



Roj: **STS 3773/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3773**

Id Cendoj: **28079130032017100398**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **25/10/2017**

Nº de Recurso: **105/2015**

Nº de Resolución: **1612/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 25 de octubre de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado bajo el número 8/105/2015, interpuesto por el procurador don Manuel Lanchares Perlado, sustituido posteriormente por la procuradora doña Gloria Teresa Robledo Machuca, en representación de la mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 2014, que desestimó el recurso contencioso-administrativo número 758/2012, formulado contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 4 de octubre de 2012, que desestimó el recurso de reposición presentado contra la precedente resolución de 3 de mayo de 2012, por la que se adopta una medida cautelar en relación con los precios de los servicios Gig-ADSL y ADSL-IP consistente en la modificación de las cuotas mensuales por conexión de los referidos servicios (expediente DT 2011/739). Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 391/2010, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia el 3 de diciembre de 2014, cuyo fallo dice literalmente:

« Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU, contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 4 de octubre de 2012, desestimatoria del recurso de reposición contra la resolución de 3 de mayo de 2012, a las que la demande se contrae, que confirmamos por su adecuación a derecho.

Con condena en costas a la actora. » .

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. recurso de casación, que la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de 2 de enero de 2015 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de la mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 19 de febrero de 2015, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguientes SUPLICO:

« que, teniendo por presentado este escrito y sus copias, se sirva admitirlo, tenga a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. por personada y parte en este recurso en calidad de recurrente; tenga por interpuesto y formalizado por mi representada RECURSO DE CASACIÓN contra la Sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo



Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional el pasado 3 de noviembre de 2014 , notificada el día 13 de noviembre, en el recurso contencioso administrativo nº 758/2012; y, por los motivos expuestos en este escrito, case y revoque la Sentencia recurrida y resuelva el recurso contencioso-administrativo en los términos que aparezca planteado en la instancia, resolviendo estimar la pretensión de nulidad articulada por esta parte respecto de la Resolución de la CMT de 3-5-2012, confirmada por la de 4-10-2012. » .

CUARTO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 17 de septiembre de 2015 , cuya parte dispositiva dice literalmente:

« 1º.- Inadmitir el motivo primero del recurso de casación nº 105/2015 interpuesto por la representación procesal de Telefónica de España SAU contra la sentencia de 3 de noviembre de 2014, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 8ª), en el recurso nº 758/2012 .

2º.- Admitir los demás motivos de ese mismo recurso de casación.

3º.- Sin costas.

4º.- Para la sustanciación del recurso en la parte en que se admite, remítanse las actuaciones a la Sección 3ª de esta Sala, que resulta competente para conocer del mismo según las reglas de reparte de asuntos entre Secciones. » .

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 22 de octubre de 2015, se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que efectuó el Abogado del Estado en escrito presentado el 18 de noviembre de 2015, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito con su copia se sirva admitirlo, teniendo por formulado escrito de oposición, dictando sentencia por la que se declare la pérdida sobrevenida de objeto del recurso; y en su defecto se rechacen los motivos y el recurso, confirmando la sentencia recurrida. Con costas. » .

SEXTO.- Por providencia de fecha 16 de junio de 2017, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 10 de octubre de 2017, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación que enjuiciamos se interpuso por la representación procesal de la entidad mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 2014 , que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 4 de octubre de 2012, que desestimó el recurso de reposición presentado contra la precedente resolución de 3 de mayo de 2012, por la que se adopta una medida cautelar en relación con los precios de los servicios Gig ADSL y ADSL-IP consistente en la modificación de las cuotas mensuales por conexión de los referidos servicios (expediente DT 2011/739).

La Sala de instancia fundamenta la decisión de desestimación del recurso contencioso-administrativo, con base a las siguientes consideraciones jurídicas:

« [...] Planteada la litis en los términos expuestos, con carácter previo al estudio de las cuestiones de fondo, se ha de rechazar la causa de inadmisibilidad opuesta por el Abogado del Estado, puesto que el defecto procesal denunciado, determinante de la eventual inadmisibilidad del recurso, fue subsanado mediante escrito presentado por la actora con fecha 7 de mayo de 2013, con el que se incorpora certificación del Secretario General y del Consejo de Administración de TESAU, en la que se hace constar haber acordado la interposición del presente recurso contencioso administrativo contra las resoluciones de la CMT de 3 mayo y 4 octubre 2012.

