



Roj: **SAN 4958/2014 - ECLI: ES:AN:2014:4958**

Id Cendoj: **28079230082014100706**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **24/11/2014**

Nº de Recurso: **31/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4958/2014,**
STS 4024/2017

SENTENCIA

Madrid, a veinticuatro de noviembre de dos mil catorce.

VISTOS por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **31/2013**, promovido por la Procuradora de los Tribunales **D^a. Ana Llorens Pardo**, en nombre y representación de **Telefónica de España, SAU**, contra Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 22 de noviembre de 2012, que desestima recurso de reposición interpuesto por la actora contra resolución de dicha Comisión, de fecha 5 de julio de 2012, sobre revisión de la oferta mayorista de acceso a registros y conductos (Resolución MARCo).

Ha sido parte recurrida la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, representada por el Abogado del Estado y **Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL)** representada por el Procurador de los Tribunales **D. Alberto Hidalgo Martínez**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución indicada, la parte recurrente interpuso recurso contencioso administrativo. Reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos. Termina suplicando a la Sala que dicte sentencia por la que se estime el recurso, anulando determinadas obligaciones impuestas a la recurrente, así como la no inclusión de anexos en materia de prevención de riesgos laborales y el plazo establecido para la instalación del operador, con imposición de costas a la administración demandada.

SEGUNDO.- Emplazado el Abogado del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia desestimatoria del recurso.

ASTEL contestó la demanda mediante escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Se practicó la prueba solicitada y admitida por la Sala, las partes presentaron, por su orden, escrito de conclusiones y las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, la cual tuvo lugar el día 5 de noviembre de 2014.

CUARTO.- La cuantía de este recurso es indeterminada.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**, quien expresa el parecer de la Sala.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente al acto que es objeto de recurso en el presente procedimiento, hemos dictado sentencia de fecha 26 de julio de 2013, recurso DF14/12 , interpuesto por la misma recurrente. También hemos dictado la sentencia de 10 de octubre de 2014, recurso 647/2012 , interpuesto por Colt Technology Services, SAU., ambos en sentido desestimatorio.

Decíamos en el primero de los citados recursos <<Conforme señala la parte recurrente MARCo es un servicio de Telefónica que proporciona a los demás operadores la posibilidad de utilizar galerías de cables, cámaras 0, conductos, cámaras de registro, arquetas y postes de Telefónica, y este acceso es necesario para el despliegue de redes de nueva generación para los operadores alternativos. También se reconoce por la parte actora que la oferta mayorista MARCo fue aprobada de forma inicial por resolución de la CMT de 19 de noviembre de 2009, que ahora se revisa mediante la resolución que es objeto de impugnación>>.

Y citamos el antecedente de las citadas sentencias, pues el motivo de impugnación referido a la obligación de suministrar acceso permanente supervisor a la CMT ya ha sido resuelto, en el ámbito de la pretendida vulneración de derechos fundamentales. Se alega en el presente recurso que dicha obligación vulnera el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones e infringe la interdicción de las investigaciones prospectivas, así como las garantías previstas para la práctica de inspecciones, siendo una medida desproporcionada. Se trata del punto quinto de la resolución de la CMT de 5 de julio de 2012, que literalmente dice: "Telefónica facilitará a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el alta con perfil de supervisor a los sistemas de provisión, gestión de incidencias y visualización del servicio MARCo en NEON, CARPE Y ESCAPEX, de forma que pueda supervisar la información de infraestructuras y consultar las solicitudes de todos los operadores autorizados, disponiendo de las mismas capacidades de consulta que la propia Telefónica".

Decíamos en la sentencia dictada en el recurso 14/2012 , seguido por el procedimiento de protección de derechos fundamentales:

<<Señala la parte recurrente que el acceso que se pretende -con perfil de supervisor-, supone que la CMT pueda acceder a todas las interacciones que, a través de la correspondiente página Web, se realizan entre Telefónica y otros operadores y se tendrá acceso al ingente conjunto de información que se integra en la base de datos del servicio MARCo y puntualiza: "datos de los operadores; histórico con las peticiones recibidas, los datos de validación, las memorias descriptivas, las actas de replanteo, formularios posteriores al replanteo; y las incidencias, con el contenido de los trabajos, datos personales de los trabajadores que intervienen en las incidencias y facturación, incluyendo los pdf con los documentos incorporados al sistema y los correos electrónicos cruzados entre los intervinientes en cada incidencia".

