



Roj: **STS 816/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:816**

Id Cendoj: **28079130032019100067**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **12/03/2019**

Nº de Recurso: **1130/2018**

Nº de Resolución: **315/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5339/2017,**  
**ATS 5155/2018,**  
**STS 816/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 315/2019**

Fecha de sentencia: 12/03/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1130/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/02/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.8

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: ELC

Nota:

R. CASACION núm.: 1130/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 315/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech

D. Jose Maria del Riego Valledor

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 12 de marzo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado bajo el número 1130/2018, interpuesto por la procuradora doña M<sup>a</sup> del Carmen Ortiz Cornago, 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 15 de diciembre de 2017, dictada en el recurso contencioso-administrativo 340/2016 contra la resolución de 5 de mayo de 2016 dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Han sido partes recurridas la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (Astel) representada por el Procurador D.Alberto Hidalgo Martínez y la Administración del Estado representada 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 340/2016, la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia el 15 de diciembre de 2017, cuyo fallo dice literalmente:

"Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de TELEFONICA DE ESPAÑA SAU contra la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 5 de mayo de 2016 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho.

Con condena a la parte actora al pago de las costas."

El Tribunal de instancia fundamenta su decisión de desestimar el recurso contencioso-administrativo con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

"CUARTO.-La parte actora alega que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad porque la CMC dispone de la facultad de modificar las Ofertas de referencia, con el fin de hacer efectivas las obligaciones preexistentes, que hubieran sido impuestas a los operadores con poder significativo de mercado, relativas al deber de: 1) transparencia, 2) no discriminación, 3) separación de cuentas, 4) acceso a recursos específicos de las redes y a su utilización y 5) sobre control de precios y contabilidad de costes. Ahora bien, la CNMC no puede ejercer dicha facultad separándose del principio de proporcionalidad que sientan el artículo 13.4 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo General de Telecomunicaciones y 4.2 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (Reglamento de mercados), en relación con el art. 12.6 LGTel.

Entiende la actora que el principio de proporcionalidad está íntimamente ligado con el principio de intervención mínima, y en consecuencia, para proceder a la modificación de la oferta AMLT debió haberse realizado un análisis en torno a su necesidad desde la óptica de la sustituibilidad de la oferta y la demanda, "desde una perspectiva prospectiva".

Analiza la cuota de mercado de Telefónica, el hecho de que es decreciente, y que es inestable, sin que ha CNMC haya analizado la referida sustituibilidad oferta/demanda mas que para mencionar que puesto que *"para un operador alternativo no siempre resulta económicamente viable desplegar red propia, o acudir a instrumentos mayoristas más avanzados (como puede ser la provisión de líneas arrendadas a través de la oferta ORLA) o no específicamente adaptados a las necesidades concretas del cliente (como podría ser la desagregación del bucle o alternativas mayoristas equivalentes para prestar exclusivamente servicios de telefonía)."*

Cita en apoyo de su tesis la Recomendación de la Comisión de 9 de octubre de 2014 que, sostiene, *"ya ordenaba a la CNMC hacer test de los tres criterios sobre el mercado 2, para determinar la conveniencia de continuar regulado dicho mercado, o si, por el contrario, era posible levantar las obligaciones vigentes aplicables a Telefónica, según nos recuerda la Resolución de la CNMC de 17 de enero de 2017 dictada en el anterior expediente Expte.: ANME/DTSA/364115/MERCADOS 1 y 2- REC.2007,".*

El motivo no puede prosperar: la justificación recogida por la CNMC no por breve es insuficiente. Pone de manifiesto que *"para un operador alternativo no siempre resulta económicamente viable desplegar red propia, o acudir a instrumentos mayoristas más avanzados (como puede ser la provisión de líneas arrendadas a través de la oferta ORLA) o no específicamente adaptados a las necesidades concretas del cliente (como podría ser la desagregación del bucle o alternativas mayoristas equivalentes para prestar exclusivamente servicios de telefonía)"*.

La actora considera que, pese a reconocer su elevada cuota de mercado, tal circunstancia no basta, y así la Administración debería haber previsto y analizado si la referida elevada cuota es o no estable utilizando diversos indicadores.