Tampoco cabe apreciar pérdida sobrevenida del objeto de recurso, ya que no hay constancia de que se haya dictado resolución definitiva en el expediente principal, en el que se adoptó la medida cautelar impugnada.

Entrando en el fondo de la controversia conviene comenzar recordando que la adopción de la medida cautelar que se impugna se adoptó por la CMT en ejercicio de las competencias que le otorgaba el entonces vigente artículo 48.7 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones , que decía textualmente que:

"En el ejercicio de sus funciones, y en los términos que reglamentariamente se determinen, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una vez iniciado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier



momento, de oficio o a instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia del laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello."

Precepto desarrollado en el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones , aprobado por Real Decreto 1994/1996, en los siguientes términos:

"En el ejercicio de las funciones a las que se refieren los arts. 6 , 19 , 22 y 23 de este Reglamento, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones , una vez incoado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello y, en especial, las siguientes:

a) Órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que se refiere el procedimiento.

b) Fianza de cualquier clase, excepto la personal, que sea bastante para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar.

No se podrán dictar medidas cautelares que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

En el caso de que sean los interesados quienes propongan la adopción de medidas cautelares, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá exigir a los mismos la prestación de la correspondiente fianza . "

Estas normas han de ponerse en relación con lo dispuesto con carácter general en el artículo 72 de la Ley 30/1992 , que establecen su apartado 1 que *"iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello"* . Y en su apartado 3 dispone que *"No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes."*

No se discute por las partes la competencia de la CMT para adoptar la medida, ni siquiera, según afirma la actora en su escrito de conclusiones, la procedencia de la revisión de precios de los servicios mayorista en cuestión, sino la procedencia de la adopción de la medida cautelar.

Los pocos términos de la regulación legal y reglamentaria de las medidas cautelares, tanto en la LRJPAC, en la Ley General de Telecomunicaciones y en el citado reglamento de la CMT no contienen descripción ni mención de cuáles sean los elementos de juicio suficientes que han de tomarse en consideración para la adopción de medidas cautelares. Ha sido la Jurisprudencia del TS la que ha venido a perfilar el contenido de los "elementos de juicio" necesarios para adoptar la medida cautelar, acudiendo a las figuras de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y al *periculum in mora*. Con los condicionantes, establecidos legalmente, de que las medidas adoptadas no deben causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados y que la finalidad de la medida ha de ser siempre la de asegurar la efectividad de la resolución que finalmente se dicte.

Tal como se señala en la STS de 01/10/2003 , las medidas cautelares van dirigidas a garantizar la efectividad del eventual resultado de un procedimiento administrativo o jurisdiccional, por lo que son procedentes cuando hay un serio peligro de que los intereses o derechos subjetivos que pudieran ser reconocidos o amparados en la futura resolución final resultasen ya irrealizables o gravemente lesionados; y deben ser acordadas cuando todavía, por no haber finalizado el procedimiento, no se puede anticipar un juicio sobre el problema de fondo. Así resulta de una interpretación finalista del artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común . Todo ello hace que, salvo los casos en que ya existan elementos que de manera ostensible apunten hacia la alta probabilidad de una concreta solución para el problema de fondo en la decisión final del procedimiento, esa tutela cautelar deba ser decidida en función de una mera valoración indiciaria de la importancia que presenten los concretos intereses en conflicto.

Ya la sentencia de 24 de enero de 1992 , del -entonces denominado- Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, señalaba que para que las medidas provisionales puedan adoptarse se requiere que concurren los requisitos de "*fumus boni iuri*" y "*periculum in mora*".

Carece, pues, de fundamento el reproche que se hace en la demanda respecto a la adopción de la medida sin esperar los informes que se habían encargado a dos consultoras externas, pues la petición de tales informes se enmarca en el procedimiento de revisión definitiva de precios. Sin que su ausencia impida la adopción de medidas cautelares mientras se tramita y concluye dicho procedimiento, cuando existen elementos suficientes, como es el caso, para hacer una valoración preliminar, incluso sobre elementos indiciarios, de



circunstancias que comprometan la posición en el mercado de otros operadores, como consecuencia del comprobado desfase producido en los precios fijados en 2009, sobre cálculos de costes de 2007, y la comprobada ruptura del criterio de orientación de precios a costes de producción.