La parte señala que el perfil de supervisor implica una facultad de gran trascendencia, tanto cuantitativa - acceso a la totalidad de la información-, cualitativa - acceso a materias sensibles- y subjetiva -se otorga a la CMT la llave de acceso al sistema y de forma libérrima-.

La parte considera que la resolución recurrida vulnera los siguientes Derechos Fundamentales: Derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 CE , en su vertiente de "intimidad negocial"; Derecho a la defensa y otros recogidos en el artículo 24 CE , en cuanto la actuación de la CMT supone implantar una investigación prospectiva; y Derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE .

(...) El Acuerdo de la CMT, responde las alegaciones de Telefónica sobre vulneración de derechos fundamentales, en los siguientes términos:

"2.1. El mero acceso en modo consulta a una plataforma informática no puede calificarse en modo alguno de "intervención", ya que no se pretende modificar los datos contenidos en la misma ni orientar en modo alguno la actividad de los usuarios ...el acceso en modo lectura por parte de esta Comisión a interfaces de comunicación entre operadores no es un hecho excepcional y aislado fruto de este procedimiento, sino que ya ha sido exigido anteriormente, por ejemplo en materia de acceso al nodo central de portabilidad móvil para el correcto cumplimiento de sus atribuciones en esta materia...

2.2. En el mismo sentido, es importante señalar que, en contra de lo afirmado por TESAU, la presente medida responde a los mismos objetivos (control de una Oferta Mayorista regulada, en este caso, la oferta MARCo) y es de una intensidad equiparable a la medida impuesta por esta Comisión mediante la Resoluciónen relación con el acceso por la CMT a los módulos de la plataforma NEON responsables de la gestión de información, averías e incidencias de provisión del conjunto de servicios mayoristas ofrecidos al amparo de ofertas reguladas.



2.3 Tampoco cabe calificar este acceso como medida "desproporcionada", pues guarda directa relación con el objetivo que se persigue, que es precisamente la supervisión de las obligaciones específicas que TESAU tiene en relación con sus servicios mayoristas...

2.4. Para que esta supervisión sea efectiva es necesario disponer de información de primera mano, cosa que no está garantizada en el caso de apoyarse en informes facilitados por la parte supervisada ...información que, como se deduce del propio texto recurrido, procederá de todos los aspectos del servicio mayorista a supervisar (gestión de las solicitudes de provisión y su progresión por los sistemas, ciclo de vida de las incidencias asociadas a estos procesos de provisión, gestión de las averías asociadas al servicio, y servicios de información asociados a las infraestructuras de soporte y planta), dado que todos estos aspectos generan información que, como tal, es gestionada por la plataforma NEON (y actualmente, las plataformas CARPE/ EXCAPEX). El acceso supervisor por parte de esta Comisión a esta información se limita por tanto a la mera labor de supervisión del correcto funcionamiento en la prestación del servicio mayorista regulado, conforme a los parámetros y obligaciones que TESAU ha debido asumir en tanto operador con poder significativo de mercado.

2.5. Además, dicha supervisión se verificaría mediante el acceso a la información por los medios ya dispuestos por TESAU para el resto de usuariosesta Comisión se limita por tanto a hacer uso de una herramienta que TESAU ha debido implementar y poner a disposición de terceros, en aras a garantizar la efectividad en el funcionamiento de la citada herramienta.

2.6. Respecto de la causa inmediata que justifica la medida, es notoria para esta Comisión, y a ello se ha referido en varias de sus Resoluciones sobre otras Ofertas Mayoristas: la existencia de una cierta conflictividad en las relaciones entre TESAU y los operadores que hacen uso de sus servicios mayoristas. A fin de resolver posibles situaciones contradictorias ...el acceso a la citada información permitirá a la Comisión disponer además de los instrumentos adecuados para ir perfilando las áreas que son susceptibles de mejora en la provisión de servicios mayoristas, en el caso que del análisis de la información disponible se detecten deficiencias que requieran su modificación.

2.7....la presente medida se enmarca dentro de las obligaciones de transparencia en el sentido más evidente del término, entendida como una obligación mayorista esencial para garantizar el desarrollo del mercado en condiciones de competencia efectiva....