No puede considerarse infringido el principio de proporcionalidad porque la Administración se haya limitado a constatar la actual (actual en la fecha relevante) cuota de mercado cuando se detalla la relevancia del servicio AMLT en el mercado, el nivel de competencia en el mismo, la relevancia del operador dominante, y la necesidad de promover la competencia efectiva y el equilibrio de los participantes en el mercado en cuestión.

Como señalan el Abogado del Estado y la codemandada, la resolución recurrida justifica (apartado 11.9.8) la inclusión en el AMLT solo de las facilidades empresariales que cumplen el criterio de razonabilidad, en concreto las líneas analógicas de enlace y las líneas RDSI Básico de enlace las líneas equivalentes para otros servicios de centralita como centrex o centrex con centralita y todás las facilidades y servicios suplementarios asociados.

En cuanto a la necesidad de llevar a efecto el test de los tres criterios, con referencia a la Recomendación de la Comisión de 9 de octubre de 2014, con carácter previo es preciso recordar que la misma se publicó en el DOUE el día 11 de octubre de 2014 y que en el apartado 5 se dice literalmente:

*"La presente Recomendación debe entenderse sin perjuicio de las definiciones de mercados, los resultados de los análisis de mercados y las obligaciones reguladoras que hayan adoptado las autoridades nacionales de reglamentación de conformidad con el artículo 15, apartado 3, y el artículo 16 de la Directiva 2002/21/CE antes de la fecha de adopción de la presente Recomendación."*

El mercado mayorista de referencia en el supuesto de autos se identificó, definió y analizó en 2008, y tenía vigencia el 5 de mayo de 2016 en que se aprobó la Resolución recurrida. En consecuencia no procedía hacer el test de los tres criterios antes de dictar la Resolución de 5 de mayo de 2016.

Procede en consecuencia desestimar el primer motivo de recurso.

QUINTO.- Telefónica alega en las páginas 14 y ss. de la demanda que el análisis del mercado en el que se incluye el servicio que nos ocupa (el servicio AMLT), y en el que se sustenta la Resolución recurrida se concluyó por la CNMC mediante la Resolución adoptada el día 12 de diciembre de 2008. Considera la actora que los análisis de mercado y sus efectos no tienen una vigencia indefinida, sino que la ley los limita a tres años y excepcionalmente a seis años. En resumen es inválido a su juicio un análisis de mercado tan antiguo o como alega *"no puede constituir una base válida para la introducción de modificaciones... de las obligaciones que se derivaron del mismo"*.

Como ponen de relieve las demandadas, no hay ninguna disposición en la legislación europea ni en la nacional que extinga la vigencia de los análisis de mercado por razón de su duración en el tiempo. Por otra parte, se ha acreditado en el expediente que la propia Administración, entonces la CMT, analizó exhaustivamente el mercado corporativo en el año 2011 en el "Informe sobre la situación competitiva en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas en el segmento empresarial y propuestas de actuación por la CMT (MTZ 2011/652) de marzo de 2011" y ya entonces se puso de manifiesto la necesidad de adoptar medidas en el mercado en cuestión para facilitar la competencia efectiva.

Alega igualmente que se le ha producido indefensión por falta de motivación y en concreto porque la resolución impugnada *"no dedica ni una sola frase a fundamentar por qué no considera de aplicación el anterior artículo 7.3 de la Directiva Marco, en relación con el artículo 5.3.b) del Reglamento de Mercados, todo ello, teniendo en cuenta que el considerando 38 de dicha Directiva, establece una lista no cerrada de situaciones que podrán repercutir sobre los intercambios entre los Estados Miembros y por tanto, sujeta a interpretación. Es precisamente en atención a la naturaleza "abierta" de dicho precepto, por lo que la decisión de la CNMC debió de motivar este extremo"*

La resolución impugnada analiza la solicitud de Vodafone inicial, los posteriores escritos de Euskaltel, BT, Telefónica y Orange, la nueva solicitud de Vodafone, y valora la necesidad de incorporar en la oferta de referencia del servicio AMLT servicios y facilidades que estaban excluidos junto con otras cuestiones planteadas por las operadoras.



Se estudia el sistema de reclamaciones de facturación y se valoran las solicitudes y la oposición de Telefónica, para concluir que no se considera justificado obligar a utilizar un sistema alternativo a NEON dejando a las partes la posibilidad de acordarlo como se ha venido haciendo.