Asimismo, se han de rechazar las alegaciones que se fundamentan en la inexistencia de necesidad y urgencia, sobre la base de que la CMT tardó nueve meses en adoptar la medida cautelar, que existían medidas cautelares alternativas a la adoptada y que se adopta una medida que afecta parcialmente al objeto del procedimiento, en lugar de revisar de forma conjunta el servicio de "acceso desagregado".

No es cierto que se tardase nueve meses en adoptar la medida cautelar, desde que fue solicitada por dos operadores, pues la medida se solicitó en enero y se adoptó en fecha 3 de mayo de 2012, sin que el recurso de reposición interpuesto por TESAU contra esta resolución tuviese efectos suspensivos, por lo que la medida estuvo en vigor desde aquella fecha. La eventual existencia de medidas cautelares alternativas carece de relevancia, pues la medida adoptada fue la solicitada por dos operadoras interesadas en el procedimiento, sin que hubiese lugar a que la CMT adoptase otras de las indicadas por TESAU que, además, son ajenas a lo que constituye el objeto del procedimiento principal, que no es el que pretende la entidad demandante. En cuanto al argumento de que la CMT debió revisar de forma conjunta el servicio de acceso desagregado, baste decir que el procedimiento administrativo en el que se adopta la medida cautelar ahora recurrida se inició para la "revisión de los aspectos de precios de la oferta de referencia del servicio NEBA", después se amplió el objeto del procedimiento a la "revisión de los precios de los servicios GigADSL y ADSL-IP de la oferta de referencia de Telefónica del servicio mayorista de acceso indirecto", y la adopción de la medida afecta exclusivamente a este segundo aspecto por cuanto ninguna necesidad había de adoptar una medida cautelar respecto de los precios del servicio NEBA, que no estaba implantado.

[...] Si bien la demanda del recurso se articula sobre los motivos de impugnación arriba enunciados, los argumentos esgrimidos en apoyo de cada uno de dichos motivos giran en torno a las mismas tesis, que se vienen a referir a la improcedencia de la adopción de la medida, pues el fin perseguido ha de ser asegurar la finalidad de la resolución definitiva, entendiendo que dicha finalidad es la desregulación de los servicios indirectos. Por otra parte, considera TESAU que la medida cautelar adoptada carece de fundamento, además de por los motivos ya examinados, porque no hace una adecuada ponderación de intereses en conflicto, puesto que para la recurrente ha supuesto un perjuicio económico de 10 millones mientras que no comporta beneficio alguno al usuario final sino sólo a los operadores alternativos. Considera también que con la medida lo que se pretende es perpetuar los servicios indirectos en cuestión en detrimento del nuevo servicio NEBA, y que en otro supuesto, que considera similar al presente, no se apreció la necesidad de adoptar medida cautelar.

Para dar respuesta a tales argumentos hemos de reiterar que el objeto del procedimiento en el que se adopta la medida cautelar no era la desregulación de los servicios indirectos, pues se ceñía al aspecto de precios de la oferta de referencia de TESAU del servicio NEBA y a la revisión de los precios fijados para los servicios de acceso indirecto GigADSL y ADSL-IP, que habían de ser paulatinamente sustituidos por NEBA, pero todavía no lo habían sido, se preveía -y así ha quedado constatado transcurrido el tiempo y a la vista de las distintas resoluciones posteriores que se han ido dictando por la CMT- que la implantación se iba a demorar en el tiempo. Por otra parte, la sustitución de los referidos servicios sólo se iba a producir en aquellas zonas en las que hubiera coincidencia de cobertura, de manera que en aquellas zonas en las que el servicio NEBA no llegase a ser implantado seguirían operativos y regulados los servicios anteriores.

En las resoluciones impugnadas se hace una adecuada valoración de las circunstancias concurrentes y se motiva ampliamente la necesidad de adoptar la medida cautelar, en términos que ya se recogen en el fundamento primero y que huelga reiterar. Sin que los argumentos esgrimidos por la actora desvirtúen aquellos razonamientos, pues parten de presupuestos fácticos que no responden a la realidad, pues ni el procedimiento en el que se adopta la medida tiene el objeto y finalidad que se pretende, como hemos visto, ni la situación de implantación del servicio NEBA y progresiva sustitución por éste de los servicios de acceso indirecto GigADSL y ADSL-IP era inminente, como se razona debidamente en la resolución de 3 de mayo de 2012 y los acontecimientos posteriores, reflejados en resoluciones de la CMT aportadas a la causa, se han encargado de avalar; ni, por otra parte, la implantación del nuevo servicio supone la total desaparición y desregulación de aquellos servicios, sino que tal situación se producirá en las zonas en las que pueda implantarse el servicio NEBA.

