



Roj: **SAN 4368/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:4368**

Id Cendoj: **28079230082014100648**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **03/11/2014**

Nº de Recurso: **758/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a tres de noviembre de dos mil catorce.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº **758/12** interpuesto ante esta *Sala de lo Contencioso-Administrativo* de la Audiencia Nacional, 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 sobre medida cautelar en relación con precios de servicios mayoristas, en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el Abogado del Estado. Se ha personado como **codemandada** la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (**ASTEL**), representada por el Procurador **D. Alberto Hidalgo Martínez**.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. ANA ISABEL GOMEZ GARCIA, Magistrada de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU, (TESAU), contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 4 de octubre de 2012, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 3 de mayo de 2012 por la que se adopta medida cautelar en relación con precios de los servicios GigADSL y ADSL-IP.

La cuantía del recurso se ha fijado como indeterminada.

SEGUNDO: Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de derecho y terminó por suplicar que, previos los tramites legales pertinentes, se dicte sentencia en la que, estimando el recurso, declare nula de pleno derecho la resolución de 3 de mayo de 2012 por la que se adoptó la medida cautelar en relación a los servicios indirectos GigADSL y ADSL-IP, y la de fecha 4 de octubre de 2012, acordando la anulación de la medida cautelar por la que se ha impuesto a la recurrente la bajada de precios de los referidos servicios, con efecto retroactivo desde la fecha en que se dictó la resolución de 3 de mayo de 2012.

TERCERO: Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dictara sentencia desestimatoria de todas las pretensiones de la parte actora.

CUARTO: La entidad codemandada, ASTEL, contestó la demanda oponiéndose al recurso, solicitando su desestimación, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

QUINTO: Habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento se practicó la propuesta, con el resultado que obra en la causa, y, evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 29 de octubre del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se dirige el presente recurso contra Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 4 de octubre de 2012, por la que se resuelve -desestimándolo- el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 3 de mayo de 2012, en la que se *RESUELVE* :

« **Primero.-** *Modificar las cuotas mensuales por conexión de los servicios GigADSL y ADSL-IP de la OBA, que pasarán a ser las indicadas en el cuadro siguiente:*

modalidad GigADSL y nivel provincial de ADSL-IP Nivel nacional de ADSL-IP

T 7,63 10,22

Z 8,52 11,40

O 9,66 12,91

B 9,92 13,25

J 10,20 13,63

A 10,47 13,98

C 10,62 14,18

N 11,51 15,35

E 12,50 16,67

F 15,60 20,78

L 28,47 38,14

M 49,55 66,37

P 84,29 112,91

W 33,73 45,19

Y 42,24 56,58

VDSL2 1Mbps 9,66 14,26

VDSL2 3 Mbps 10,47 15,33

VDSL2 10 Mbps 12,50 17,99

VDSL2 25/1 Mbps 17,16 24,20

VDSL2 25/3 Mbps 18,29 25,70

Conforme a la práctica habitual seguida por esta Comisión en la adopción de medidas de tenor similar a la presente en ocasiones anteriores, estos niveles de precios fijados operan como un umbral máximo que podrá alcanzar el prestador del servicio mayorista, sin que dicho máximo obste a la posibilidad de que dicho operador pueda libremente fijar o pactar precios mayoristas inferiores.

SEGUNDO.- Las nuevas cuotas serán de aplicación a partir de la fecha de la presente resolución.»

Se expone en la resolución que el expediente, inicialmente abierto para definir los precios del servicio NEBA, se amplió para incorporar 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, oponiéndose Telefónica a la ampliación del objeto del expediente. Que Vodafone presentó escrito en el que solicita la revisión cautelar de los precios de ADSL-IP. Por su parte, Orange presentó escrito solicitando la revisión urgente de los precios de los servicios actuales de acceso indirecto GigADSL y ADSL-IP. Y, abierto trámite de audiencia, Orange, Telefónica, Telecable de Asturias, S.A.U., BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U., Jazztel, Vodafone y Ono presentaron alegaciones.

Se razona que concurren los presupuestos necesarios para la adopción de la medida cautelar, como son la habilitación competencial; existencia de apariencia de buen derecho o de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida; previsión razonable de la necesidad y urgencia de la medida para asegurar la eficacia de la resolución que pueda recaer; proporcionalidad e idoneidad de la medida.

La habilitación competencial de la CMT descansa en el artículo 48.7 de la LGTel y en el artículo 31 del Reglamento de la CMT .



