



Roj: **STS 4024/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4024**

Id Cendoj: **28079130032017100432**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **16/11/2017**

Nº de Recurso: **685/2015**

Nº de Resolución: **1754/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

SENTENCIA

En Madrid, a 16 de noviembre de 2017

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. **685/2015**, interpuesto por el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**, contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 24 de noviembre de 2014, dictada en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm. 31/2013, a instancia de Telefónica de España, SAU, contra Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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 **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.**, representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Ana Llorens Pardo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo núm. 31/2013 seguido en la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 24 de noviembre de 2014, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLO: 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».

SEGUNDO.- El Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la Administración General del Estado, presentó con fecha 15 de enero de 2015 escrito de preparación del recurso de casación.

La Secretaria Judicial de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional acordó por diligencia de ordenación de fecha 19 de febrero de 2015 tener por preparado el recurso de casación, remitir los autos jurisdiccionales de instancia y el expediente administrativo a la Sala Tercera del Tribunal Supremo y emplazar a las partes interesadas ante dicha Sala Tercera.



TERCERO.- La parte recurrente, presentó con fecha 17 de marzo de 2015 escrito de formalización e interposición del recurso de casación -cuyos motivos se reseñarán más adelante-, en el que solicitó:

«dictar sentencia por la que, se ESTIME este recurso, CASANDO Y ANULANDO LA SENTENCIA RECURRIDA para, en su lugar, SE DICTE NUEVA SENTENCIA por la que se DESESTIME en su integridad el recurso contencioso-administrativo interpuesto en la instancia, con la consiguiente declaración de conformidad a Derecho del resuelve "quinto" del Acuerdo de la CMT que obliga a Telefónica a facilitar a la CMTel alta con perfil de supervisor a los sistemas allí descritos. Con costas».

CUARTO.- La Procuradora de los Tribunales Dña. Ana Llorens Pardo en representación de Telefónica de España, S.A.U., compareció y se personó como parte recurrida.

QUINTO.- La Sala Tercera -Sección Primera- acordó, por providencia de fecha 7 de abril de 2015, admitir a trámite el presente recurso de casación y remitir las actuaciones a la **Sección Tercera** de conformidad con las Normas de reparto de los asuntos entre las Secciones.

SEXTO.- Dado traslado del escrito de formalización e interposición del recurso de casación, a la representación de Telefónica de España, S.A.U., parte recurrida, presentó en fecha 9 de junio de 2015 escrito de oposición al recurso, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, suplicando a la Sala:

«dicte Sentencia por la que se inadmita o, en su caso, se desestime el recurso de casación, según lo expresado. Con imposición de costas a la parte recurrente».

SÉPTIMO.- Terminada la sustanciación del recurso, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el siguiente día 7 de noviembre de 2017, fecha en la que tuvo lugar el acto.

OCTAVO.- Asume la ponencia del presente recurso el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, en sustitución del previamente designado, el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso, que formula voto particular por discrepar del criterio de la mayoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

El Abogado del Estado impugna la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 24 de noviembre de 2014, dictada en el recurso núm. 31/2013, a instancia de Telefónica de España, SAU (en adelante TESAU), contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT), de fecha 22 de noviembre de 2012, por la que desestimó el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España. SAU contra la resolución de 5 de julio de 2012, sobre revisión de la oferta mayorista de acceso a registros y conductos (Resolución MARCo).

Así, con fecha 5 de julio de 2012 el Consejo de la CMT dictó resolución, en el marco de la tramitación del expediente número MTZ 2011/1477, sobre la revisión de la oferta mayorista de acceso a registros y conductos (MARCo) de TESAU. La mencionada resolución acuerda en su parte dispositiva lo siguiente:

«PRIMERO.- Aprobar las modificaciones a la oferta de referencia para la prestación del servicio MARCo en los términos recogidos en el fundamento tercero de esta Resolución.