2.9. Por último, y debido a todo lo anterior, no cabe calificar esta medida de supervisión regulatoria como una inspección, ni una "inspección continua", porque no lo es. No persigue unos objetivos particulares, ni está limitada en el tiempo, ni tiene la consideración formal de actuación previa a la incoación de un expediente sancionador. Obviamente, si el análisis de estos datos ofreciese indicios de que se está cometiendo una infracción, ello podría dar lugar a la realización de una inspección formal que eventualmente lo constatare, pero como una actividad completamente separada e independiente de la ahora considerada, y en un procedimiento ad hoc, diferente de las actividades supervisoras. Es decir, cualquier actividad de inspección a resultados de la cual pudiera derivarse la existencia de responsabilidad del operador declarado con poder significativo de mercado (OPSM) sería un procedimiento diferente y singular y estaría en todo caso sometida a los cauces legalmente previstos...".

Se trata, por tanto, de un acceso en modo consulta, lo cual nos parece que es relevante en cuanto a las posibilidades de la CMT de obtener información más allá de lo solicitado. La medida tiene antecedentes, conforme se ha reflejado y tiene relación directa con la prestación que corresponde a TESAU de servicios mayoristas. El cumplimiento de las funciones supervisoras de la CMT tiene mejor plasmación mediante el acceso que se pretende. Y la información que se pretende obtener está especificada de forma taxativa en el propio Acuerdo. Y se especifica también cuál es el alcance que se pretende del acceso supervisor. Y la medida tiene como causa inmediata los conflictos que han surgido entre operadores.

(...) De la doctrina citada, así como las sentencias que cita la parte recurrente y las que también cita la parte demandada, tanto del TEDH, como del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo podemos concluir que la protección del derecho a la intimidad tiene una menor intensidad, de poder ser reconocido, cuando se trata de personas jurídicas -como en nuestro caso- si bien existe un ámbito de protección en el núcleo esencial de la propia dirección y decisión empresarial que tiene rango constitucional. Dicho núcleo esencial tendría, en todo caso, perfiles difusos, no establecidos con claridad por la doctrina citada y parece ligado al concepto de domicilio. Así, la STC 22/2003, de 10 de febrero, afirma: "aunque el objeto de protección de la inviolabilidad domiciliaria no es sólo un espacio físico, en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de una persona y de su esfera privada (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5 ; 69/1999, de 26 de abril, FJ 2 ; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6 ; 10/2002, de 17 de enero, FFJJ 5 y 6) hemos reconocido también su titularidad



a las personas jurídicas (STC 137/1985, de 17 de octubre), de las que no cabe afirmar que posean intimidad personal y familiar (ATC 257/1985, de 17 de abril , FJ 2)".

Pero sí nos parece claro que ese núcleo no es vulnerado por la decisión de la CMT que enjuiciamos, a cuyo efecto basta con remitirnos a lo que se refleja en la resolución expresa del recurso. Ya hemos transcrito cuál es el alcance que pretende dar la CMT a su acceso con perfil de supervisor y dicho alcance dista de inmiscuirse en el núcleo de decisión o dirección empresarial, tal y como es fácil constatar del tenor del Acuerdo de 22 de noviembre de 2012.

El acceso de la CMT, en entorno Web, a la "gestión de las solicitudes de provisión y su progresión por los sistemas, ciclo de vida de las incidencias asociadas a estos procesos de provisión, gestión de las averías asociadas al servicio, y servicios de información asociados a las infraestructuras de soporte y planta" no puede incidir en el núcleo intangible, protegido constitucionalmente, del derecho derivado del artículo 18.1 CE . Ni tampoco puede afectar a los derechos que se citan del artículo 24 CE .

Tal y como afirma el Ministerio Fiscal, entendemos que el acceso de la CMT al sistema MARCo, en los términos que se pretende, no pasaría de ser un acceso a los datos técnicos que hemos reflejado, pero no se accede a datos de la intimidad personal, ni comercial o de empresa y, si ocasionalmente se conociera otro dato diferente tendría la obligación de preservarlo y sólo existiría vulneración constitucional si se incumpliera esta obligación fuera del cauce legal que corresponda.

De forma clara entendemos que no puede hablarse de investigación prospectiva, la cual se basaría en el mal uso de la información que pueda obtener la CMT. Pero la protección constitucional que ofrece el cauce procedimental elegido por la parte recurrente no ampara posibles vulneraciones "ad cautelam". La resolución que se impugna no vulnera, por sí, el derecho constitucional amparado en el artículo 24 CE , pues no se pretende obtener información con finalidad sancionadora y así lo explica la CMT en la resolución expresa de las alegaciones. No se trata de obtener pruebas para posteriores procedimientos sancionadores, sino del mejor ejercicio de la función de supervisión propia de la CMT. No se deduce del acto recurrido ni de lo actuado que los fines pretendidos sean distintos a los reflejados por la propia CMT, lo que evidencia la inexistencia de infracción constitucional. El procedimiento especial de protección de derechos fundamentales no es cauce para atajar posibles y eventuales usos futuros indebidos, sino para reparar lesiones reales, efectivas e individualizadas (STC 186/95)..