Sobre la apariencia de buen derecho se viene a decir, en síntesis, que Telefónica ofrece los servicios mayoristas de banda ancha denominados GigADSL y ADSL-IP, habiéndose establecido en la resolución sobre los mercados 4 y 5 que Telefónica debía ofrecer un nuevo servicio mayorista de banda ancha (NEBA) que, una vez disponible, permitiera la desregulación de los anteriores servicios en los ámbitos coincidentes de cobertura; dicho servicio debía estar disponible el 1 de enero de 2012, pero su lanzamiento ha sido retrasado a petición de Telefónica. El procedimiento abierto tenía por objeto tanto la fijación de los precios del nuevo servicio NEBA, pendiente de lanzamiento, como de revisar los precios de los servicios GigADSL y ADSL-IP que están presentes en el mercado, y ello por la íntima conexión de los servicios citados, que usan numerosos elementos de red comunes y forman parte del mismo mercado mayorista, siendo aconsejable la revisión conjunta de dichos precios. Hasta que el servicio NEBA esté operativo sigue siendo necesario revisar los precios de los servicios GigADSL y ADSL-IP, para que la transición de éstos al nuevo no sea conflictiva ni perjudique a los operadores y a la competencia, dado que estos servicios van a tener mayor continuidad en el tiempo de la que se había previsto en un principio, porque NEBA no está todavía disponible y porque su cobertura limitada en accesos de cobre obligará a que en las zonas en las que no esté disponible deberán seguir ofreciéndose GigADSL y ADSL-IP, servicios regulados. Por ello -se añade- los precios de los servicios GigADSL y ADSL-IP deben seguir siendo convenientemente actualizados y no pueden quedar congelados como los de un servicio a extinguir. Resulta claro que, conforme a las obligaciones en vigor, sus precios deben seguir siendo fijados conforme al criterio de orientación en función de los costes, manteniendo al mismo tiempo la coherencia de los precios de acceso, lo cual se ha venido poniendo en práctica mediante un margen adicional o mark-up sobre los costes de referencia. La contabilidad de costes de Telefónica del año 2009 señala una senda claramente decreciente, tendencia que parece confirmarse por los resultados, pendientes de verificación, del año 2010. Dado que los precios se han mantenido constantes desde 2009 y los costes subyacentes han bajado de forma significativa, el margen entre precios y costes ha aumentado, por lo que, para mantener el principio de que los precios de un servicio estén orientados por sus costes de producción, es necesario proceder a una revisión de dichos precios. Por otra parte, el aumento de la velocidad media preponderante entre los usuarios en este plazo ha supuesto un aumento del precio efectivo que los operadores pagan a Telefónica, pues a lo largo de 2009 se dio una fuerte migración de líneas desde los 3 Mbps hacia los 6 Mbps, de manera que la velocidad de referencia en el mercado era todavía de 3 o bien 6 Mbps en 2009, mientras que en 2012 predominan las ofertas de 10 Mbps. En este contexto, el mantenimiento de los precios nominales desde septiembre de 2009 ha supuesto indudablemente una elevación del precio efectivo a que deben hacer frente los operadores por conexión de abonado. Se concluye la argumentación afirmando que debe entenderse que existen indicios razonables para entender que concurre el suficiente *fumus boni iuris*, pues los precios vigentes se encuentran notablemente desactualizados y es conveniente revisarlos a la baja para compensar los efectos descritos, siendo razonable la adopción de medidas previas al análisis detallado del asunto, a fin de evitar consecuencias indeseables tanto en éste como en otros servicios mayoristas por cuanto, estando por acabar la elaboración de los modelos en que se basarán los nuevos precios, aún se tardarán algunos meses en adoptar la resolución definitiva.