Se estudia a continuación el tema relativo a las facturas de abono de reclamaciones resueltas, se valora detalladamente y se concluye que se añade a la oferta un nuevo apartado 8.3.6. Factura de abono de reclamaciones de facturación aceptadas para que Telefónica permita a los operadores que lo deseen solicitar una factura mensual única de abono de las reclamaciones aceptadas.

Lo mismo en relación con el descuento en AMLT en zona con cobertura de NEBA FTTH y sin cobertura de NEBA cobre: se analiza y valora extensamente y se concluye que Telefónica debe seguir bonificando las cuotas de alta y mensuales del servicio AMLT que son prestadas junto con el servicio de acceso indirecto en aquellas zonas en las que no haya cobertura de NEBA cobre.

En materia de registro de actuaciones de inhabilitación, previo análisis y valoración de las posiciones de las partes se concluye que Telefónica debe registrar en NEON la información suficiente para indicar que una línea ha dejado de tener el servicio AMLT contratado con el operador.

En materia de acuerdos de nivel de servicio de infraestructura, se concluye que no ha lugar a modificar el ANS de resolución de averías.

Respecto del servicio de reinstalación de PTR se concluye que es procedente incluir en la oferta AMLT la posibilidad de solicitar la instalación de PTR en líneas ya activas, refiriendo a la OBA el plazo máximo y las condiciones económicas aplicables.

En materia de inclusión de servicios empresariales, se analiza la solicitud de Vodafone, las facilidades solicitadas por los operadores, la necesidad de incluir funcionalidades para el segmento empresarial del mercado 2, la necesidad del servicio AMLT en el segmento empresarial, la incorporación de las nuevas funcionalidades a la oferta AMLT sobre la base de la regulación actual, el servicio de reventa propuesto por Telefónica, las líneas y las facilidades empresariales a incluir, la implantación y provisión de las facilidades empresariales, el alquiler y mantenimiento de terminales y centralitas, el servicio centrex, el ANS de provisión y las reclamaciones de provisión y facturación, los precios, y en cada apartado se va alcanzando una concreta conclusión, por ejemplo, que la oferta AMLT es el lugar adecuado para con un marco claro e idóneo incorporar las líneas de enlace y ofrecer las garantías necesarias a fin de que la CNMC pueda supervisar el cumplimiento de la obligación y en caso de conflicto se puedan resolver las discrepancias entre las partes.

Se analiza a continuación la contraprestación económica por rechazo en el alta AMLT, con la conclusión correspondiente, modificar el extremo relativo al envío y recepción de solicitudes por correo electrónico, y así sucesivamente con detalle todas y cada una de las cuestiones suscitadas por los operadores.

Frente a esta exposición detallada y coherente de las cuestiones suscitadas, la valoración de las alegaciones de los operadores y las concretas conclusiones alcanzadas por la CNMC la actora alegó que el análisis de mercado no ha sido prospectivo y que se le ha causado indefensión por falta de motivación de la resolución impugnada al amparo del art. 7.3 de la Directiva 2002/21/CE que considera de aplicación a las obligaciones preexistentes.

La alegación no puede prosperar. Como resulta del expediente, y de los propios precedentes administrativos y judiciales, esta resolución de la CNMC no es sino una continuación, en el marco regulatorio, de un conjunto de actuaciones del órgano administrativo encargado de la regulación. Puesta de manifiesto la situación existente en el mercado en cuestión, y en concreto, la imposibilidad de replicar ofertas comerciales en el mercado empresarial, se adoptan medidas, que, como señalamos, no aparecen de la nada, sino que tienen un fundamento.

En primer lugar, en los análisis del mercado mayorista de 2008 y del mercado minorista de 2009: como alega el Abogado del Estado, "la inclusión en los mercados de referencia, en los que se declaró a Telefónica operador PSM, de todas las líneas RTC (incluyendo el RDSI Básico y el RDSI Primario) ya fue debidamente comunicada a la Comisión Europea en el marco de dichos análisis de mercado, y en dichos procedimientos la Comisión Europea tuvo ocasión de realizar sus comentarios sobre la inclusión en el mercado de las líneas para empresas. La Comisión consideró motivada la inclusión de las líneas empresariales en el mercado y en consecuencia no puso objeciones al análisis de mercado efectuado por el regulador español de mercado, tratando de resolver un problema, por lo que debe mantenerse el interés público y no eliminarse, dado que sólo favorecería a los intereses del operador dominante". Y ligado a estos precedentes, una vez puesta de manifiesto la necesidad de incorporar en la oferta de referencia del servicio AMLT servicios y facilidades que estaban excluidos, se adopta la decisión litigiosa.