Por último consideramos que tampoco puede entenderse vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones. Nos parece evidente, a la luz de lo ya expuesto, que no se trata de "interceptar" correos electrónicos entre operarios o trabajadores de distintos operadores, ni de inmiscuirse en el contenido de los mismos como intromisión que pudiera afectar a su derecho fundamental. El conocimiento de datos técnicos que se plasman en campos normalizados, en el entorno Web señalado, pretende el mejor funcionamiento del propio sistema MARCo, detectando posibles campos susceptibles de mejora y un conocimiento transparente del real funcionamiento del sistema. En cualquier caso no estaríamos en un circuito o canal cerrado de comunicaciones, sino de un portal que incorpora datos que pueden ser conocidos por varios operadores.

Tal y como afirma la Abogacía del Estado, las interacciones de TESAU y los operadores solicitantes es difícil que puedan considerarse comunicaciones a los efectos del derecho al secreto, porque son informaciones que se intercambian los solicitantes y la operadora obligada dentro del tráfico propio de la prestación del servicio mayorista regulado>>.

Nos remitimos, por lo demás, a los fundamentos de la sentencia citada. Y con ello despejamos las pretendidas vulneraciones constitucionales que ahora se citan en el presente procedimiento.

SEGUNDO.- Lo expuesto no agota la cuestión debatida, pues cabe analizar el mismo motivo de impugnación bajo el prisma de la legalidad ordinaria. Y esto lo hemos efectuado en otra decisión de la CMT de similar alcance al que nos ocupa. Y lo hemos hecho en la sentencia de fecha 26 de mayo de 2014, recurso 358/2012 , interpuesto también por TESAU respecto de la plataforma NEON, en la Oferta de Referencia del Servicio NEBA.

La conclusión que obteníamos en dicha resolución es la siguiente:

<<No comparte el tribunal los anteriores criterios de la CMT, en justificación de la obligación de facilitarle el acceso a NEON, como si de un operador se tratase, impuesto a TESAU.

Como se dice en otras sentencias (25/4/05 , entre otras), el ejercicio de las competencias de la CMT está sometida a unos límites sujetos a exigencias de razonabilidad y proporcionalidad, de manera que la actuación administrativa deberá extenderse a todo lo necesario para resolver el conflicto suscitado, sin límites cuantitativos mínimos y máximos, debiendo ser su intervención proporcionada.

Como hemos expuesto ampliamente, la CMT desecha los argumentos de TESAU contra tal obligación, considerando su imposición amparada por el ejercicio de las facultades de supervisión que le competen, rechazando que el acceso se pueda entender propio de una actuación inspectora o de actuación de intervención.

El artículo 8 de la Directiva de Acceso impone a los Estados miembros la obligación de velar por que las autoridades nacionales de reglamentación estén facultadas para imponer las obligaciones a que se refieren los artículos 9 a 13. Disponiendo en su apartado 4 que: *"Las obligaciones impuestas con arreglo al presente artículo deberán basarse en la índole del problema detectado, guardar proporción con éste y justificarse a la luz de los objetivos enumerados en el artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco)"*.

Entre esas obligaciones están la de transparencia en relación con la interconexión y el acceso (art. 9) y no discriminación (art. 10), estableciendo una serie de criterios en garantía de tales principios. Sin embargo, no se contempla la obligación de que el operador con PSM facilite el acceso directo y permanente a la ANR a sus sistemas o plataformas informáticas de gestión de sus obligaciones de acceso e interconexión en relación con los operadores alternativos.

Tampoco se contempla tal obligación en el artículo 4 y concordantes del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (RD 2296/04), al regular las obligaciones aplicables a los operadores con poder significativo en el mercado.