En este sentido, ya en la resolución de la CMT de fecha 22 de enero de 2009, de análisis de los mercados 4 y 5 (mercado de acceso físico al por mayor a infraestructura de red en una ubicación fija y mercado de acceso de banda ancha al por mayor), se estableció que Telefónica debía ofrecer un nuevo servicio mayorista de banda ancha, el cual una vez esté disponible permitirá la desregulación de GigADSL y ADSL-IP "en los ámbitos coincidentes de cobertura".



En cuanto a la ponderación de los intereses en conflicto, desde la perspectiva de la proporcionalidad de la medida, entiende la Sala que está plenamente justificada y motivada, y que los perjuicios económicos que a Telefónica se le deriven de la medida, que cuantifica en 10 millones de euros, en ningún caso constituyen un daño irreparable o de difícil reparación, y el interés general que ha de contraponerse no es el beneficio económico que puedan recibir los usuarios finales sino la necesaria garantía de las condiciones de prestación de los servicios en libre competencia, así como el criterio de orientación a costes. Sin que pueda entenderse desproporcionada o arbitraria la medida, ya que ha sido adoptada teniendo en cuenta los datos de contabilidad ya conocidos, reveladores de que los costes para TESAU estaban experimentando un claro descenso, existiendo suficientes elementos de juicio para hacer un cálculo preliminar de esa minoración, sin perjuicio de lo que se determine en la resolución que se dicte en el procedimiento principal. Y se ha de rechazar la existencia de arbitrariedad por vulneración de la doctrina de los actos propios, que se fundamenta en otra resolución referida a otra situación distinta a la ahora contemplada.

Cabe recordar que el art. 48.3 de la Ley 32/2003, en la redacción dada por la Disposición final trigésima cuarta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, establecía como función de la CMT "el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora y en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos." .».

El recurso de casación se articula en la formulación de cinco motivos de casación, todos ellos fundados al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de los cuales el primer motivo ha sido inadmitido por auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2015, debido a su deficiente formulación, lo que exime de su examen.

El segundo motivo de casación denuncia que la sentencia recurrida infringe el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, y el artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como la jurisprudencia que desarrolla el precitado artículo.

En el desarrollo del motivo de casación se aduce que no concurren los requisitos exigidos para justificar la adopción de la medida cautelar, pues no se ha demostrado la necesidad y urgencia que habilita a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para prescindir del procedimiento legalmente establecido, lo que pone en riesgo el principio de seguridad jurídica.

También se expone que la sentencia recurrida no pondera adecuadamente los intereses en juego, pues debió velar por uno de los principios que persigue la Ley General de las Telecomunicaciones de despliegue de la fibra en favor de la competencia. Se reprocha al Tribunal de instancia que no tome en consideración que la medida cautelar adoptada le causa perjuicios de difícil reparación.

El tercer motivo de casación denuncia la infracción del artículo 37 de la Ley 30/1992, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que desarrolla el precedente artículo, en lo que concierne a la falta de efectividad de la medida cautelar adoptada, en cuanto las nuevas cuotas -contrariamente a lo que sostiene la Sala de instancia-, no pueden ser de aplicación a partir de la fecha de la resolución, sino desde la notificación de la misma a Telefónica.

El cuarto motivo de casación se fundamenta en la infracción de los artículos 7 y 13 de la Directiva de acceso, así como del artículo 13.1 de la Ley General de Telecomunicaciones (se corresponde con el artículo 14.1 de la LGT actualmente vigente), y del Reglamento de Mercados y de la jurisprudencia que los interpreta.

En el desarrollo del motivo se alega que la sentencia impugnada resulta contraria a los citados ámbitos, en cuanto avala que con la medida cautelar adoptada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se prescinda del procedimiento legalmente previsto en el marco europeo y nacional en la fijación de obligaciones en los mercados de telecomunicaciones haciendo peligrar con ello el principio de seguridad jurídica.

El quinto motivo de casación se sustenta en la infracción del artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (los principios de seguridad jurídica, de proporcionalidad y de confianza legítima), en relación con el artículo 9.3 de la Constitución española y el artículo 10 del Reglamento Mercados, y los artículos 3 y 13 de la Ley General de Telecomunicaciones, en relación con el artículo 13.1 de la Directiva de acceso.



