



Roj: **SAN 3226/2015** - ECLI: **ES:AN:2015:3226**

Id Cendoj: **28079230082015100454**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **28/09/2015**

Nº de Recurso: **276/2014**

Nº de Resolución: **262/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3226/2015,**
STS 892/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000276 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02793/2014

Demandante: TELEFÓNICA, SAU

Procurador: DOÑA CARMEN ORTÍZ 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. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil quince.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **276/14**, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador **DOÑA CARMEN ORTÍZ CORNAGO**, en nombre y representación de **TELEFÓNICA, SAU**, frente a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), representada por el Sr. Abogado del Estado, siendo codemandada la Asociación de Empresas Operadoras (ASTEL) representada por el Procurador **DON ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ**, contra resolución de fecha 1 de abril de 2014, (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 mayo de 2014, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Providencia de 3 de junio de 2014, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 2 de septiembre de 2014, 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 6 de noviembre de 2014, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso. Por la codemandada se contestó a la demanda en fecha 22 de diciembre de 2014.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de 5 de febrero de 2015, 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 23 de septiembre de 2015, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se recurre en las presentes actuaciones resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 1 de abril de 2014, en la que, entre otros extremos, se decidió que el servicio NEBA se considera efectivamente disponible desde la fecha de aprobación de la propia resolución, y exclusivamente a efectos de lo previsto en la resolución de migración.

Los motivos de la demanda deducida por TESAU se centran, en síntesis, en su discrepancia en relación con la fecha de aplicación de la efectividad del servicio NEBA, basándose en la literalidad de las resoluciones de la CMT de 11 de abril y 18 de julio de 2013, en que no existe, en la interpretación que preconiza, afectación a intereses de terceros, y en la desproporción de la medida. Se solicita se anule el que se tenga por disponible el servicio NEBA desde el 1 de abril de 2014 y se tome en consideración como fecha a tener en cuenta el 28 de junio de 2013, en que, a juicio del operador recurrente, el servicio ya estaba efectivamente disponible.

SEGUNDO.- La cuestión nuclear del pleito que nos ocupa ya ha sido abordada por esta Sala y Sección en su Sentencia de fecha 4 de mayo de 2015, recaída en el Recurso 446/2013 de su conocimiento, resolución referida al recurso contencioso-administrativo deducido por TESAU contra la decisión adoptada por la CMT en fecha 11 de abril 2013 (ulteriormente confirmada en la de 18 de julio del mismo año), que aprobó el marco de la migración hacia el nuevo servicio NEBA. Habida cuenta de que en ese precedente pleito se cuestionaba también la fecha a tener en cuenta, reproducimos a continuación sus razonamientos:

<< **PRIMERO.-** Se recurre en autos resolución de la COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES de fecha 11 de abril de 2013, relativa a la migración de los servicios mayoristas Gig ADSL y ADSL-IP al nuevo servicio NEBA. Recurrída en reposición, resultó confirmada en la posterior de 18 de julio de 2013. El resuelve del acto administrativo tiene el siguiente tenor:

"PRIMERO. - El marco de aplicación para el cese de las obligaciones de dar nuevas altas en GigADSL y ADSL-IP indicado en el Anexo 3 de la Resolución MTZ 2008/626 de 22 de enero de 2009 así como para la posible migración de las conexiones existentes será el contenido en el Anexo I.

SEGUNDO.- La definición y condiciones aplicables a las migraciones masivas hacia NEBA serán las indicadas en el Anexo II

TERCERO.- Suprimir la obligación impuesta en el resuelve octavo de la Resolución DT 2009/497, de 11 de noviembre de 2010, sobre la comercialización por terceros de las ofertas minoristas FTTH de Telefónica."

El aludido Anexo I ("Marco para la migración de los servicios indirectos actuales a NEBA") contiene la siguiente disposición: "Telefónica deberá notificar a la CMT el cumplimiento de todos los hitos indicados en la Resolución DT 2011/738 y en el calendario establecido por la Resolución DT 2011/2744. Tras esta notificación, la CMT abrirá un procedimiento administrativo al objeto de constatar la disponibilidad efectiva del servicio NEBA".

SEGUNDO.- Precisamente, este concreto aspecto que contempla el Anexo I es el caballo de batalla de la demanda, en la que se cuestiona la fecha a tener en cuenta a aquellos efectos.



Así, la línea impugnatoria de la demanda se centra en dos aspectos. En primer lugar, basándose en una particular interpretación del artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en relación con la eficacia jurídica del acto administrativo, afirma que la desregulación que a la recurrente beneficia deberá producirse desde la disponibilidad del servicio NEBA, sin que lo decisivo es que TESAU cumpla con todas las condiciones impuestas en orden a tenerlo disponible, lo que se produjo el 28 de junio de 2013. En segundo lugar, con invocación del artículo 9.3 de la Constitución, se argumenta sobre la pretendida inseguridad jurídica que generan los actos recurridos, pues una cosa es la disponibilidad efectiva, técnica y operativa y otra el procedimiento administrativo para validarla.

Por el demandado se sostiene el pleno acomodo de la resolución y de su Anexo I a la legalidad, con invocación de resoluciones precedentes de la CMT que contenían similar criterio, sin que sea factible alegar inseguridad jurídica alguna.

TERCERO.- La resolución que nos ocupa ya fue objeto de atención en nuestra Sentencia de 9 de marzo pasado, recaída en Recurso 449/2013. En ella, aunque referida a impugnación de distinto operador y en relación con otros aspectos de la decisión del regulador, en su Fundamento de Derecho Cuarto, antepenúltimo párrafo, se indicaba que "tal como se expone en los fundamentos de la resolución impugnada, desde la entrada en funcionamiento de NEBA hasta que la Comisión (...) verifica la disponibilidad, los operadores disponen de tiempo suficiente para preparar la migración, durante el cual se benefician del descuento". Esto es, parece claro que, aunque fuera implícitamente, esta Sala y Sección valida la efectividad subordinada a la comprobación de la disponibilidad del servicio NEBA.

Pero hay más. Ya la resolución de la CMT de 22 de enero de 2009, relativa a un nuevo sistema de acceso mayorista (que luego daría paso al NEBA que nos ocupa), establecía que "hasta la comprobación de esa disponibilidad", TESAU seguiría manteniendo servicios GigADSL y ADSL-IP. Esa resolución fue objeto del Recurso 353/09, de conocimiento de este Tribunal, resuelto en Sentencia desestimatoria de fecha 15 de octubre de 2011, sin que la recurrente TESAU impugnara, precisamente, aquél concreto aspecto. La Sentencia resultó confirmada por la del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014 (Recurso de casación 6540/11).

Y es que la resolución recurrida reproduce tanto la reseñada, de 22 de enero de 2009 (MTZ 2008/626), como las de 7 de septiembre de 2009 (DT2009/871) y de 11 de noviembre de 2010 (DT2009/497), la primera sobre modificación de los servicios de acceso mayorista de banda ancha y la segunda sobre propuesta de nuevo servicio de acceso mayorista de banda ancha, en las que se contempla la necesidad de verificación por la CMT de la disponibilidad operativa del servicio de tráfico de paquetes para telefonía IP (Resolución de 7 de septiembre de 2009) y de la disponibilidad efectiva e implantación satisfactoria del nuevo servicio (Resolución de 11 de noviembre de 2010). Tal sistema es el que ulteriormente se traslada al acuerdo de la CMT que ahora se combate, respecto del que el demandado, con sumo acierto, enfatiza sea tributario del que precedentes decisiones, consentidas o validadas jurisdiccionalmente, consagraban.

CUARTO.- Cuanto hemos expuesto conduce inexorablemente a la desestimación del recurso deducido, sin que pueda reprocharse inseguridad jurídica a un criterio del regulador de consolidada traza, plenamente justificado por la más que evidente necesidad de velar por el cabal discurrir del mercado de las telecomunicaciones, salvaguardando tanto los intereses de los diferentes operadores que en él actúan como de los propios usuarios. A esta conclusión no puede obstar la pericial de parte practicada en las actuaciones, en cuanto acreditar la disponibilidad del sistema en determinada fecha, anterior a la labor de verificación del regulador, en nada empaña el ejercicio de una potestad administrativa concreta que, según lo razonado, goza de plena cobertura y razonabilidad, siendo así, incluso, que, según se alega en trámite de conclusiones por el Abogado del Estado, en resolución de la CNMC de 1 de abril de 2014 (OFE/DTSA/1287/13/disponibilidad) se concluye que el NEBA está disponible, y en el procedimiento del que trae causa formularon alegaciones los distintos operadores, en un racional "iter", añadimos, necesario para asegurar la plena operatividad, resultando entonces incluso irrelevante se cumpliera tal condición en la data señalada por TESAU, al resultar ineludible el trámite tantas veces indicado.>>

TERCERO.- En consecuencia, el lógico corolario de cuanto se reproduce en el ordinal anterior, en cuanto ceñido, repetimos, a la misma cuestión ahora objeto de controversia, es la desestimación del presente recurso jurisdiccional.

CUARTO.- Se imponen las costas a la actora, ex 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.-DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo formulado por "TESAU" , contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 1 de abril de 2014, a que las presentes actuaciones se contraen.

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

Así por esta nuestra Sentencia que se **no** tificará 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 , y de la cual será remitido testimonio a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