Dispone el art. 4:

«1. Cuando, tras el análisis de mercado al que se refiere el artículo 3, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determine que un mercado no se desarrolla en un entorno de competencia efectiva y, consecuentemente, declare el operador u operadores con poder significativo en dicho mercado, determinará las obligaciones específicas apropiadas que sean exigibles a dichos operadores. A este respecto, las obligaciones específicas que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer, mantener o modificar estarán, respecto de los mercados al por mayor, entre las relacionadas en el capítulo III y, respecto de los mercados al por menor, entre las relacionadas en el capítulo IV de este título.

2. Las obligaciones específicas que se impongan de acuerdo con el apartado anterior se basarán en la naturaleza del problema identificado, serán proporcionadas y estarán justificadas en el cumplimiento de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. (...)»

Entre las obligaciones previstas en los artículos 7 a 11 del Reg. MAN no se contempla la que ahora nos ocupa. Tampoco tiene cobertura -ni en el fondo y en la forma- en el artículo 12 "Otras obligaciones" que prevé que *«en circunstancias excepcionales y debidamente justificadas, cuando la imposición de una o varias de las obligaciones a las que se refieren los artículos 7, 8, 9, 10 y 11 sea insuficiente o inadecuada para alcanzar los objetivos del artículo 3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer a los operadores declarados con poder significativo en mercados al por mayor otras obligaciones en materia de acceso o interconexión, que serán conformes con lo establecido en el artículo 4.2. En estos casos, será preceptiva la obtención previa de una autorización de la Comisión Europea a la propuesta de medida, para lo que se le remitirá ésta, junto con el resto de la documentación pertinente, y se realizará la notificación en el marco del procedimiento administrativo en curso»*.

Por otra parte, en cuanto al procedimiento a seguir para la imposición de obligaciones al operador PSM, dispone el artículo 5 del Reglamento:

«1. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en los términos previstos en el artículo 86 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, someterá a un procedimiento de información pública la definición de los mercados de referencia, los análisis de dichos mercados e identificación de los operadores con poder significativo en ellos, así como la adopción de medidas relativas a la imposición, mantenimiento, modificación o supresión de obligaciones específicas sobre estos operadores.

2. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones hará públicas las consultas en curso en relación con la posible adopción de las medidas que incidan significativamente en un mercado de referencia, y pondrá a disposición del público los resultados de dichas consultas, salvo la información que pueda considerarse confidencial en aplicación de la normativa nacional y comunitaria en materia de secreto comercial o industrial.

Desde la página web de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se accederá a todas las consultas en curso, y se constituirá como un punto único de información. (...)».



Por su parte, la LGTel, en su artículo 11.5, dispone que *"las obligaciones y condiciones que se impongan de conformidad con este capítulo serán objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias"*.

Entre las funciones que el artículo 48.4 de la Ley 32/2003 atribuye a la CMT, cabe destacar las siguientes:

«a) Arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre los operadores del sector de las comunicaciones electrónicas, así como en aquellos otros casos que puedan establecerse por vía reglamentaria, cuando los interesados lo acuerden.

El ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público. El procedimiento arbitral se establecerá mediante real decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad, y será indisponible para las partes.(...).

e) *Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios.*

A estos efectos, sin perjuicio de las funciones encomendadas en el capítulo III del título II de esta Ley y en su normativa de desarrollo, la Comisión ejercerá las siguientes funciones:

1.ª *Podrá dictar, sobre las materias indicadas, instrucciones dirigidas a los operadores que actúen en el sector de comunicaciones electrónicas. Estas instrucciones serán vinculantes una vez notificadas o, en su caso, publicadas en el "Boletín Oficial del Estado".*

2.ª *Pondrá en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de ser contrarios a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (...).*

3.ª *Ejercer la competencia de la Administración General de Estado para interpretar la información que en aplicación del artículo 9 de esta Ley le suministren los operadores en el ejercicio de la protección de la libre competencia en el mercado de las comunicaciones electrónicas. (...)*

g) *Definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de esta Ley. (...)*

i) *Ejercer las funciones inspectoras en aquellos asuntos sobre los que tenga atribuida la potestad sancionadora de acuerdo con el artículo 50.1 y (...)*

j) *El ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta Ley.*

En los procedimientos que se inicien como resultado de denuncia por parte del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, el órgano instructor, antes de formular la oportuna propuesta de resolución, someterá el expediente a informe de dicho ministerio. La propuesta de resolución deberá ser motivada si se separa de dicho informe.(...)

m) *Cualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomienden el Gobierno o el Ministerio Industria, Turismo y Comercio.»*