Se razona sobre la necesidad y urgencia en la medida, exponiendo que NEBA es un servicio nuevo, por lo que no está reflejado en la contabilidad de costes, habiéndose encargado a dos consultoras externas sendos modelos de costes complementarios entre sí, modelos que reflejarán también los costes de prestación del servicio ADSL-IP. Estos modelos no están disponibles y la versión definitiva para que la Comisión pueda elaborar una propuesta de precios requiere tiempo, posteriormente la aprobación de la propuesta una vez cumplidos todos los trámites, que llevará también más de dos meses, y mientras tanto los servicios GigADSL y ADSL-IP son los que permiten a los operadores configurar ofertas allí donde no están presentes con infraestructuras propias o hacer uso desagregado, constituyendo una herramienta esencial de fomentar la competencia. En este contexto, resulta urgente la revisión de los precios, teniendo en cuenta el potencial efecto en la competencia de un eventual retraso en la actualización de los mismos. El desequilibrio en los aspectos económicos derivado de la desactualización de los precios supone una distorsión en las condiciones del mercado, y conlleva un claro riesgo de degradación de las posibilidades de competir mediante esta modalidad de acceso. Situación que puede deteriorarse rápidamente si se confirma la tendencia apuntada por los últimos datos disponibles referidos a parámetros relevantes del mercado. Añadiendo que existen zonas importantes en las que los operadores alternativos no cuentan con infraestructuras suficientes ni les resulta viable el acceso desagregado de forma que la única alternativa para estar presentes en el mercado de banda ancha es mediante el acceso indirecto al bucle. Además, de no adoptarse la medida provisional, la resolución que se pudiera adoptar al término del procedimiento podría quedar desvirtuada, puesto que las condiciones de prestación de estos servicios mayoristas son susceptibles de producir graves perjuicios a la competencia.

Sobre la proporcionalidad de la medida cautelar, se expone que dicha medida es idónea y plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad, habiéndose llevado a cabo la necesaria ponderación entre el interés público que trata de satisfacer la actuación administrativa y los posibles perjuicios que se podrían irrogar a los afectados por la misma. La adopción de esta medida cautelar se considera proporcionada a las



circunstancias que concurren en el procedimiento, porque permite asegurar el cumplimiento de la medida que la Comisión pueda adoptar en la Resolución definitiva que dicte a tal efecto. Tampoco produce perjuicios de difícil o imposible reparación sino que el eventual perjuicio causado a Telefónica por una reducción de precios sería meramente económico y de fácil reparación.

Se explica el procedimiento seguido para la determinación cautelar de los precios orientados a costes, partiendo de la necesidad de adaptarlos a la reducción de costes plasmada en la contabilidad. Se considera que los precios entonces vigentes deben ajustarse conforme a la evolución de los costes (-13,7% en GigADSL y nivel provincial de ADSL-IP; y -14,2% en el nivel nacional de ADSL-IP).

En la resolución de 4 de octubre de 2012, desestimatoria del recurso de reposición formulado contra la anterior, se rechazan los motivos de impugnación invocados por TESAU, que hacían referencia a la no concurrencia de los requisitos legalmente establecidos para adoptar la medida cautelar de fijación de precios de los servicios mayoristas referidos, siendo dicha medida innecesaria, inoportuna, desproporcionada y no atinente al interés general; a la vulneración del procedimiento legalmente establecido para la adopción de la medida cautelar, al no tenerse en cuenta de manera motivada las alegaciones y petición formulada por la recurrente; a la vulneración de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad por falta de beneficio al interés general de la medida cautelar, falta de motivación y de coherencia en la misma y por no existir urgencia alguna para su adopción.

SEGUNDO: En el escrito de demanda de este recurso combate la entidad actora las anteriores resoluciones, reiterando en esencia las alegaciones realizadas ya en el recurso de reposición contra la resolución de la CMT del 3 de mayo de 2002. Efectivamente, se sustenta el presente recurso sobre los siguientes motivos de impugnación:

1.- Falta de concurrencia de los requisitos necesarios para adoptar la medida cautelar.

Se concretan en motivo en la alegación de no concurrencia de los requisitos de urgencia y necesidad; ausencia de apariencia de buen derecho; falta de proporcionalidad.

Argumenta la recurrente que la CMT tardó nueve meses en resolver sobre la medida cautelar solicitada por Vodafone y France Telecom, dos meses en iniciar el procedimiento, resolvió el 3 de mayo, casi dos meses después de haber trasladado el informe a las partes interesadas, y no resolvió el recurso de reposición hasta cuatro meses después de la fecha interposición del mismo, retraso que evidencia que no concurría la urgencia, requisito esencial para adoptar la medida cautelar. Se adoptó una medida cautelar para regular precios cuando existían medidas cautelares alternativas a la adoptada, que resultarían menos gravosas a la recurrente, tales como la eliminación de la regulación de los servicios o la congelación de los precios, como paso previo a su eliminación. Por otra parte, al resolver sobre la medida cautelar, la CMT olvidó revisar de forma conjunta el servicio de acceso desagregado y sólo revisó los servicios tendentes a la extinción, cuando se ha evidenciado que no había urgencia en la adopción de la medida, por lo que se desvirtúa la resolución final, el tratar con mayor urgencia la actualización de precios de servicios a extinguir o el ajuste de los precios del bucle desagregado a los costes aprobados.

