



Roj: **SAN 4747/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:4747**

Id Cendoj: **28079230082018100622**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **05/12/2018**

Nº de Recurso: **231/2017**

Nº de Resolución: **710/2018**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000231 /2017

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 01393/2017

**Demandante:** ORANGE ESPAÑA, S.A.U.

**Procurador:** D. ROBERTO ALONSO VERDÚ

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

**Codemandado:** TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

**Abogado Del Estado**

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

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

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

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

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

Madrid, a cinco de diciembre de dos mil dieciocho.

**VISTO** por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **231/2017** promovido por el Procurador de los Tribunales **D. Roberto Alonso Verdú**, en nombre y representación de **Orange España, S.A.U.**, contra resolución de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, de 10 de enero de 2017, por la que se aprueba la revisión del precio de la capacidad en PAI del servicio de banda ancha mayorista NEBA.

Ha sido parte recurrida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, representada por la Abogacía del Estado. Se ha personado, como codemandada, **Telefónica de España, S.A.U.**, representada por la Procuradora de los Tribunales **D<sup>a</sup>. Carmen Ortiz Cornago**.



## 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 acto impugnado y en su lugar, se declare que los precios definitivos del servicio se aplican desde la solicitud de revisión de los mismos o, subsidiariamente, desde la publicación del informe de audiencia o, en su caso, desde la solicitud de medida cautelar y, en todo caso, se declare el derecho a ser la recurrente compensada por los daños causados.

**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.

Por su parte, TESAU también presenta 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.

**TERCERO.-** Se practicaron las pruebas solicitadas y admitidas 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 7 de noviembre de 2018.

**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.-** Señala la resolución recurrida, como antecedentes de interés:

- Con fecha 10 de noviembre de 2011, se aprobó la Resolución por la que se establecía la oferta de referencia del nuevo servicio mayorista NEBA (Nuevo servicio Ethernet de Banda Ancha) a excepción de sus precios, los cuales fueron objeto de análisis en un procedimiento separado.

- El 30 de enero de 2014, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) aprobó la Resolución que determinaba las condiciones económicas del servicio NEBA.

- El 23 de julio de 2015, la Sala adoptó una resolución mediante la que se revisaban los precios de la capacidad en PAI del servicio NEBA, sobre la base de los resultados actualizados del modelo de costes (medida notificada a la Comisión Europea, con referencia ES/2015/1744).

- Con fecha 10 de febrero de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de Orange Espagne, S.A.U., solicitando la revisión del precio de la capacidad y de la cuota mensual del acceso de fibra NEBA. Orange basa su petición fundamentalmente en la necesidad de orientar a costes el precio de la capacidad para que las ofertas de Telefónica que incluyen televisión sean replicables mediante el servicio mayorista NEBA fibra, y para garantizar la orientación a costes prevista por la regulación de los mercados hasta la fecha para velocidades hasta 30 Mbps.

- Con fecha 24 de febrero de 2016, el Pleno del Consejo de la CNMC adoptó la Resolución por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (en adelante, Resolución de los mercados 3 y 4). Esta Resolución surte efectos desde el día siguiente a su publicación en el BOE, es decir, desde el 4 de marzo de 2016.

La resolución objeto de impugnación, resuelve la fijación de precios y su aplicación teniendo en cuenta la fecha de publicación en el BOE.

La citada resolución, entre otros extremos, señala:

<<A la vista de la fecha previsible en que entrará en vigor la presente medida, ya en 2017, el precio se determinará sobre la base de los resultados del modelo para 2017 y 2018. Cuando esté disponible el servicio NEBA-local, y con ello no haya nuevas altas en el servicio NEBA transitorio, el servicio NEBA residencial sólo seguirá como servicio regulado en la zona regulada del mercado 3b\_2. Pero a lo largo de la mayor parte de 2017 no estará disponible previsiblemente el nuevo servicio NEBA-local, de modo que en los accesos FTTH seguirá utilizándose NEBA como servicio transitorio en todo el territorio nacional<sup>28</sup>. Por ello el escenario "Zona regulada + zona NEBA FTTH transitorio" es el más adaptado a la situación previsible en el año 2017.



En cambio, en los años 2018 y siguientes el escenario de referencia debe ser el de "Zona regulada." En efecto, ese escenario es fiel reflejo de la regulación de los mercados de banda ancha aprobada por la CNMC.

Tal y como se muestra en la tabla anterior, el resultado del modelo en 2017 es de 4,79 €/Mbps, en el escenario mencionado "Zona regulada + zona NEBA FTTH transitorio". A su vez, se obtiene un resultado de 5,14 para el escenario de referencia en 2018.