SEGUNDO.- Telefónica deberá publicar su oferta de referencia para la prestación del servicio MARCo en los términos recogidos en el anexo 6, en el plazo máximo de 10 días a partir del día siguiente a la notificación de esta Resolución.

TERCERO.- Antes del 31 de enero de 2013, Telefónica deberá actualizar sus sistemas de provisión mayoristas para acomodarlos a las nuevas especificaciones recogidas en el fundamento tercero, incluida la funcionalidad que permita incorporar y facilitar a los operadores información sobre las infraestructuras y sobre los recursos en ellas emplazados que tanto Telefónica como los operadores obtengan durante las intervenciones efectuadas en la planta externa.

CUARTO.- Telefónica deberá solventar las carencias que los sistemas ESCAPEX y NEON presenten con respecto a los empleados hasta la fecha (CARPE) y notificarlo a los operadores y la CMT. Si transcurrido el plazo de dos meses desde dicha notificación no se presentan reclamaciones debidamente justificadas por parte de los operadores, se concluirá que la resolución de las posibles deficiencias ha sido satisfactoria. De producirse reclamaciones la CMT procederá a evaluarlas y se pronunciará al respecto mediante procedimiento administrativo. Mientras dicho proceso de verificación no concluya Telefónica deberá mantener el sistema CARPE plenamente operativo (sin pérdida alguna de las actuales funcionalidades).



QUINTO.- Telefónica facilitará a la CMT 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».

La resolución de 22 de noviembre de 2012, en lo que ahora interesa, desestima el recurso de reposición interpuesto por TESAU contra la anterior resolución.

Por su parte, la sentencia recurrida en casación estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo de TESAU y anula el extremo referido a la obligación impuesta a Telefónica de facilitar el acceso con perfil de supervisor, desestimando el resto de pretensiones formuladas en la demanda.

En consecuencia, la única cuestión controvertida en este recurso, en la medida en que la sentencia recurrida estima parcialmente el recurso de TESAU, es el "resuelve quinto" que se acaba de transcribir.

Por lo demás, la sentencia recurrida en su fundamento de derecho primero invoca y transcribe su precedente sentencia de 26 de junio de 2013 dictada en el recurso seguido por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales núm. 14/2012 e interpuesto por la misma recurrente contra las mismas resoluciones.

Y en el fundamento de derecho segundo analiza el mismo motivo de impugnación, referido a la obligación de suministrar acceso permanente supervisor a la CMT, ahora bajo el prisma de la legalidad ordinaria. Y lo hace con remisión a otra decisión de la CMT de similar alcance, con transcripción de la sentencia de fecha 26 de mayo de 2014 -recurso núm. 358/2012 -, interpuesto también por TESAU respecto de la plataforma NEON, en la oferta de referencia del servicio NEBA.

Entiende la Sala de instancia que los razonamientos de aquella sentencia de 26 de mayo de 2014 son trasladables al presente caso, ante análogos argumentos en los que se ampara la CMT para la imposición de dicho acceso con carácter de supervisor. Viene a considerar que los artículos que se citan por la Administración no suponen cobertura suficiente para la obligación de acceso que se impone; que la obligación impuesta es desproporcionada e invasiva; y que no se han respetado los principios de información pública y audiencia. En consecuencia, mantiene la misma conclusión que en aquella sentencia, por lo que procede la estimación del recurso en este extremo.

A continuación examina el resto de los motivos de la demanda. En su fundamento de derecho tercero se refiere a la no inclusión de determinados anexos de prevención de riesgos laborales; en el fundamento de derecho cuarto alude a la disconformidad con el uso de MARCo para tendidos de entrega de señal de la obra; y en el fundamento de derecho quinto examina el plazo máximo para verificar y dar por cerrada la instalación del operador. Estos tres motivos de impugnación son rechazados en la sentencia ahora recurrida y nada debemos decir sobre los mismos.

SEGUNDO.- Los motivos del recurso de casación.