Se reprocha a la sala de instancia que vela únicamente por los intereses de dos operadores frente al resto y que considera conforme a derecho una medida cautelar que no garantiza la orientación a costes y que resulta contraria los referidos principios generales del Derecho.

SEGUNDO.- Sobre la prosperabilidad parcial del recurso de casación.

El segundo motivo de casación formulado, fundado en la infracción del artículo 31 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y del artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como la jurisprudencia que interpreta el precitado precepto, no puede ser estimado.

En efecto, esta Sala considera que el Tribunal de instancia no ha realizado una incorrecta apreciación de los elementos de juicio que son necesarios para que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adopte una medida cautelar o provisional, al sostener, con base en la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STS 1 de octubre de 2003 y STJCE de 24 de enero de 1992), que concurren los presupuestos de apariencia de buen derecho y periculum in mora exigidos para adoptar la medida cautelar de revisión de las cuotas mensuales por conexión de los servicios Gig-ADSL y ADSL-IP de la oferta de referencia de telefonía del servicio mayorista de acceso indirecto, en la medida que se estima que era necesaria para poder asegurar la efectividad de la resolución que pudiera recaer.

Por ello, no compartimos la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la mercantil recurrente, respecto de que la medida cautelar se ha adoptado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones prescindiendo del procedimiento legalmente previsto para modificar las Órdenes de referencia porque ello supondría poner en cuestión -como razona la sentencia- las facultades que asume la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para adoptar cualesquiera medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia de las resoluciones, según lo dispuesto en el artículo 48.7 de la Ley 32/2003, que, en este supuesto, se revelan necesarias para dar cumplimiento a la obligación impuesta a Telefónica en la resolución de 22 de enero de 2009.

Tampoco resulta convincente el argumento casacional formulado respecto de que el Tribunal de instancia ha realizado una inadecuada ponderación de los intereses en juego, al no valorar objetivamente uno de los principios que informan la Ley General de Telecomunicaciones (despliegue de la fibra en condiciones de competencia) ni los perjuicios económicos que la adopción de la medida cautelar causa a Telefónica, porque no apreciamos que sea irrazonable o arbitrario el razonamiento expuesto en el fundamento jurídico sexto de la sentencia recurrida (que se efectúa con remisión a los fundamentos de la precedente resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 22 de enero de 2009), relativos a estimar que la medida cautelar adoptada está «plenamente justificada» y el interés general que ha de tenerse en cuenta de forma prevalente es el de garantizar la protección de los servicios de telecomunicaciones en libre competencia que preconiza la aplicación del criterio de orientación a costes.

El tercer motivo de casación, fundado en la infracción del artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, relativa al desarrollo de este artículo, debe ser estimado.

En efecto, de conformidad con la doctrina de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las sentencias de 21 de octubre de 2014 (RC 4250/2011), de 18 de noviembre de 2014 (RC 4689/2011) y de 11 de marzo de 2015 (RC 485/2012), consideramos que el Tribunal de instancia ha infringido el artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al sostener que la eficacia de la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 3 de mayo de 2012 «no quedaba condicionada a su notificación a los operadores».

En este sentido, cabe poner de relieve que en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2011 (RC 4250/2011), fijamos el criterio de que la aplicación del artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, exige demorar, en estos supuestos, la eficacia de las resoluciones del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a su notificación al operador oferente, con base en la exposición de los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] Centrados con claridad los términos del recurso de casación, la cuestión sobre la que hemos de pronunciarnos se ciñe a examinar la corrección del segundo de los apartados de la resolución impugnada, que dispone la eficacia inmediata del acuerdo por el que se reducen las cuotas del par en el acceso compartido de la Oferta del Bucle Abonado (OBA) de la recurrente Telefónica de España.



El apartado segundo de la Resolución impugnada implica, pues, que el acuerdo de baja de los precios resulta eficaz y aplicable a todos los efectos desde el momento en el que se adoptó, recordemos, el día 17 de septiembre de 2009 y no desde el momento de su notificación, como sostiene Telefónica de España, que tuvo lugar el siguiente día 29 de septiembre de 2009.