A la vista de dichos resultados, la consecuencia lógica es el establecimiento de un precio diferenciado para los años 2017 y 2018, para que los precios estén orientados en función de los costes que se derivan del modelo. Por ello deben fijarse precios para 2017 y 2018 iguales a los respectivos resultados de costes.

Los nuevos precios propuestos suponen la reducción con respecto al vigente que muestra el cuadro:

Coste capacidad contratada en calidad best-effort (€/Mbps)

Vigente (valor 2015); Propuesta de revisión para 2017; Propuesta de revisión para 2018

Resultado modelo 7,98 **4,79 5,14**

Variación respecto cuota vigente **-40,0% -35,6%**

Atendiendo a las respuestas recibidas en la consulta pública, debe aclararse que los escenarios elegidos se basan en la planificación actual de la implantación de NEBA local. Un eventual retraso en la entrada en servicio de NEBA local implicaría la vigencia del servicio NEBA fibra transitorio más allá de la fecha actualmente prevista y, por tanto, el período de validez de los precios de 2017 debería extenderse en consonancia, lo cual se acordaría mediante resolución. Todo ello sin perjuicio de cualesquiera otras consideraciones que se pudieran derivar de la situación del servicio NEBA local>>.

Y resuelve: Primero.- Modificar los precios de la capacidad en PAI de la oferta de referencia del servicio NEBA de acuerdo a lo dispuesto en el ANEXO 1. El texto consolidado tras los cambios será publicado por esta Comisión en su página web. Asimismo, esta Comisión lo facilitará a Telefónica en formato electrónico para que proceda a publicarlo en su página web; Segundo.- El precio establecido para 2018 será aplicable siempre y cuando el servicio NEBA local esté operativo según el calendario previsto. En caso contrario, se determinará mediante resolución el precio aplicable hasta el cese de la obligación de prestar el servicio NEBA fibra con carácter transitorio en los términos estipulados en el Anexo 7 de la resolución de los mercados 3 y 4; Tercero.- La presente Resolución surtirá efectos al día siguiente de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de su parte resolutoria y del ANEXO 1, siendo de aplicación los nuevos precios a partir de dicha fecha.

**SEGUNDO.-** Orange sostiene que su solicitud de reducción de precios se efectuó en fecha 10 de febrero de 2016, aplicándose los nuevos precios desde el 18 de enero de 2017 (día posterior a la publicación en el BOE). Durante la tramitación del procedimiento Orange había solicitado la adopción de medida cautelar, para que se fijase un precio transitorio y se establecieran medidas compensatorias, para reparar el perjuicio derivado. La resolución impugnada no da respuesta positiva a estas peticiones, lo que sustenta el presente recurso, pretendiendo la retroactividad de los precios fijados

Frente a todo ello, podemos resaltar que la CNMC ha fijado los precios de capacidad del servicio NEBA mediante resoluciones de 19 de julio de 2012, 30 de enero de 2014, 23 de julio de 2015 y la resolución que ahora se recurre, de 10 de enero de 2017. De ello, podemos extraer que la revisión se ha producido de forma reiterada y constante en el tiempo, en lapsos temporales razonables y en todos los casos reduciendo el precio fijado. De hecho, en la resolución de 2015, reiterando la de 2014, se afirmaba la importancia de revisar los precios de la capacidad de forma regular, "sobre la base de la evolución de la demanda de servicios soportados en la red de Telefónica y la tendencia en el consumo de tráfico por usuario, dada la sensibilidad que presenta este precio a dichos parámetros".

Lo anterior, nos permite concluir, como afirma TESAU, que la pretensión actora pugna con una necesaria estabilidad temporal de los precios mayoristas, pues su constante modificación en lapsos temporales demasiado cortos, podría incidir negativamente en la relación entre operadores. La Sala es consciente de que la medida cautelar, en el ámbito que nos ocupa, puede estar "plenamente justificada" y el interés general de protección de los servicios de telecomunicaciones en libre competencia demanda el criterio de orientación a costes. Pero estamos en el ámbito de la medida cautelar que se ha interesado por la actora. Pues bien, en dicho ámbito, el Regulador debe valorar la conveniencia de adopción de la medida en función del lapso temporal que media entre la fijación de unos precios y los sucesivos que, al alza o a la baja, se puedan ir fijando, para mantener el referido criterio de orientación a costes.

Como hemos señalado con anterioridad, en el caso que nos ocupa, los precios de capacidad del servicio NEBA, han sido fijados en 2012, 2014 y 2015 y 2017, lo que nos permite afirmar que los lapsos temporales entre los



distintos precios que se han ido fijando es razonable, en función de la propia tramitación del procedimiento de revisión de dichos precios.