Formula el Abogado del Estado un único motivo, al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de junio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, por infracción del artículo 9.3 de la Directiva 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y a su interconexión, en relación con los artículos 9, 13, 46.1.d), 48.3 y 4, de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; con los artículos 4.1 y 2, 5, 7 y 12 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; con el artículo 8.5 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; así como la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 22 de enero de 2009 relativa a la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

Termina suplicando que se dicte sentencia casando y anulando la recurrida para, en su lugar, dictar nueva sentencia por la que se desestime en su integridad el recurso contencioso-administrativo interpuesto en la instancia, con la consiguiente declaración de conformidad a Derecho del resuelve "quinto" del Acuerdo de la CMT que obliga a Telefónica a facilitar a la CMT el alta con perfil de supervisor a los sistemas allí descritos.

TERCERO.- El precedente de esta Sala.

Esta Sala ya se ha pronunciado sobre análoga cuestión en sentencia de 3 de mayo de 2017 -recurso de casación núm. 2608/2014 - respecto a la resolución del Consejo de la CMT de fecha 10 de noviembre de 2011



sobre la propuesta de oferta de referencia del servicio NEBA remitida por TESAU (expte. DT 2011/738), así como la resolución del mismo órgano dictada en fecha 11 de abril de 2012, por la que se resolvía el recurso de reposición interpuesto por la demandante contra la anterior. Allí se estimó el recurso de casación del Abogado del Estado contra la sentencia de la misma Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 26 de mayo de 2014 -recurso núm. 358/2012 - que es, precisamente, la que recoge en su integridad y a la que se ajusta la sentencia ahora recurrida.

En el presente recurso se trata del reseñado servicio MARCo. Allí se trataba de la propuesta de oferta de referencia del servicio NEBA y de la plataforma NEON que es un sistema informático de Telefónica que permite gestionar las solicitudes de los operadores alternativos que desean acceder a los servicios mayoristas de Telefónica, definidos en las diferentes ofertas reguladas (OBA, NEBA, AMLT, etc.). 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.

Así, el motivo de impugnación referido a la obligación de suministrar acceso permanente supervisor a la CMT, única cuestión controvertida, ya ha sido resuelto. El motivo de casación invocado por el Abogado del Estado es idéntico al que formuló en el recurso de casación núm. 2608/2014.

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 como puntualiza TESAU: "*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 actora alegaba 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-.

Pues bien, la identidad de planteamiento, tanto de la sentencia ahora recurrida cuanto de las alegaciones de las partes, impone una remisión íntegra a lo que dijimos en la sentencia del pasado 3 de mayo de 2017 en sus fundamentos cuarto a octavo que reproducimos a continuación:

" **CUARTO** .- Sobre la legalidad de la obligación impuesta a Telefónica de España, S.A.U.

Antes de examinar lo que vienen a ser los submotivos o aspectos del único motivo de casación, recogemos una serie de consideraciones generales que enmarcan la obligación controvertida.

a. El mercado de acceso mayorista de banda ancha (mercado 5).

La decisión anulada se enmarca dentro de las medidas de fomento de la competencia en los servicios de telecomunicaciones que permite imponer a los operadores que disfrutan de una posición de privilegio en el mercado (como lo es Telefónica) la oferta de ciertas prestaciones denominadas servicios mayoristas regulados.

Los servicios mayoristas regulados se describen en un documento denominado oferta de referencia, que se hace público y que recoge el conjunto mínimo de prestaciones a ofrecer por el operador dominante. En definitiva, se trata de una descripción de prestaciones, interfaces, protocolos de pruebas, tarifas, términos y condiciones de prestación del servicio en cuestión.

Así pues, un servicio mayorista regulado es una obligación que impone la Autoridad de Regulación a un operador con poder significativo de mercado como resultado del proceso de análisis del mercado. En este caso, viene referido al denominado mercado 5, es decir, el mercado de acceso mayorista de banda ancha. En dicho mercado y, conforme a la regulación de la Autoridad de Regulación española, Telefónica está obligada a dar acceso a su red prestando unos servicios mayoristas de banda ancha, entre los que se cuenta el servicio denominado NEBA (Nuevo servicio Ethernet de Banda Ancha), destinado a sustituir paulatinamente a los servicios previamente existentes en el mismo mercado: GigADSL y ADSL-IP.