Pues bien, al respecto debemos hacer una doble precisión inicial:

En primer lugar, el acuerdo de la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones no ofrece una explicación o un razonamiento que sustente o justifique la decisión de que la eficacia sobre la reducción de la cuota mensual aludida sea la del mismo momento de su adopción. Nada se dice a lo largo de su fundamentación jurídica que versa íntegramente sobre la necesidad de revisar y adecuar el precio de referencia, apelando a los análisis y estudios obrantes en el expediente, sin alusión alguna a la eficacia temporal o a la necesidad de que la reducción de precios para el acceso sea inmediato.

Y en segundo lugar, es necesario subrayar la dilación de la notificación de la resolución de la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones, pues, adoptada el 17 de septiembre, no se comunica a Telefónica de España, que es la principal obligada y afectada por dicho acuerdo, sino hasta transcurridas más de dos semanas, dando lugar a un intervalo temporal innecesario, sobre el que surgen las dudas sobre la eficacia del acuerdo, que originan el presente litigio, que se hubiera evitado con una actuación diligente y eficaz en el acto de la comunicación del acuerdo adoptado, sin que figure la razón objetiva de la demora en las actuaciones, siendo así que la situación creada no es imputable a la recurrente.

A partir de tal precisión inicial, hemos de examinar la singular naturaleza del Acuerdo de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y sus consecuencias para la recurrente Telefónica y demás operadores del sector, que se omite en la Sentencia de instancia y resulta trascendente en el debate.

Así, es de recordar que con arreglo al marco legal que regula las obligaciones de Telefónica en materia de acceso al bucle local, proviene del Reglamento (CE) del Consejo y del Parlamento Europeo, de 18 de diciembre sobre acceso desagregado al bucle local, y en el momento de adoptarse el acuerdo se encontraba vigente la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que se desarrolla en el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.

Corresponde a Telefónica de España, como operador con poder significativo en el mercado, la obligación de proporcionar determinados servicios para hacer posible el acceso a los operadores al bucle de abonado, de manera que debe realizar una oferta contractual (OBA) a la que los demás operadores pueden acogerse, pudiendo negociar entre sí acuerdos de acceso o interconexión, de naturaleza privada, que regulan las condiciones en las que tiene lugar el acceso al bucle, limitándose al contenido de la OBA o a negociar alguna modificación de su contenido y condiciones.

La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones puede introducir las modificaciones en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones (art. 7.3 del Reglamento de Mercados) de manera que puede intervenir en la configuración del contenido de la Oferta de referencia (OBA) que sirve de base y fundamento al posterior contrato de arrendamiento de servicios con los operadores alternativos.

Y esto es lo sucedido en el presente caso, en el que la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones procede a la revisión del precio de la cuota mensual de prolongación de par en acceso compartido de la OBA en atención al criterio de orientación de precios a costes, valorando los costes de red, los costes comerciales y otros para concluir que procedía la rebaja de los precios de acceso hasta entonces vigentes (desde el año 2004).

Pues bien, la aplicación inmediata de la reducción del precio de la cuota mensual que se acuerda por la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones no resulta coherente con el específico contenido y características de la OBA, que no puede ser modificada ni alterada imponiendo nuevas obligaciones significativas al operador dominante hasta que al menos se le comunique de forma eficaz.

Ciertamente los cambios introducidos por la Comisión en la Oferta se refieren a la cuota mensual cuyo importe se fija en 2,06 Euros, implicando, pues un descenso respecto a la anterior, que obliga a Telefónica a ofrecer dichos precios a los operadores alternativos. La exigencia de su aplicación ha de tomar como punto de partida no aquel momento en el que la Comisión adopta el acuerdo con desconocimiento del operadores del sector, sino, dadas las específica singularidad que aquí concurre, desde el momento en el que la obligada principal a la oferta del precio revisado, en este caso Telefónica, tiene conocimiento de la modificación del contenido de la obligación que le incumbe.

De seguir el criterio de la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones, se daría un lapso temporal en el que Telefónica de España, ignorando la modificación operada, habría ofrecido a los demás operadores los precios

de acceso que se encontraban vigentes en aquel momento, aunque no eran los ciertamente aplicables a dicho período. La disparidad de los precios surgida del acuerdo de la Comisión no puede producir sus efectos al margen de la operadora dominante vinculada y obligada a ofrecerlos, que ha de tomar exacto conocimiento de las modificaciones o cambios de uno de los elementos esenciales de la OBA, como sucede como regla general cuando se trata de la imposición de obligaciones de hacer, salvo que se hubiera justificado de forma suficiente y motivada un distinto criterio en torno a la eficacia de la resolución.

