores."

No se observa la vulneración alegada del ordenamiento jurídico, al contrario, constituye una aplicación del mismo, ya que no se está en presencia de meras relaciones privadas con base en el art. 1.124 del Código Civil, sino de regulación especial administrativa, que atribuye a la CMT la resolución de conflictos, con base en los arts. 14. 1 y 48.4 d) de la Ley 32/2003.

Así, de acuerdo con el artículo 14 Ley 32/2003 (Resolución de conflictos):

"1. De los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Ésta, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva."

Y en virtud del art. 48.4 d) de la misma Ley:

"La resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establecen en el título II de esta Ley, así como en materias relacionadas con las guías telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.

SEXTO.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA, en su redacción original, no procede la imposición de costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora **D^a María del Carmen Ortiz Cornago**, en nombre y representación de **Telefónica de España SAU**, contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 10 febrero 2011, por la que se resuelve la



solicitud de Telefónica de España SAU, de modificación de las medidas de aseguramiento de pago de sus ofertas mayoristas, a la que la demanda se contrae, la cual confirmamos como ajustada a Derecho, sin costas.

Así por esta nuestra Sentencia que se notificará a las partes haciendo la indicación de que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 86.1 de la LJCA , lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