En tanto que servicio de acceso mayorista a la red de Telefónica, NEBA está destinado a que los operadores alternativos puedan ofrecer servicios a sus clientes usando la red de cobre y fibra de Telefónica. Telefónica suministra al operador alternativo conexiones de abonado que ponen en comunicación al cliente final con el operador alternativo a través de un puerto de conexión previamente establecido en la capital de la provincia.



El servicio NEBA comprende tanto las conexiones ADSL o VDSL basadas en la red de cobre como las basadas en la nueva red de fibra óptica, ofreciendo por primera vez acceso mayorista a dicha nueva red.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la descripción básica del servicio y su calendario de implantación en noviembre de 2010, y a continuación aprobó la correspondiente oferta de referencia, salvo los aspectos de precios, en el acuerdo impugnado en la instancia. La fecha de implantación definitiva ha sido julio de 2012.

b. La plataforma NEON.

La plataforma NEON es un sistema informático de Telefónica que permite gestionar las solicitudes de los operadores alternativos que desean acceder a los servicios mayoristas de Telefónica, definidos en las diferentes ofertas reguladas (OBA, NEBA, AMLT, etc.).

Como tal, NEON gestiona las solicitudes de provisión de estos servicios, junto a las incidencias que puedan presentarse tanto durante su suministro e instalación inicial (incidencias de provisión), como durante su prestación efectiva (averías). Junto a ello, NEON ofrece a los operadores un conjunto de servicios de información sobre la disponibilidad y características de los elementos de su red que forman parte relevante de su oferta mayorista. Es ésta una información necesaria para que los operadores puedan formalizar sus solicitudes de acceso a los servicios mayoristas.

NEON utiliza para comunicarse con los operadores una tecnología conocida como "Servicios Web". Los servicios web constituyen una herramienta para establecer comunicaciones remotas entre máquinas de diferentes empresas u organizaciones, utilizando generalmente como medio internet.

Se trata de poner en contacto, de forma segura, automática y sin intervención manual, las máquinas de NEON con las máquinas de los sistemas de los operadores. De este modo, a cualquier hora del día, es posible para las máquinas de los operadores enviar solicitudes a NEON, y que sean atendidas por éste. Igualmente pueden los operadores interrogar a NEON sobre el estado de sus solicitudes de servicios, la situación de las averías que han notificado a Telefónica o la disponibilidad y capacidad de los pares de cobre en un determinado domicilio.

Esto permite a los operadores automatizar sus procesos internos, integrando en tiempo real la información que procede de NEON, dado que los WS responden habitualmente de forma rápida y ágil a las peticiones que se les dirigen.

Se trata, dice la Abogacía del Estado, de una tecnología plenamente madura, de acceso seguro y con multitud de herramientas de desarrollo y programación disponibles para su implementación.

c. El acceso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a NEON.

Pues bien, una vez que Telefónica disponía de esta herramienta, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones consideró necesario tener acceso directo a NEON, al igual que ya lo hacen los operadores, aunque siempre de manera pasiva, en modo consulta, nunca con la posibilidad de enviar solicitudes al sistema, dado que esto sería asumir un papel activo, extraño a la naturaleza del regulador.

Esto permitiría a los técnicos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones recolectar información de primera mano sobre las actividades mayoristas de Telefónica, lo que facilitaría su supervisión efectiva sin necesidad de llevar a cabo requerimientos concretos de información, o la elaboración y envío periódico de importantes conjuntos de indicadores de calidad por parte de Telefónica, elementos ambos que dicha empresa ha resaltado siempre como muy costosos en tiempo y esfuerzo de preparación, y que gracias a esta herramienta podrían reducirse sensiblemente.