Los operadores alternativos con posterioridad a la decisión de la rebaja - y sin razón suficiente de urgencia o necesidad que lo justifique- podrían exigir la aplicación de los precios revisados a la baja a Telefónica de España durante el período que transcurre entre la decisión de la reducción de los precios y su comunicación, dando lugar a una especie de reclamación retroactiva de unos precios que no eran los vigentes y publicados entonces en la OBA en el tiempo que se reclaman.

La importancia y trascendencia de la notificación en este caso resulta esencial y relevante, en la medida que se afecta a una condición económica de una oferta pública de acceso al bucle que ha de observar el operador con peso significativo en el mercado obligado a la oferta de referencia y por ello, puede afirmarse que la singular naturaleza y contenido del acuerdo impugnado determina que su eficacia ha de quedar diferida y subordinada al momento de su notificación a dicho destinatario principal, en su condición de parte oferente, ex apartado segundo del artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .

Este apartado mencionado incluye una excepción a la regla general de la eficacia de los actos administrativos del artículo 57 de la Ley 30/1992 , al establecer que la eficacia del acto ha de demorarse a su notificación por su contenido o naturaleza que es lo que aquí sucede. La singularidad de la resolución de que se trata, una resolución de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones que incide en un aspecto esencial de la oferta pública que Telefónica de España ha de realizar de forma obligatoria al resto de los operadores, un nuevo precio reducido por la prestación del servicio del acceso desagregado, justifica que en atención a las peculiaridades e intereses afectados, la eficacia de la resolución este supeditada a su notificación.

[...] Y la anterior conclusión es coherente con la jurisprudencia de esta Sala Tercera que no es correctamente interpretada por la Sala de instancia que rechaza el recurso contencioso deducido por Telefónica de España en atención a la doctrina contenida en las Sentencias de 20 de febrero de 2004 y de 29 de mayo de 2007 . La primera de las citadas, dictada en el RC 3739/1999 se refiere a una resolución de otorgamiento de una concesión y en ella se razona que el dato de afectar la resolución de concesión a derechos e intereses de terceros obliga a su notificación a éstos, pero no supone por sí mismo que la eficacia quede demorada a dicha resolución. Y como se advierte, este no es el criterio que coincide con el supuesto que aquí analizamos en el que se toma en consideración la específica naturaleza y contenido de la resolución de la Comisión de las Telecomunicaciones, que incluye la modificación de una oferta económica que incumbe y obliga al operador con poder significativo en el mercado, que se subsume en el apartado segundo del artículo 57 de la Ley 30/1992 .

Y respecto a la segunda de las sentencias que se mencionan en la sentencia de instancia, recaída en el RC 8213/2004 , se refiere a un supuesto de caducidad de un procedimiento administrativo incoado por la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, de orientación de precios a costes. En ella se exponen una serie de consideraciones jurídicas sobre los efectos que la orientación de los precios a los costes tendrá para el mercado y se subrayan los favorables para los operadores alternativos y desfavorables para el operador con poder significativo en el mercado de las telecomunicaciones, pero todo ello desde la perspectiva de la caducidad expresada.

En todo caso, el traslado de la doctrina a este supuesto no determina, como razona la codemandada France Telecom, que el interés del Mercado de Telecomunicaciones exija la inmediata eficacia de los precios orientados a costes, cuando es la propia Comisión Nacional de las Telecomunicaciones la que dilata sin razones objetivas la comunicación de la misma al operador dominante, Telefónica de España y cuando nada se razona o justifica en la resolución adoptada sobre la necesidad, urgencia o la conveniencia de la inmediata eficacia y vigencia de los nuevos precios revisados de la OBA. » .

El cuarto motivo de casación, sustentado en la infracción de los artículos 7 y 13 de la Directiva de acceso, del artículo 13.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones , y de los artículos 3 , 5 y 11 del Reglamento de Mercados , así como de la jurisprudencia que los interpreta, no puede ser estimado.

En efecto, esta Sala no comparte la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la mercantil recurrente, respecto de que la sentencia de instancia ha infringido dichas disposiciones de la normativa estatal y europea, en cuanto avala que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adopte una medida cautelar relativa a la revisión de precios de determinados servicios de banda ancha en el mercado mayorista



sin seguir el procedimiento legalmente previsto para que las actividades regulatorias impongan obligaciones a los operadores del sector de las telecomunicaciones, pues no apreciamos la existencia de desviación procedimental en el acuerdo adoptado por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 3 de mayo de 2012.