Los aspectos más relevantes objeto de modificación, fueron incluidos en el procedimiento que desembocó en la resolución de la CNMC de 17 de enero de 2017, y entonces si fueron notificados a la Comisión Europea, precisamente porque en ese caso se trata de definir y analizar el mercado, lo que no ha tenido lugar en este caso, como la propia recurrente se encarga de poner de relieve.

Por las razones expuestas procede la desestimación de este motivo de recurso.

SEXTO.- La actora alega que la CNMC ha decidido modificar la Oferta AMLT, en los siguientes términos:

#### 11.15.2 Valoración

Se considera justificado que Telefónica deba justificar documentalmente que una avería es inexistente para que esta pueda ser considerada como tal. Debe alinearse la oferta AMLT con la OBA de modo que no podrán ser consideradas como falsas averías aquellas en las que no se pueda determinar la causa que motivó el aviso de avería, bien por la complejidad de la misma o por haber desaparecido los síntomas que dieron lugar a ésta.

#### 11.15.3 Conclusión

Se debe modificar la oferta AMLT añadiendo el siguiente párrafo en el apartado "A.3 Penalización por falsa avería y acceso indebido":

"En ningún caso tendrán la consideración de avería inexistente las siguientes: a) aquellas en las que no se pueda determinar la causa que motivó el Aviso de Avería. bien por la complejidad de la misma o por haber desaparecido los síntomas que dieron lugar a ésta. b) aquellas en las que tras las pruebas de diagnóstico Telefónica no acredite documentalmente al operador que la causa de la avería se encuentra en la red responsabilidad del operador, en sus equipos o en los de sus clientes directos. "

Sostiene que con esta modificación de texto lo que realmente se le está imponiendo a TELEFONICA es la obligación de asumir una responsabilidad objetiva per se sobre cualquier avería iniciada por un tercer operador cuya causa no puede determinarse, ya sea por su complejidad o porque la misma ya no existe y/o no pueda ser probada. Esta obligación es contraria a los principios de equidad y objetividad.

En relación con la cuestión de las llamadas falsas averías, es preciso recordar que esta Sala dictó sentencia el día 3 de diciembre de 2015 en el recurso contencioso administrativo nº 257/13, promovido TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U. (TESAU) contra resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 26 de noviembre de 2013 en materia de penalizaciones por notificación de falsas averías sobre bucles desagregados en cualquiera de las modalidades existentes. La sentencia es desestimatoria y fue declarada firme el día 29 de abril de 2016.

En relación con la alegación de que se le está imponiendo a TELEFONICA la obligación de asumir una responsabilidad objetiva per se sobre cualquier avería iniciada por un tercer operador cuya causa no puede determinarse, de la propia lectura de la resolución de la CNMC resulta una conclusión contraria: " Se considera justificado que Telefónica deba justificar documentalmente que una avería es inexistente para que esta pueda ser considerada como tal. Debe alinearse la oferta AMLT con la OBA de modo que no podrán ser consideradas como falsas averías aquellas en las que no se pueda determinar la causa que motivó el aviso de avería, bien por la complejidad de la misma o por haber desaparecido los síntomas que dieron lugar a ésta".

Y, por otra parte, como resulta de la prueba documental practicada a instancias del Abogado del Estado, la medida que TELEFÓNICA recurre fue propuesta por ella misma en el año 2003 cuando solicitó incluir por primera vez las averías inexistentes, y su penalización. En su escrito de 17 de enero de 2003 Telefónica señala "6.- Justificación para el cobro, por parte de Telefónica de España," y "7.15.6. Códigos de franqueo de los avisos de avería y asociación como avería inexistente." una serie de condiciones y requisitos sustancialmente iguales a los ahora establecidos, y alegadamente contrarios a los principios de equidad y objetividad.

Por el conjunto de razones expuestas procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo."

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la mercantil TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U., que la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante Auto de 12 de febrero de 2018 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 14 de mayo de 2018 , cuya parte dispositiva dice literalmente:



1º) Admitir el recurso de casación preparado por la representación procesal de Telefónica de España, S.A.U. contra la sentencia de 15 de diciembre de 2017, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el procedimiento ordinario núm. 340/2016.