A la luz de la anterior normativa, no cabe estimar que la obligación impuesta a TESAU en el "resuelve noveno" de la resolución impugnada goce de cobertura legal o reglamentaria, o que sea una obligación implícita en el ejercicio de las funciones de supervisión de la CMT. Por muy útil que sea para el regulador poder acceder en las mismas condiciones y que los operadores y por el mismo procedimiento (Web Services), a los módulos de la plataforma NEON, tal obligación excede de las previstas en la normativa de aplicación, carece de la debida justificación -más allá de criterios de utilidad y comodidad- no ha sido establecida respetando el procedimiento de información pública u contradicción previsto para la imposición de obligaciones a los operadores con poder significativo en el mercado, en los términos reglamentarios transcritos.

En consecuencia, tal obligación resulta injustificada y desproporcionada, pues no se trata de un requerimiento de información orientado a un determinado fin, en el marco de las funciones propias de la CMT, sino de tener un acceso directo y permanente a una determinada información sobre todos los aspectos de los servicios mayoristas objeto de provisión a través del sistema de gestión NEON en iguales condiciones que los operadores. Siendo así que la concreta información que el regulador necesite en ejercicio de sus competencias puede obtenerla por otros medios menos invasivos, como el requerimiento de información sobre concretos aspectos o datos, en el marco de una actuación concreta en sus competencias de supervisión del funcionamiento del mercado en condiciones de transparencia y competitividad.

Por lo que ha de estimarse el recurso en este concreto motivo>>.



Y entendemos que los razonamientos que hemos expuesto son trasladables al caso que nos ocupa, ante similares argumentos en los que se ampara la CMT para la imposición de dicho acceso con carácter de supervisor. Ya hemos resaltado que los artículos que se citan por la Administración no suponen cobertura suficiente para la obligación de acceso que se impone. Y mantenemos la misma conclusión a que acabamos de referirnos, por lo que procede la estimación del recurso en este extremo.

TERCERO.- En lo referente a la no inclusión de determinados anexos de prevención de riesgos laborales, la CMT señala:

<<En sus alegaciones al informe de los servicios de la CMT, varios operadores alternativos se refieren a la necesidad de aclarar la función de telefónica en la estructura del contrato tipo, en todo lo referente a la prevención de riesgos laborales..... el estricto respeto y sometimiento por parte de todos los operadores involucrados a la normativa aplicable en materia de prevención de riesgos laborales es una premisa ineludible para el correcto funcionamiento de la oferta MARCo.

En el informe de los servicios sometido a audiencia, se partió de la asunción de que -tal como aducía Telefónica- existía un consenso generalizado entre los principales agentes involucrados acerca de la conveniencia de suscribir los anexos que en materia de prevención de riesgos Telefónica proponía adjuntar a la oferta. Sin embargo, como se deduce de las alegaciones de los operadores, la adhesión a estos acuerdos no es pacífica, existiendo divergencias fundamentales entre los operadores acerca del grado de responsabilidad y funciones específicas que Telefónica debe asumir en el contexto del acceso a los servicios regulados por la oferta MARCo.

Por tanto.... se estima conveniente no incorporar a la oferta MARCo los anexos.... sin perjuicio de que los operadores puedan suscribir tales acuerdos con Telefónica de forma voluntaria....>>.

Entendemos correcta la conclusión a que llega la CMT. Si partimos del hecho de la existencia de desacuerdo entre los operadores, tal y como se refleja en la resolución, podemos afirmar que la normativa de seguridad y salud laboral es imperativa, lo que implica la necesaria coordinación que debe existir entre los empresarios -en este caso operadores- conforme deriva de la ley 31/1995, de Seguridad e Higiene en el Trabajo y Real Decreto 171/2004. Lo cierto es que nada impide que los operadores puedan suscribir el anexo propuesto por TESAU, lo que es distinto a imponerlo como obligatorio. La resolución impugnada ejerce, en este concreto extremo, una potestad discrecional -tal y como afirma la Abogacía del Estado- y se encuentra debidamente justificada en la resolución inicial y en la que resuelve el recurso de reposición lo no inclusión de los anexos discutidos, por lo que entendemos que debe confirmarse la referida resolución desestimando el recurso en este extremo.

CUARTO.- La parte muestra también su disconformidad con el uso de MARCo para tendidos de entrega de señal de la obra.

En este extremo, el acto recurrido señala: <<los operadores podrán recurrir a las facilidades dispuestas en MARCo para efectuar tendidos de Entrega de Señal que tengan por objeto la conexión de los equipos de acceso desagregado al par de cobre con su red de transporte. Con dicho objeto podrán solicitar tanto el acceso a los conductos y registros de Telefónica como el servicio de tendido de cable de fibra óptica desde central a la cámara de registro posterior a la cámara cero. La prestación de dichas facilidades estará sujeta a las limitaciones que se establezcan en la OBA en lo concerniente al tamaño de las centrales, y únicamente se autorizará en secciones de canalización que, de acuerdo con los criterios recogidos en el punto 3.2 del anexo Normativa Técnica de la Oferta MARCo, no se encuentren en situación de escasez de espacio. Los precios por los que se prestará el servicio son los recogidos en el anexo de precios de la oferta por el concepto de Tendido de cable desde la Sala OBA hasta cámara de registro>>.

La parte señala que existe un procedimiento (7/2013, en esta misma Sección), en el que se examina la regulación de la entrega de señal OBA-MARCo, por lo que a dicho procedimiento y su resultado debemos remitirnos.

Lo que no podemos apreciar es que se haya vulnerado, con efecto invalidante, el procedimiento legalmente establecido. Para ello partimos de los artículos 5.1 y 7.3 del Real Decreto 2296/2004, en cuanto estamos en modificación de la oferta de acceso a conductos y registros, y del artículo 86 de la Ley 30/1992, no pudiendo apreciar la referida nulidad que se pretende. Nos parece claro que la recurrente ha tenido puntual y sobrada información y conocimiento, tanto en la inicial tramitación, como en el posterior recurso de reposición y, desde luego, en la presente vía jurisdiccional. Y entendemos que la decisión administrativa impugnada no requería un nuevo análisis de mercado y notificación a las instancias europeas, pues la oferta mayorista MARCo ya fue aprobada, con las debidas garantías procedimentales en 2009, tal y como ya hemos reflejado.

También se muestra disconformidad con la correcta obturación de los conductos en relación al uso de soluciones de subconductación alternativas no homologadas por TESAU.



En la decisión administrativa se justifica de forma cumplida y extensa la decisión que se adopta y se afirma:

<<debe señalarse que la CMT no cuestiona la importancia de los procesos de homologación. No obstante, Telefónica parece estar presumiendo que los demás operadores no homologan o validan los productos que instalan, lo que es contrario a toda lógica y a lo manifestado por éstos. Es decir, la validación interna de los materiales empleados en la propia red se considera debidamente necesaria, pero no que dicha tarea sea exclusivamente llevada a cabo por Telefónica como entidad certificadora.

Es por ello que debe permitirse a los operadores la instalación de recursos de subconductación cuya alineación con los principios recogidos en la oferta de referencia aquéllos hayan podido comprobar mediante sus propios procesos de validación técnica, correspondiendo en todo caso a la CMT -y no a Telefónica- resolver las potenciales controversias que puedan plantearse entre los operadores...>>.

Y se modifica la oferta en el sentido de que "la instalación de recursos de subconductación que permitan la compartición de infraestructuras de forma eficiente ya se encuentra recogida en la actual oferta MARCo. No obstante, se eliminará el párrafo que establece la homologación de los mismos por parte de Telefónica como requisito previo a su instalación, y se especificará que los operadores podrán implantar soluciones que se ajusten a las salvaguardas previstas en la oferta de referencia, asumiendo dichos operadores la responsabilidad derivada de cualquier avería o incidencia que sus actuaciones puedan ocasionar".

También se modifica la oferta al señalarse: <<cuando Telefónica asigne al operador solicitante un subconducto completo, éste podrá disponer de él como estime necesario, emplazando varios cables ya sea de forma directa o mediante cualquier técnica de subconductación (miniductos, flexibles, etc). No obstante, como cualquier otra instalación que se efectúe en el marco de la oferta regulada, sus actuaciones deberán atenerse a las previsiones recogidas en la normativa PRL y limitarse a la sección útil del subconducto (40%)>>.

Como señala la Abogacía del Estado, sin perjuicio de la problemática que pone de relieve TESAU, en la oferta de referencia ya se aludía a la compartición de conductos y se especificaba que se aplicarían técnicas de subconductación, citando expresamente los subconductos flexibles textiles y minitubos. La oferta de referencia no especificó una concreta alternativa, por lo que era preciso el acuerdo de los operadores, por lo que la falta de dicho acuerdo y los conflictos que supone la pretensión de TESAU de imponer una técnica determinada, avalan que la CMT modifique la oferta en los términos que hemos reflejado.

Y resaltamos que los problemas técnicos a que alude la recurrente no están suficientemente avalados de forma fáctica. Ni tampoco consideramos que exista vulneración de la normativa sobre prevención de riesgos laborales y normativa de obturación de tubos. Por un lado, la responsabilidad en materia de prevención laboral se traslada al acuerdo entre TESAU y el operador, pero específicamente será el operador el que deba, respecto de sus trabajadores cumplir la normativa correspondiente y la CMT así lo indica en la decisión recurrida. Y, por otro lado, también se alude a la responsabilidad del operador respecto de cualquier avería o incidencia que su actuación pueda provocar. Finalizamos resaltando que bajo el principio de preservación de la integridad de la red y optimización del espacio disponible, la CMT opta por una solución que está suficientemente razonada en la decisión recurrida. De hecho, se introducen hasta seis condiciones de uso de las técnicas de subconductación de eficiencia mejorada (páginas 11 y 12). Y se hace referencia al uso de técnicas de subconductación flexible por parte de otros operadores en España y fuera de España, existiendo un anexo al respecto.

QUINTO.- Resta por examinar la alegación referida al plazo máximo para verificar y dar por cerrada la instalación del operador. Al respecto afirma la resolución que resuelve el recurso de reposición (página 20):

<<Según TESAU, el plazo de 12 meses para dar por cerrada una instalación de un operador es inadecuado e insuficiente para poder revisar todas las infraestructuras compartidas existentes con los medios disponibles, y para poder detectar algunos defectos y deficiencias en las infraestructuras que sólo son conocidos a largo plazo o cuando se produce una incidencia, además de no existir un procedimiento de imputación de costes ni de aceptación en la oferta MARCo.

(...)Un plazo de verificación excesivamente corto puede acarrear mayores riesgos que beneficios puesto que, al condicionarse la obligación del operador alternativo de reparar un posible defecto de obra a que TESAU lo detecte en un plazo excesivamente corto, se está dificultando la labor de verificación de instalaciones y detección de incorrecciones y, al no poder obligarse al responsable de los defectos a realizar la reparación de los mismos, se está poniendo en peligro la integridad de las infraestructuras. En este sentido las instalaciones defectuosas por parte de los operadores de hecho se están produciendo en la práctica, por lo que la adopción de medidas dirigidas a paliar dichas prácticas es justificable.

No obstante lo señalado, tampoco es aceptable que TESAU pueda reclamar con carácter indefinido por supuestas incorrecciones cuya responsabilidad pueda atribuirse a los operadores. Por lo tanto debe



establecerse una ventana temporal para limitar dicha responsabilidad, aunque debe ser lo bastante amplia para que TESAU pueda realizar las tareas de verificación de los trabajos efectuados. Así, se considera que un plazo de 12 meses cumple los requisitos señalados, es un plazo suficiente, sin que pueda calificarse de cumplimiento imposible, pero al mismo tiempo no es indefinido>>.

La anterior previsión no puede considerarse arbitraria en absoluto, pues la motivación de la misma es evidente, con independencia de que se esté de acuerdo con ella. Al contrario de lo establecido, los operadores pretendían un plazo menor y la CMT razona el establecimiento del plazo de 12 meses. Ningún elemento de juicio tenemos, distinto al que valora la CMT, para establecer un plazo distinto, es decir, para variar el plazo ya establecido. Y tampoco podemos considerar razonable un plazo mayor o indefinido, como pretende la recurrente.

SEXTO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 139 LRJCA . No procede efectuar pronunciamiento en costas.

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

FALLAMOS

PRIMERO.-Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales **D^a. Ana Llorens Pardo** , en nombre y representación de **Telefónica de España, SAU** , contra Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 22 de noviembre de 2012, que desestima recurso de reposición interpuesto por la actora contra resolución de dicha Comisión, de fecha 5 de julio de 2012, sobre revisión de la oferta mayorista de acceso a registros y conductos (Resolución MARCo), y anulamos el extremo referido a la obligación impuesta a Telefónica de facilitar el acceso con perfil de supervisor.

SEGUNDO.- Desestimar el resto de las pretensiones formuladas en la demanda.

TERCERO.- No efectuar pronunciamiento en costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 89 y concordantes LRJCA , lo pronunciamos, mandamos y firmamos.