Una vez Telefónica dispuso en tiempo y forma lo necesario para permitir efectivamente el acceso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a NEON, la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, se ha dotado de una herramienta informática, plenamente operativa en la actualidad, que ya permite a su personal técnico el acceso a la información mayorista de las ofertas OBA y NEBA, con las adecuadas garantías de seguridad y privacidad de los datos accedidos.

Afirma TESAU que dicha obligación implica el acceso por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a los módulos de gestión de información, averías e incidencias de provisión del conjunto de servicios mayoristas, es decir, que dicho acceso no sólo afecta al servicio NEBA, sino que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se extralimita en la imposición de esta obligación y extiende los efectos de la misma al resto de servicios mayoristas prestados por TESAU que utilizan la herramienta NEON, como son la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA), la Oferta de Acceso Mayorista a la Línea Telefónica (AMLT) y el Servicio Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (MARCo).



Puede señalarse que la misma Sala y Sección de la Audiencia Nacional estimó parcialmente en sentencia de 24 de noviembre de 2014 -recurso núm. 31/2013 - el recurso interpuesto por TESAU, contra resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 22 de noviembre de 2012 y de 5 de julio de 2012, sobre revisión de la oferta mayorista de acceso a registros y conductos (Resolución MARCo), anulando el extremo referido a la obligación impuesta a Telefónica de facilitar el acceso con perfil de supervisor. Es decir, con extensión de los mismos argumentos expuestos ya en la sentencia ahora recurrida, anula análoga obligación para Telefónica al entender que "ante similares argumentos en los que se ampara la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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". Esta sentencia pende del recurso de casación núm. 685/2015.

Y, para completar todos los datos, por auto de 6 de marzo de 2015, la Sala de la Audiencia Nacional acordó acceder a la ejecución provisional de la sentencia de 26 de mayo de 2014 ahora recurrida, solicitada por la representación procesal de TESAU.

QUINTO .- Regulación aplicable.

Para comprobar si la obligación de proporcionar acceso al órgano reguladora a los referidos servicios web (NEON) tiene cobertura normativa es preciso acudir a las facultades reconocidas a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (hoy día a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia). En el momento de dictarse la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 10 de noviembre de 2011, en la que se establece la obligación controvertida, el artículo 48.3 de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre) establecía, en lo que afecta al caso, lo siguiente:

" **Artículo 48.** *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.*

[...]

3. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto 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.

4. En las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá las siguientes funciones:

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.

b) Asignar la numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas, en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine. La Comisión velará por la correcta utilización de los recursos públicos de numeración asignados. Asimismo, autorizará la transmisión de dichos recursos, estableciendo, mediante resolución, las condiciones de aquélla.

c) Ejercer las funciones que en relación con el servicio universal y su financiación le encomiende el título III de esta Ley.

d) La resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establecen en el título II de esta Ley, así como en materias relacionadas con las guías telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras.

Asimismo, ejercerá las restantes competencias que en materia de interconexión se le atribuyen en esta Ley.

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. A tal fin, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará a la Comisión Nacional de la Competencia todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá dictamen determinante. Cuando la Comisión Nacional de la Competencia, en su caso, resuelva, sólo podrá disentir del contenido del dictamen determinante de forma expresamente motivada.

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.

f) Emitir informe determinante en el marco de los expedientes de control de concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector de su competencia, según lo previsto en el artículo 17.2 c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

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 .

h) Asesorar al Gobierno y al Ministro de Industria, Turismo y Comercio, a solicitud de éstos o por propia iniciativa, en los asuntos concernientes al mercado y a la regulación de las comunicaciones, particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado. Igualmente podrá asesorar a las comunidades autónomas y a las corporaciones locales, a petición de los órganos competentes de cada una de ellas, en relación con el ejercicio de competencias propias de dichas Administraciones públicas que entren en relación con la competencia estatal en materia de telecomunicaciones.

En particular, informará preceptivamente en los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado para la elaboración de disposiciones normativas, en materia de comunicaciones electrónicas, especificaciones técnicas de equipos, aparatos, dispositivos y sistemas de telecomunicación; planificación y atribución de frecuencias del espectro radioeléctrico, así como pliegos de cláusulas administrativas generales que, en su caso, hayan de regir los procedimientos de licitación para el otorgamiento de concesiones de dominio público radioeléctrico.

i) Ejercer las funciones inspectoras en aquellos asuntos sobre los que tenga atribuida la potestad sancionadora de acuerdo con el artículo 50.1 y solicitar la intervención de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones para la inspección técnica de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas en aquellos supuestos en que la Comisión lo estime necesario para el desempeño de sus funciones.

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.

k) Denunciar, ante los servicios de inspección de telecomunicaciones de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, las conductas contrarias a la legislación general de las telecomunicaciones cuando no le corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora.

En los procedimientos que se inicien como resultado de las denuncias a que se refiere el párrafo anterior, el órgano instructor, antes de formular la oportuna propuesta de resolución, someterá el expediente a informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. La propuesta de resolución deberá ser motivada si se separa de dicho informe.

l) La llevanza de un registro de operadores, en el que se inscribirán todas aquellas cuya actividad requiera la notificación a la que se refiere el artículo 6 de esta Ley. El registro contendrá los datos necesarios para que la Comisión pueda ejercer las funciones que tenga atribuidas.

m) Cualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomienden el Gobierno o el Ministerio Industria, Turismo y Comercio." (redacción dada por la disposición final trigésimo cuarta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible)



Al ser suprimida la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y sustituida en sus funciones por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de este último organismo, se le atribuyen las siguientes funciones:

" Artículo 5. Funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de carácter general y para preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos.

1. Para garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realizará las siguientes funciones:

- a) Supervisión y control de todos los mercados y sectores económicos.
- b) Realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, así como aquellas que le encomienden las leyes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos.

El ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público. El procedimiento arbitral se regulará mediante Real Decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad.

c) Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos autonómicos de defensa de la competencia en su ámbito respectivo y de las propias de la jurisdicción competente.

d) Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de control de concentraciones económicas.

e) Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de ayudas públicas.

f) Aplicar en España los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y su Derecho derivado, sin perjuicio de las competencias que correspondan en el ámbito de la jurisdicción competente.

g) Adoptar medidas y decisiones para aplicar los mecanismos de cooperación y asignación de expedientes con la Comisión Europea y otras comisiones nacionales de competencia de los Estados miembros previstos en la normativa comunitaria y, en particular, en el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), y en el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas y sus normas de desarrollo.

h) Promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, así como informes generales sobre sectores económicos.

i) Realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por Ley o por Real Decreto.

2. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos. En particular, podrá ser consultada por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los departamentos ministeriales, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, los Colegios Profesionales, las Cámaras de Comercio y las Organizaciones Empresariales y de Consumidores y Usuarios. En ejercicio de esta función, llevará a cabo las siguientes actuaciones:

a) Participar, mediante informe, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, a la normativa de defensa de la competencia y a su régimen jurídico.

b) Informar sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, deban satisfacer a los denunciantes y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas, cuando le sea requerido por el órgano judicial competente.

c) Informar sobre todas las cuestiones a que se refiere el artículo 16 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, y el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en cuanto a los mecanismos de cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales.

d) Cualesquiera otras cuestiones sobre las que deba informar, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente.



[...]" (Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia)

Son también relevantes para la cuestión examinada los siguientes preceptos de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003, vigentes en el momento en que fueron aprobadas las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones impugnadas en la instancia:

" **Artículo 11.** *Principios generales aplicables al acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión.*

[...]

5. Las obligaciones y condiciones que se impongan de conformidad con este capítulo serán objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias."

" **Artículo 13.** *Obligaciones aplicables a los operadores con poder significativo en mercados de referencia.*

1. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en la forma y en las condiciones que se determinen en desarrollo del apartado 6 del artículo 10, podrá imponer a los operadores que, de conformidad con dicho artículo, hayan sido declarados con poder significativo en el mercado obligaciones en materia de:

a) Transparencia, en relación con la interconexión y el acceso, conforme a las cuales los operadores deberán hacer público determinado tipo de información, como la relativa a contabilidad, especificaciones técnicas, características de las redes, condiciones de suministro y utilización, y precios. En particular, cuando se impongan obligaciones de no discriminación a un operador, se le podrá exigir que publique una oferta de referencia.

b) No discriminación, que garantizarán, en particular, que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otros operadores que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones.

c) Separación de cuentas, en el formato y con la metodología que, en su caso, se especifiquen.

d) Acceso a recursos específicos de las redes y a su utilización.

e) Control de precios, tales como la orientación de los precios en función de los costes, y contabilidad de costes, para evitar precios excesivos o la compresión de los precios en detrimento de los usuarios finales.

2. En circunstancias excepcionales y debidamente justificadas, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, previo sometimiento al mecanismo de consulta previsto en la disposición adicional octava, podrá imponer obligaciones relativas al acceso o a la interconexión que no se limiten a las materias enumeradas en el apartado anterior, así como a operadores que no hayan sido declarados con poder significativo en el mercado." (versión vigente hasta el 1 de abril de 2012)

El Real Decreto-ley 13/2012 modificó el tenor de las letras a), d) y e) del apartado 1 y añadió el apartado 3:

"1. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en la forma y en las condiciones que se determinen en desarrollo del apartado 6 del artículo 10, podrá imponer a los operadores que, de conformidad con dicho artículo, hayan sido declarados con poder significativo en el mercado obligaciones en materia de:

a) Transparencia, en relación con la interconexión y el acceso, conforme a las cuales los operadores deberán hacer público determinado tipo de información, como la relativa a contabilidad, especificaciones técnicas, características de las redes, condiciones de suministro y utilización, incluidas, en su caso, las condiciones que pudieran limitar el acceso o la utilización de servicios o aplicaciones, así como los precios. En particular, cuando se impongan a un operador obligaciones en relación con el acceso al por mayor a la infraestructura de la red, se le exigirá que publique una oferta de referencia.

[...]

d) Acceso a elementos o a recursos específicos de las redes, así como a recursos y a servicios asociados tales como servicios de identidad, localización y presencia.

e) Control de precios, tales como la orientación de los precios en función de los costes, para evitar precios excesivos o la compresión de los precios en detrimento de los usuarios finales. Para favorecer la inversión por parte del operador, en particular en redes de próxima generación, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá en cuenta la inversión efectuada, permitiendo una tasa razonable de rendimiento en relación con el capital correspondiente invertido.

[...]



3. Cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones estudie la conveniencia de imponer las obligaciones previstas en el presente artículo, habrá de tener en cuenta, en particular, los siguientes elementos:

- a) la viabilidad técnica y económica de utilizar o instalar recursos que compitan entre sí, a la vista del ritmo de desarrollo del mercado, teniendo en cuenta la naturaleza y el tipo de interconexión o acceso de que se trate, incluida la viabilidad de otros productos de acceso previo, como el acceso a conductos,
- b) la posibilidad de proporcionar el acceso propuesto, en relación con la capacidad disponible,
- c) la inversión inicial del propietario de los recursos, sin olvidar las inversiones públicas realizadas ni los riesgos inherentes a las inversiones,
- d) la necesidad de salvaguardar la competencia a largo plazo, prestando especial atención a la competencia económicamente eficiente basada en las infraestructuras,
- e) cuando proceda, los derechos pertinentes en materia de propiedad intelectual, y
- f) el suministro de servicios paneuropeos."

Digamos finalmente que la vigente Ley General de Telecomunicaciones (Ley 9/2014, de 9 de mayo) recoge prescripciones análogas en los artículos 10.1 y 3 , 12.6 , 14 y 70 .