En este sentido, sostenemos que la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 14 de enero de 2016 (C-395/14), que declara que «el artículo 7, apartado 3, de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 , relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), debe interpretarse en el sentido de que, cuando una autoridad nacional de reglamentación haya obligado a un operador que ha sido designado como operador con un peso significativo en el mercado a prestar servicios de terminación de llamada de telefonía móvil y haya sometido a autorización las tarifas correspondientes a dichos servicios al término del procedimiento previsto en la citada disposición, esa autoridad nacional de reglamentación está obligada a aplicar de nuevo dicho procedimiento antes de cada nueva autorización de esas tarifas que conceda a ese operador, cuando tal autorización pueda tener repercusiones en los intercambios entre Estados miembros en el sentido de la referida disposición», no es óbice para considerar inadecuado el pronunciamiento del Tribunal de instancia, relativo a estimar plenamente justificada la medida cautelar.

Cabe significar, al respecto, que, a diferencia del supuesto de hecho contemplado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en este caso la medida cautelar se adopta en el marco del procedimiento de revisión de los precios fijados para los servicios de acceso indirecto Gig-ADSL y ADSL-IP en aras de dar cumplimiento a la precedente resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 22 de enero de 2009, para garantizar, sin demora, la prestación de estos servicios en libre competencia, resolviendo las solicitudes de adopción de medidas cautelares con carácter urgente que formularon los operadores Vodafone y Orange, que pretenden la revisión cautelar de los precios de Gig-ADSL y ADSL-OP y ante la necesidad de mantener la obligación de orientación a costes que haga factible el desarrollo de la actividad en este mercado de los operadores alternativos.

El quinto motivo de casación, basado en la infracción de los principios de seguridad jurídica, protección de la confianza legítima y proporcionalidad, en relación con lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución , el artículo 10 del Reglamento de Mercados y los artículos 3 y 13 de la Ley General de las Telecomunicaciones , en relación con el artículo 1.3 de la Directiva de acceso, no puede ser estimado.

En efecto, observamos que en el desarrollo de este motivo de casación, la defensa letrada de la mercantil recurrente cuestiona que la sentencia avale la adopción de una medida cautelar parcial para unos servicios próximos a su desregulación sin tener todas las garantías exigidas por el artículo 13 de la Ley General de Telecomunicaciones , en la medida que se habrían vulnerado los principios de legalidad, seguridad jurídica, protección de la confianza legítima y proporcionalidad, sin hacer una crítica convincente a la fundamentación jurídica de la sentencia, como pone de relieve el Abogado del Estado en su escrito de oposición al recurso de casación.

Por ello, estimamos que debe rechazarse este motivo de casación, en cuanto que, sustancialmente, se aduce que la medida cautelar adoptada no estaba justificada y no era procedente, lo que ya hemos descartado en los precedentes razonamientos jurídicos.

En consecuencia con lo razonado, al estimarse el tercer motivo de casación articulado, procede declarar haber lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por representación de la mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 2014, que desestimó el recurso contencioso-administrativo número 758/2012 , que casamos.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , procede estimar parcialmente el recurso contencioso- administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 4 de octubre de 2012, recaída en el expediente DT 2011/739, que anulamos, en lo que concierne al apartado segundo de su parte dispositiva, que dispone que las nuevas cuotas serán de aplicación a partir de la fecha de la presente resolución, por ser disconforme a Derecho, y reconociendo que su efectividad se produce con la notificación a Telefónica de España, S.A.U.

TERCERO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , no procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación ni de las causadas en la instancia.

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido : **Primero.- Declarar haber lugar al recurso de casación** interpuesto por la representación procesal de la mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 2014, que desestimó el recurso contencioso-administrativo número 758/2012 , que casamos. **Segundo.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo** interpuesto por la representación procesal de la mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 4 de octubre de 2012, recaída en el expediente DT 2011/739, por la que se adopta una medida cautelar en relación con los precios de los servicios Gig ADSL y ADSL-IP consistente en la modificación de las cuotas mensuales por conexión de los referidos servicios. **Tercero.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales** causadas en el presente recurso de casación ni las causadas en la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech Jose Maria del Riego Valledor **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO