



Roj: **SAN 5370/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:5370**

Id Cendoj: **28079230082017100571**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **14/12/2017**

Nº de Recurso: **406/2016**

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:** 0000406 / 2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 04201/2016

**Demandante:** TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU

**Procurador:** MARÍA DEL CARMEN ORTIZ CORNAGO

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**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<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a catorce de diciembre de dos mil diecisiete.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **406/2016**, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador **DOÑA MARÍA DEL CARMEN ORTIZ CORNAGO**, en nombre y representación de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU (TESAU)**, frente a la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, (CNMC)**, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra resolución de fecha 31 de mayo de 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 28 de julio de 2016, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Decreto de fecha 1 de septiembre de 2016, y con reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 2 de marzo 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 24 de mayo 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 7 de junio de 2017, 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.-** Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 13 de diciembre de 2017, 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 acuerdo de la CNMC de fecha 31 de mayo de 2016, en la que se resolvió conflicto de acceso interpuesto por "BT ESPAÑA" contra TESAU, sobre las condiciones de provisión de circuitos ORLA de alto coste. La parte dispositiva de la resolución es la siguiente:

PRIMERO,- Conforme a lo indicado en el Fundamento Jurídico Material Segundo, Telefónica de España, S.A.U. no ha aplicado el precio regulado en la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas (ORLA) facturando indebidamente un precio de alto coste sobre los [CONFIDENCIAL 17] circuitos señalados en el Anexo 1.

*Te lefónica de España, S.A.U, deberá continuar prestando los servicios objeto del presente procedimiento en la condiciones y precios indicados en el fundamento de derecho jurídico material segundo de la presente Resolución. BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones SA no está obligada a abonar precios de alto coste que le facture Telefónica de España, S.A.U, por los citados circuitos,*

*SEGUNDO,- A partir de la notificación de la presente resolución, telefónica de España, S.A.U, no podrá emitir facturas por los circuitos a los que se refiere la Resolución de esta Sala de 23 de octubre de 2014 que, resolvió el conflicto CNF/DTSA/2494/13 y los señalados en el Anexo 1 de la presente resolución a precios distintos a los establecidos en la ORLA:*

*Se apercibe a Telefónica de que en el caso de que incumpla la obligación que se le impone en el párrafo anterior, se acordará la iniciación de un procedimiento de ejecución. forzosa por el que se le impongan a esta operadora multas coercitivas por cada día de retraso que pase sin emitir nueva factura, conforme a lo establecido en esta resolución, que sustituya a la factura emitida contraria a la misma."*

Los motivos de la demanda se centran, en síntesis, en que la CNMC carece de competencia y en que, en segundo término, los circuitos analizados tenían consideración de alto coste, con afirmación de que las 17 solicitudes de circuitos cursadas por BT a TESAU constituían solicitudes no razonables a la vista de las considerables inversiones a que debía hacer frente TESAU.

**SEGUNDO.-** Por la demandada se esgrimen varias causas de inadmisión. Sobre la primera, relativa al incumplimiento de lo previsto en el artículo 45.2 d) de la Ley Jurisdiccional, se admite su subsanación en trámite de conclusiones. La segunda, relativa a la consideración de que la resolución recurrida es mera confirmación o aclaración de la precedente de 23 de octubre de 2014, será abordada a continuación. Sobre ese óbice procesal guarda silencio la parte actora en trámite de conclusiones. Y la tercera, atinente a unos apercibimientos derivados de la decisión principal, perderá virtualidad según los razonamientos que siguen.

**TERCERO.-** La indicada decisión de 2014, anterior a la que ahora se impugna, se dictó el 23 de octubre de ese año, aprobando resolución sobre conflicto de acceso interpuesto por BT ESPAÑA contra TESAU sobre condiciones de provisión de circuitos ORLA-E (Ethernet) de alto coste (CNF/DTSA/ 2494/13):

*" PRIMERO.- BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. tiene derecho a reclamar a Telefónica de España, S.A. U. la diferencia entre el precio regulado en la ORLA y el precio de alto coste aplicado por esta operadora a los circuitos que en el momento de su solicitud se encontraran asociados a centrales de zona A, durante el periodo correspondiente entre octubre de 2010 y noviembre de 2013.*



*SE GUNDO. - BT España Compañía de Servicios \*Globales de Telecomunicaciones, S.A. tiene derecho a reclamar a Telefónica de España, S.A.U. la diferencia entre el sobreprecio aplicado, debido a la falta de medios inter-central, y el precio regulado en la ORLA, correspondiente: a los circuitos que en el momento de su solicitud se encontrarán asociados a centrales de zona B, durante el periodo correspondiente entré octubre 'do 2010 y noviembre de 2013.*

*TE RCERO.- No serán de aplicación las condiciones permanencia ya establecidas por Telefónica de España SAU a, BT. España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones. en los circuitos Ethernet proporcionados desde octubre de 2019 hasta noviembre de 2013, objeto de este conflicto.*

*CUARTO.- Se acordará la incoación de un procedimiento sancionador contra Telefónica de España S.A.U. por él presunto incumplimiento de las Resoluciones de 20 de diciembre de 2007 y 7 de diciembre de 2010, por las que se aprobaron las revisiones de la Oferta de Referencia de líneas Alquiladas Terminales de Telefónica (MTZ 2009/2042), modificada esta última por la Resolución de la CMT, de 18 de julio de 2013, por la que se aprobó la revisión de los precios de la ORLA 2010."*

Conviene a las partes, explícita o implícitamente, en que dicha resolución adquirió firmeza, dato que se concuerda con los elementos de juicio que en relación con ese extremo se encuentran a disposición de la Sala.