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar la interpretación que haya de darse a lo dispuesto en el artículo 7.3 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, a la luz del artículo 13 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, en lo concerniente a la necesidad de tener que efectuar un nuevo análisis de los mercados de referencia previamente a la modificación de una Oferta de referencia relativa a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, cuando se han rebasado los plazos establecidos por el artículo 13 LGTel desde que se llevó a cabo el anterior análisis, y la incidencia que sobre dicha cuestión pueda tener la STJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-277/16.

3º) Se ordena publicar este Auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

4º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos. "

**CUARTO.-** Por diligencia de ordenación de 31 de mayo de 2018, se acuerda que, recibidas las presentes actuaciones procedentes de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, y una vez transcurra el plazo de treinta días que el artículo 92.1 de la Ley de esta Jurisdicción establece para la presentación del escrito de interposición del recurso de casación, se acordará. La procuradora doña Carmen Ortiz Cornago, en representación de la mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., presentó escrito de interposición del recurso de casación el 29 de junio de 2018, en el que tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

"que mediante este escrito tenga por **INTERPUESTO RECURSO DE CASACIÓN** contra la contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección octava) de la Audiencia Nacional, de 15 de diciembre de 2017, dictada en el procedimiento ordinario 340/2016 y, en sus méritos, lo admita a trámite, y tras el procedimiento correspondiente dicte sentencia por la que case la Sentencia recurrida, por infracción del artículo 13 de la LGTel y 16 de la Directiva Marco, en relación con el principio de legalidad, con imposición de costas a la parte demanda."

**QUINTO.-** Por diligencia de ordenación de 5 de julio de 2018, se tiene por interpuesto recurso de casación, y se acuerda dar traslado del escrito de interposición a las partes recurridas y personadas para que pueda oponerse al recurso en el plazo de treinta días, lo que se efectuó con el siguiente resultado:

El Abogado del Estado presentó escrito de oposición el 5 de septiembre de 2018, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

"que teniendo por presentado este escrito se desestime el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida. Con costas."

El Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, en representación de la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) presentó escrito de oposición el 11 de septiembre de 2018, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

"Que tenga por formulado el presente **ESCRITO DE OPOSICIÓN** al Recurso de Casación interpuesto por Telefónica de España S.A.U. contra la Sentencia de la Sala Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, sección octava, de 15 de diciembre de 2017, dictada en el recurso contencioso administrativo nº 340/2016, para que, en su virtud, y previos los trámites legales oportunos, dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso de casación formulado de adverso, confirmando todos los extremos de la Sentencia recurrida y acordando imponer a la recurrente las costas procesales correspondientes."

**SEXTO.-** Por providencia de 13 de diciembre de 2018, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 26 de febrero de 2019, fecha en que tuvo lugar el acto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación: El asunto litigioso y la sentencia impugnada dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de diciembre de 2017.



El recurso de casación que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal de Telefónica de España, S.A.U., al amparo de los artículos 86 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, tiene por objeto la pretensión de que se revoque la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de diciembre de 2016, que desestimó el recurso contencioso administrativo formulado por la representación procesal de la citada mercantil, contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 5 de mayo de 2016, sobre la modificación de la oferta de Acceso Mayorista a la Línea Telefónica (AMLT).

El Tribunal de instancia fundamenta la desestimación del recurso contencioso-administrativo con base en la apreciación de que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no ha vulnerado el principio de proporcionalidad enunciado en el artículo 13.4 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, al modificar la Oferta de Acceso Mayorista a la Línea Telefónica, en cuanto considera suficiente la justificación de la resolución adoptada.

En la sentencia impugnada se rechaza que sea necesario llevar a cabo el test de los tres criterios, con referencia a la Recomendación de la Comisión Europea de 9 de octubre de 2014, puesto que se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea del 11 de octubre de 2014, con posterioridad a la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia cuestionada.

Descarta el Tribunal sentenciador que proceda declarar la invalidez de la definición del mercado de referencia en la que se sustenta la motivación de la Oferta AMLT, pues cabe tener en cuenta que el expediente se inició a instancia de Orange Espagne, S.A., que presentó escrito el 5 de marzo de 2015 ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con el objeto de que se incluyera en la Oferta AMLT los servicios suplementarios de grupo cerrado de usuarios, red privada virtual y los servicios tipo centralita destinados al segmento empresarial.

Se pone de relieve que la resolución se adopta en un procedimiento que es continuación del de las decisiones adoptadas por el Organismo Supervisor, en el marco regulatorio de la prestación de los servicios AMLT por el operador dominante, que parte como premisa del análisis del mercado mayorista de 2008 y del mercado minorista de 2009, en la que se declaró a Telefónica operador PSM de todas las líneas RTC, que no fueron objetados por la Comisión Europea.

El recurso de casación se fundamenta en la infracción del artículo 7.3 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, en relación con el principio de legalidad que concede el artículo 103 de la Constitución y del artículo 16 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), transpuesto al ordenamiento jurídico interno en el artículo 13 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Se aduce al respecto que las normas que se reputan infringidas no distinguen, a efectos de procedimiento, las situaciones de imposición de obligaciones al operador con poder significativo en el mercado para corregir una quiebra competitiva de las situaciones de modificación de una oferta de referencia, por lo que en ambos casos debe realizarse ex ante el análisis del mercado en los plazos regulados legalmente previstos.

Asimismo se alega que la facultad de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de introducir cambios en la oferta de referencia para hacer efectivas las obligaciones impuestas no puede desvincularse del procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley General de Telecomunicaciones o el artículo 16 de la Directiva Marco tanto para salvaguardar la seguridad de los operadores en el mercado como para garantizar que las obligaciones ex ante sean apropiadas, en términos sustantivos, esto es proporcionadas y justificadas en orden al cumplimiento de los objetivos previstos en la normativa.

**SEGUNDO.- Sobre la formación de jurisprudencia relativa a la interpretación del artículo 7.3 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, en relación con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.**

La cuestión sobre la que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debe pronunciarse se centra en determinar si a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la autoridad nacional de competencia, en este caso la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, está obligada a realizar un mero análisis del mercado pertinente cuando, pretenda introducir cambios en las ofertas de referencia relativas a redes y servicios de comunicación electrónica, en los mismos términos que resulta



exigible en el procedimiento de imposición de obligaciones a los operadores con poder significativo en el mercado con el objetivo de garantizar el entorno de competencia efectiva.

Según se expone en el Auto de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 14 de Mayo de 2018 , la controversia jurídica que se suscita, consiste en determinar la interpretación que haya de darse a lo dispuesto en el artículo 7.3 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre , a la luz del artículo 13 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo , en lo concerniente a la necesidad de tener que efectuar un nuevo análisis de los mercados de referencia previamente a la modificación de una Oferta de referencia relativa a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, cuando se han rebasado los plazos establecidos por el artículo 13 de la Ley General de Telecomunicaciones desde que se llevó a cabo el anterior análisis, y la incidencia que sobre dicha cuestión pueda tener la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017 (asunto C-277/16 ).

A tal efecto, procede poner de manifiesto que la respuesta jurisdiccional que demos comporta resolver si, tal como propugna la defensa letrada de la mercantil recurrente, la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional impugnada infringe el artículo 7.3 del Real Decreto 2296/2004 , al sostener que en este procedimiento de modificación de la Oferta de Acceso Mayorista a la Línea Telefónica -iniciado a instancia de Vodafone- no procedía realizar un mero análisis de mercado teniendo en cuenta que el análisis de mercado de referencia, efectuado en 2008, en que se sustentó la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, estaba vigente cuando se adoptó dicha resolución, y que no hay ninguna disposición en la normativa comunitaria europea ni en la normativa nacional que contemple la extinción de la vigencia de los análisis de mercado por el transcurso del tiempo, tomando en consideración que el expediente incoado constituye una continuación de las decisiones adoptadas en ejecución del marco regulatorio de los servicios AMLT.

Esta Sala sostiene que el Tribunal de instancia no ha efectuado una interpretación irrazonable del artículo 7.3 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, que dispone: " La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones a las que se refiere este capítulo y establecerá, para cada tipo de oferta de referencia, el procedimiento para su aplicación y, en su caso, los plazos para la negociación y formalización de los correspondientes acuerdos de acceso; también entenderá de los conflictos que en relación con estos accesos se planteen entre los operadores, tanto durante la negociación de los acuerdos como durante su ejecución, de conformidad con lo establecido en el artículo 23.3.a) . ", al declarar que es ajustado a Derecho la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 5 de mayo de 2016, que acuerda la modificación de la oferta de Acceso Mayorista a la Línea Telefónica (AMLT), a pesar de que fue adoptada sin llevar a cabo un nuevo análisis del mercado de forma específica, porque constatamos que en la fundamentación jurídica de la citada resolución se realiza una valoración de las características del mercado relativo a la prestación de servicios AMLT, con base en el examen de la información aportada por todos los operadores que formularon alegaciones en el expediente, que evidencia la necesidad de incorporar a la oferta de referencia AMLT servicios y facilidades actualmente excluidos para garantizar una competencia efectiva.