Además, en el Anexo 3 de la resolución (página 26), se contesta de forma expresa la solicitud cautelar formulada, al indicar: <<Por lo que respecta al año en curso, se reconoce la conveniencia de adoptar la resolución final del presente procedimiento a la mayor brevedad posible, si bien el mero hecho de constatar que el precio se encuentra desactualizado no justifica por sí solo la procedencia de adoptar la medida cautelar solicitada por Orante. Debe tenerse presente que la última revisión del precio se aprobó hace algo más de un año, y que no se aprecian a priori factores susceptibles de retrasar la tramitación ordinaria del presente procedimiento y que pudieran justificar, en consecuencia, la adopción de una medida cautelar>>.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de octubre de 2017 (recurso 105/2015), confirma el criterio de que la eficacia de las resoluciones de la CNMC, en supuestos como el presente, debe demorarse a su notificación al operador oferente, en este caso, al operador con poder significativo de mercado, lo que supone -a nuestro juicio- que la efectividad de la resolución dictada está correctamente fijada en la fecha del día posterior a su publicación en el boletín correspondiente.

En función de todo lo expuesto, considera la Sala que no puede sostenerse la vulneración del artículo 72 de la ley 30/1992, 5.6 del Reglamento de mercados o el 7.6. de la Directiva Marco, por la denegación de la medida, pues la adopción de la misma es criterio que debe atemperarse a las circunstancias concurrentes, lo que ha tenido lugar en el presente caso, conforme estamos exponiendo.

Tampoco podemos apreciar que exista falta de motivación, pues una cosa es la referida falta y otra que la motivación sea más o menos extensa. El deber de la Administración de motivar sus actos, como señala, entre otras, la STS de 19 de noviembre de 2001, Recurso 6690/2000, tiene su engarce constitucional en el principio de legalidad que establece el artículo 103 CE, así como en la efectividad del control jurisdiccional de la actuación de la Administración reconocido en el artículo 106 CE, siendo en el plano legal, el artículo 54 de la LRJ y PAC el precepto que concreta con amplitud los actos que han de ser motivados, con suscita referencia a los hechos y fundamentos de derecho. La motivación consiste en la exteriorización de las razones que sirvieron de justificación o de fundamento a la decisión jurídica contenida en el acto, necesaria para conocer la voluntad de la Administración.

Motivación de los actos administrativos, que como señala la STS de 29 de marzo de 2012, Recurso 2940/2010, no exige ningún razonamiento exhaustivo y pormenorizado, bastando con que se expresen las razones que permitan conocer los criterios esenciales fundamentadores de la decisión "facilitando a los interesados el conocimiento necesario para valorar la corrección o incorrección jurídica del acto a los efectos de ejercitar las acciones de impugnación que el ordenamiento jurídico establece y articular adecuadamente sus medios de defensa".

Entendemos que la denegación está fundamentada y apreciamos que la parte ha dispuesto de los medios de alegación y defensa oportunos, no generándose indefensión de ningún tipo. La CNMC, en el ejercicio de sus competencias - artículo 48.4.e) Ley 9/2014- ha ido modulando los precios de referencia, pero en lapsos temporales que esta Sala no puede considerar excesivos o desproporcionados en función de la finalidad perseguida.

Por lo demás, para finalizar, no puede sostenerse que los precios que han sido de aplicación en los lapsos temporales que ya hemos señalado, no estén orientados a costes o sean discriminatorios, pues la propia fijación del precio no puede hacerse de forma cautelar en periodos intermedios, creando una inseguridad importante en las relaciones entre operadores, desde luego no discriminan a la recurrente y no puede concluirse que ello derive en un enriquecimiento injusto del operador PSM. Como hemos referido anteriormente, la eficacia de la resolución, máxime cuando se trata de un nuevo precio reducido, justifica "en atención a las peculiaridades e intereses afectados, la eficacia de la resolución supeditada a su notificación" ( STS citada de 25 de octubre de 2017).

**TERCERO.-** En virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LRLCA, procede imponer las costas a la parte recurrente

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

## FALLAMOS

**PRIMERO.- Desestimar** el recurso contencioso administrativo promovido por el Procurador de los Tribunales **D. Roberto Alonso Verdú**, en nombre y representación de **Orange España, S.A.U.**, contra resolución de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, de 10 de enero de 2017, por la que se aprueba la revisión del precio de la capacidad en PAI del servicio de banda ancha mayorista NEBA, por ser ajustada a Derecho.



**SEGUNDO.-** Imponer las costas a la parte recurrente.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