Añade que no concurre apariencia de buen derecho que justifique imponer la medida cautelar. Y tampoco la exigible proporcionalidad respecto al fin perseguido, pues se trata de asegurar la finalidad de la resolución definitiva, que no debe ser otra que la desregulación de los servicios indirectos; habiendo supuesto las resoluciones impugnadas un perjuicio económico a la recurrente de más de 10 millones de euros frente a sus competidores, sin que haya quedado demostrado que exista un claro beneficio para el mercado, puesto que el fin último debe perseguir la migración a NEBA de los servicios indirectos, no mantener éstos indefinidamente en el tiempo, además la medida no garantiza una mejora de ofertas de cara al usuario final, favoreciendo únicamente a los operadores alternativos. Añade que la determinación cautelar de precios sólo de una parte de los servicios de acceso impide un análisis y determinación coherente de precios, como establece la legislación, con el objetivo de fomentar incentivos adecuados; la reducción de precios cautelares del acceso indirecto debería ir acompañada de una subida para orientar los precios de acceso desagregado a los costes aprobados por CMT. La Comisión ha analizado costes y márgenes de una parte de los servicios sin tener en cuenta otras circunstancias y las pérdidas en el servicio de conexión.

2.- La medida adoptada es incongruente y contraria a la doctrina de actos propios y al principio de seguridad jurídica.

Se argumenta que la discrecionalidad de que goza la CMT en su actuación no le permite excederse de su competencia y vulnerar principios generales, y en el presente caso se ha producido vulneración de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad, pues con la medida la Comisión ha propuesto una reducción cautelar de precios de los servicios a extinguir y, en lugar de definir las condiciones de extinción,



parece querer perpetuar estos servicios en detrimento de NEBA. La determinación cautelar de precios supone prejuzgar los resultados de análisis en curso, estableciendo un techo de precios para NEBA y podrían implicar modificaciones posteriores del precio inicialmente definido, con la grave inseguridad jurídica que ello supone en precios y en fechas de aplicación de los mismos. Por otra parte, la finalidad última del expediente en la adoptar en forma conjunta los precios de NEBA, GigADSL y ADSL-IP, sin embargo se resolvió adoptando la medida cautelar para establecer los precios de GigADSL y ADSL-IP, sin analizar los precios del acceso desagregado y de NEBA cobre y NEBA fibra de forma conjunta y sin tener en cuenta los datos definitivos de las consultoras externas contratadas. Asimismo alega que en otro supuesto análogo la Comisión llegó a la conclusión de que no existían razones de urgencia que justifiquen la regulación de los precios del servicio de acceso al bucle desagregado en vía cautelar.

Por último, alega que la medida cautelar ha provocado un perjuicio económico injustificado a la recurrente, existiendo medidas cautelares alternativas como el establecimiento conjunto de la medida cautelar solicitada por TESAU para los servicios de acceso desagregado o adoptar una desregulación de los servicios, además de no favorecer a los usuarios finales. Se concluye que la CMT ha incurrido en arbitrariedad, siendo la resolución nula de pleno derecho.

3.- Ausencia de ponderación del interés general e interdicción de la arbitrariedad.

Se alega que la medida cautelar adoptada ni beneficia el usuario final en los precios ni asegura los incentivos económicos suficientes para garantizar el desarrollo de redes alternativas, la inversión eficiente y la competencia sostenible, de acuerdo con el artículo 13.2 de la Directiva de Acceso. La medida adoptada beneficia el interés particular de los operadores pero no el interés general.