Debe significarse al respecto que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 4 del Real Decreto 2296/2004 ,los análisis de mercado deben realizarse por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia con carácter preceptivo y ex ante cuando pretenda imponer obligaciones a un operador con poder significativo en el mercado o cuando se proceda a su supresión, pero no así cuando se trate del mantenimiento o modificación de las obligaciones, salvo que en los procedimientos iniciados a instancia de parte, cualquiera de los operadores implicados acredite una alteración significativa de la condiciones competitivas del mercado que requiera una revisión de las obligaciones impuestas.

En este sentido, cabe subrayar que, con arreglo al artículo 16 de la Directiva Marco , la autoridad nacional de regulación competente debe identificar y definir ex ante los mercados que pueden ser objeto de regulación, es decir, los mercados que pueden justificar la imposición de obligaciones específicas a los operadores con peso significativo en el mercado, sin que tenga que realizar un nuevo análisis del mercado cuando, disponiendo de datos actualizados y contrastados, pretenda introducir cambios en el marco regulatorio anteriormente adoptado, para hacer que el mercado sea realmente competitivo .

Por ello, no compartimos la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la mercantil recurrente, que trata de equiparar, desde la perspectiva procedimental, sin cobertura normativa concreta, los supuestos de imposición de obligaciones a las empresas con poder significativo en el mercado, los supuestos de modificación de las ofertas de referencia, argumentando que la introducción de cambios en la oferta AMLT





solo puede realizarse con base en un nuevo análisis del mercado realizado de conformidad y en los plazos temporales previstos en el artículo 13 de la Ley General de Telecomunicaciones .

La interpretación funcional de las disposiciones de la Ley General de Telecomunicaciones y del Reglamento de mercados que propugnamos esta avalada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017 (C-277/16 ), que ha considerado, interpretando el artículo 16 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, que la autoridad nacional de regulación puede modificar la imposición de determinadas obligaciones a un operador con peso significativo en un determinado mercado, sin que sea necesaria la realización de un nuevo análisis de mercado adicional siempre que su adopción se base en datos actuales y contrastados y se justifique que dichas obligaciones son adecuadas y proporcionadas con respecto a la índole del problema, para garantizar la competencia efectiva.

Por lo expuesto en los razonamientos anteriores, esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo formula la siguiente doctrina jurisprudencial:

El artículo 7.3 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, en relación con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y el artículo 16 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 resulta exigible que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realice un análisis de mercado adicional del mercado de referencia relativo a redes y servicios de comunicación electrónica en aquellos supuestos en que concurren circunstancias que el Organismo supervisor aprecie que el análisis del mercado precedente ha quedado obsoleto o ha perdido vigencia por el transcurso del tiempo, así como cuando el operador con peso significativo en el mercado o los otros operadores implicados demuestren que se ha producido una alteración sustancial de las condiciones de competitividad del mercado, que requiera la introducción de cambios en la oferta de referencia y, en su caso, la imposición o supresión de determinadas obligaciones al operador dominante para garantizar los objetivos previstos en el artículo 16 de la Directiva Marco , referidos a que el mercado de referencia sea realmente competitivo.

En consecuencia con lo razonado, debemos declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Telefónica de España, S.A.U. contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de diciembre de 2016, dictada en el recurso contencioso-administrativo 340/2016 .

### **TERCERO.- Sobre las costas procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas de recurso de casación a ninguna de las partes.

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido , una vez fijada la doctrina jurisprudencial acerca de la interpretación del artículo 7.3 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, en relación con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y el artículo 16 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):

Primero.- Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Telefónica de España, S.A.U. contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de diciembre de 2016, dictada en el recurso contencioso-administrativo 340/2016 .

Segundo.- No procede la imposición de las costas de recurso de casación a ninguna de las partes.

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

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas

Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor



Diego Cordoba Castroverde Angel Ramon Arozamena Laso

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