Lo que BT ESPAÑA realiza con posterioridad (13 y 29 de julio de 2015) es deducir un nuevo conflicto de acceso, pero siempre a la vista del denunciado incumplimiento de la resolución de 23 de octubre de 2014, de la que se recaba su ejecución forzosa, aludiendo a cantidades indebidamente cobradas e instando a la incoación de un procedimiento sancionador (acordado, precisamente, en el apartado cuarto del Resuelve de la primera resolución). Ulteriormente ciñó su denuncia a diecisiete circuitos. El expediente subsiguiente desemboca en la resolución de 31 de mayo de 2016 que nos ocupa.

**CUARTO.-** El artículo 28 de la Ley Jurisdiccional establece que no es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma. Por su parte, el artículo 69 c) de la misma norma adjetiva dispone que la sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso cuando tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación.

Pues bien, la jurisprudencia sobre los actos confirmatorios o aclarativos indica que el acto previo no debe ser nulo de pleno derecho ( Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1983 , 26 de septiembre de 1986 , 24 de octubre de 1986 , 20 de diciembre de 1989 y 25 de junio de 1991 ), exigiendo una sustancial identidad entre ambos actos administrativos ( Sentencias de 8 de junio de 1984 , 22 de julio de 1985 y 14 de julio de 1986 ), pues no sería acto confirmatorio el que pueda ser consecuencia de otro pero entre los que no se aprecie relación de identidad ( Sentencia de 25 de enero de 1989 ), de suerte que el contexto de ambas resoluciones sea idéntico, en el sentido de que el de la segunda reproduzca el de la primera, que ambas se hayan dictado en presencia de los mismos hechos y en fuerza de iguales argumentos, que la segunda recaiga sobre pretensiones resueltas de un modo ejecutivo por la resolución anterior en el propio expedientes y con relación a idénticos interesados ( Sentencia de 14 de julio de 1986 ).

Más en concreto, cuando el acto aclara, interpreta o dispone la ejecución de otro anterior consentido y firme sin hacer nuevas declaraciones de derechos ni ampliar, de modo sustancial, aquellas que ganaron firmeza, procedería la inadmisión ( Sentencia de 14 de abril de 1993 ), y, en todo caso, se respeta la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución , en esos casos, en cuanto se concilian las exigencias que derivan del principio constitucional de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la ley de leyes, sin restringir el derecho a la tutela judicial efectiva de los interesados ( Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006, casación 5982/2001 ), tal como también enfatiza el Tribunal Constitucional ( STC 24/2003, de 10 de febrero : se respeta el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues concilia las exigencias que se derivan del principio de seguridad jurídica).

**QUINTO.-** Ah ora bien, sentado lo anterior, a los efectos debatidos se requiere una completa identidad de sujetos, de pretensiones y de fundamentos ( Sentencias de la Sala Tercera, por todas, de 26 de enero de 1998 , 3 de diciembre de 1999 y 10 de octubre de 2000 ), habida cuenta de la prudencial y aún restrictiva aplicación que ha de procurarse respecto de la causa de inadmisión invocada.

Tales exigencias concurren cumplidamente en el supuesto atendido. Confrontando la resolución firme de 23 de octubre de 2014 con la ahora recurrida de 31 de mayo de 2016, se viene en conocimiento de que las partes son las mismas (BT y TESA), también las pretensiones (conflicto sobre condiciones de provisión de circuitos ORLA-E, Ethernet, de alto coste, en la primera, y conflicto sobre sobreprecios en parte de esos circuitos, con incumplimiento de la primera resolución, en la segunda) y el fundamento idéntico, ceñido al cumplimiento de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas, ORLA). Pero hay más. Si se cotejan los Resuelve de ambas resoluciones se infiere, pese a diferencias formales, una clara identidad material (derecho a reclamar por



sobrepuestos, sin aplicación de condiciones de permanencia e incoación de procedimiento sancionador, en la primera, y consideración de facturación indebida y no emisión de facturas en relación con circuitos previstos en la resolución anterior, con ejecución forzosa, en la segunda).

En suma, la Sala, valorando que la decisión combatida en autos no contiene innovación sustancial o material alguna respecto de la precedente de la que trae palmariamente causa, es de criterio que procede inadmitir el recurso jurisdiccional deducido, al amparo de lo previsto en los artículos 28 y 69 c) de la Ley Jurisdiccional, lo que exonera de mayores consideraciones sobre el resto del elenco impugnatorio de la actora.

**SEXTO.-** Se imponen las costas a la parte actora, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.1º de la Ley Jurisdiccional.

## FALLAMOS

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

**PRIMERO.-INADMITIR** el recurso contencioso-administrativo formulado por "TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU", contra resolución de la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)**, de fecha 31 de mayo de 2016, 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.