TERCERO: El Abogado del Estado se opone al recurso, invocando la inadmisibilidad del mismo por incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 45.2.d) LJCA, al no aportar la actora con el escrito de interposición el correspondiente acuerdo societario que acredite su voluntad clara e inequívoca de accionar contra la resolución impugnada. Y en cuanto al fondo, razona que la medida cautelar se adoptó al amparo del artículo 72 de la Ley 30/1992; que es incierta la afirmación de que se tardó nueve meses en adoptar la medida, desde el momento en que fue solicitada, pues la solicitud se efectuó el 13 de enero de 2012 y la medida se adoptó en resolución de 3 de mayo de 2012, plazo necesario para dar cumplimiento a todos los trámites requeridos para la adopción de la medida, sin que quepa computar los meses transcurridos en la tramitación del recurso de reposición, pues la medida estaba en vigor desde el momento en que fue adoptada; la urgente necesidad de la medida está debidamente explicada y razonada en la resolución de 3 de mayo de 2012 y en la documentación aportada por la propia actora con el escrito de demanda, pues los precios de los servicios estaban totalmente desactualizados y los trámites para llevar a cabo su actualización se iban a demorar, ya que, entre otros, era necesaria la consulta nacional y la notificación a la Comisión Europea; concurre la apariencia de buen derecho a la solicitud de la medida, pues los precios fijados en septiembre de 2009 sobre la modificación de los servicios de acceso mayorista de banda ancha y sobre la base de los resultados de la contabilidad de costes de TESAU de 2007, quedaban desfasados respecto de los últimos resultados de contabilidad de costes correspondientes al ejercicio 2009; habiendo quedado demostrado por el paso del tiempo que el procedimiento para llevar a cabo la revisión definitiva de los precios se ha demorado, de hecho, en resolución del 19 de julio de 2012 se adoptaron medidas cautelares en relación con los precios de NEBA, permaneciendo en vigor ambas medidas en tanto no termine el procedimiento de determinación de los precios de los servicios de acceso de banda ancha al por mayor que TESAU ofrece a otros operadores, constando que en resolución de enero de 2013 se acordó por la CMT abrir el trámite de información pública y solicitar informe a la Comisión Nacional de la Competencia en relación con un proyecto de medida sobre los precios de los servicios GigADSL, ADSL-IP y NEBA. Añade que la alegación de la actora de que no procedía la medida estando próxima la desregulación de los servicios GigADSL y ADSL-IP, una vez operativo el servicio NEBA, carece de virtualidad por cuanto aquellos servicios no iban a ser desregulados en fechas próximas, tal como se razona en las resoluciones recurridas. La implantación del servicio NEBA se ha retrasado a petición de TESAU, tal como consta acreditado en las resoluciones que se aportan, destacando la de 11 de abril de 2013 sobre proceso de migración de los servicios mayoristas GigADSL y ADSL-IP al nuevo servicio NEBA, que pone en evidencia que este nuevo servicio no se encuentra plenamente operativo. Por otra parte, como se indica en la resolución impugnada, no está previsto que el servicio NEBA vaya a tener la cobertura completa de los servicios GigADSL y ADSL-IP, por lo que estos tendrán continuidad como servicios regulados, al menos en las zonas sin cobertura del servicio NEBA. En cuanto a la proporcionalidad de la medida se remite el Abogado del Estado a lo razonado en la resolución recurrida.

CUARTO: La codemandada, ASTEL, se opone también al escrito de demanda, rebatiendo los motivos de impugnación invocados en ella.



En la misma línea argumental sostenida por el Abogado del Estado, insiste en que la medida cautelar se adoptó porque existía una situación de urgencia en la corrección de los precios y ante la previsión de que el procedimiento principal donde se estaban estudiando los mismos se iba a retrasar ostensiblemente dada la complejidad de la misma, lo que hacía necesaria la adopción de medidas inmediatas de corrección, y además porque existían elementos suficientes para estimar que los precios que venía obteniendo TESAU no estaban actualizados a los costes, y aun cuando no estuviesen concluidos los informes de las consultoras externas contratadas para el análisis de costes. Se reitera que en el momento de adoptarse la medida estaba claro que no iba a ser posible una desregulación de los servicios GigADSL y ADSL-IP en un plazo breve, entre otras razones porque se iba a necesitar una labor posterior de la CMT de supervisión de disponibilidad del nuevo servicio, cuya entrada en funcionamiento se iba a retrasar. Por otra parte, tal como se establece en la resolución del 11 de abril de 2013 sobre procesos de migración de los servicios mayoristas GigADSL y ADSL-IP al nuevo servicio NEBA, el proceso de sustitución de esos servicios por el nuevo no podía ser tan inminente como pretende reflejar la entidad demandante; y además los servicios mayoristas no se van a eliminar completamente, pues existen zonas en las que no tendrá cobertura el servicio NEBA. Se rechazan los argumentos de la actora en cuanto a la no concurrencia del requisito de apariencia buen derecho y a la falta de proporcionalidad e idoneidad de la medida.

QUINTO: 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 parcos 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 las 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.

SEXTO: 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, entendiéndose 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."

Procede, en consecuencia, la desestimación del presente recurso.

SÉPTIMO: En atención a lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA, procede la condena en costas a la parte recurrente.

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

FALLAMOS



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.

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, 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