Por otra parte y en lo que respecta al derecho comunitario, el artículo 9 de la Directiva de acceso prevé:

"Artículo 9

Obligación de transparencia

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, las autoridades nacionales de reglamentación estarán facultadas para imponer obligaciones de transparencia en relación con la interconexión y el acceso, conforme a las cuales los operadores deberán hacer público determinado tipo de información, como la relativa a la contabilidad, especificaciones técnicas, características de las redes, condiciones de suministro y utilización, y precios.

2. En particular, cuando se impongan a un operador obligaciones de no discriminación, las autoridades nacionales de reglamentación podrán exigir a dicho operador que publique una oferta de referencia, que deberá estar suficientemente desglosada para garantizar que no se exija a las empresas pagar por recursos que sean innecesarios para el servicio requerido, en la que se describan las ofertas pertinentes subdivididas por componentes de acuerdo con las necesidades del mercado, así como las condiciones correspondientes, incluidos los precios. Las autoridades nacionales de reglamentación podrán, entre otras cosas, introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones impuestas por la presente Directiva.

3. Las autoridades nacionales de reglamentación podrán determinar la información concreta que deberá ponerse a disposición, el nivel de detalle exigido y la modalidad de publicación.

4. No obstante lo dispuesto en el apartado 3, cuando un operador esté sujeto a la obligación, con arreglo al artículo 12, de facilitar el acceso desagregado a los bucles locales de par trenzado metálico, las autoridades nacionales de reglamentación garantizarán la publicación de una oferta de referencia que incluya al menos los elementos contemplados en el anexo II.

5. A la luz de la evolución de las tecnologías y los mercados podrá modificarse el anexo II de conformidad con el procedimiento previsto en el apartado 3 del artículo 14."

Asimismo, el artículo 7 del Reglamento de Mercados (Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre) establece:

" **Artículo 7. Obligaciones de transparencia.**

1. Se podrá exigir a los operadores a los que se refiere el artículo anterior que hagan pública determinada información en materia de acceso e interconexión, como la relativa a:

- a) La contabilidad.
- b) Las características de las redes.
- c) Las especificaciones técnicas.
- d) Las condiciones de suministro y utilización.
- e) Los precios.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el título III del Código de Comercio y en el capítulo VII del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, la



Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá establecer el contenido y el grado de concreción con la que se deberá hacer pública dicha información, así como la forma y periodicidad de su publicación.

Además, cuando de conformidad con el artículo 8 se impongan a dichos operadores obligaciones de no discriminación, el citado organismo podrá exigirles que publiquen una oferta de referencia, suficientemente desglosada para garantizar que no se exija a otros operadores pagar por recursos que no sean necesarios para el servicio requerido. Este desglose se realizará de acuerdo con las necesidades del mercado e incluirá tanto las condiciones de suministro como los precios.

2. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá determinar la información concreta que deberán contener dichas ofertas, el nivel de detalle exigido y la modalidad de su publicación o puesta a disposición de las partes interesadas, habida cuenta de la naturaleza y propósito de la información en cuestión.

En particular, se podrá requerir que las ofertas incluyan, entre otros, los siguientes elementos:

- a) La localización y la descripción de los puntos en los que se ofrece el acceso, incluyendo, en su caso, los niveles de red o área de cobertura asociados a cada uno de ellos y su numeración asociada.
- b) Los servicios o modalidades de servicio de acceso ofrecidas. Cuando sea pertinente, se señalarán las particularidades de índole técnica o económica aplicables a cada una de ellas y la descripción exhaustiva de las capacidades funcionales incluidas dentro de cada servicio o modalidad de servicio de acceso.
- c) Las características técnicas requeridas de las redes o elementos específicos que vayan a emplearse para la conexión a los puntos en que se ofrece el acceso; en su caso, se incluirá la información relativa a las condiciones de suministro de dichas redes o elementos específicos.
- d) Las especificaciones técnicas de las interfaces ofertadas en los puntos en los que se ofrece el acceso; cuando sea pertinente, se incluirán sus características físicas y eléctricas, los sistemas de señalización y los protocolos aplicables a los servicios de acceso y las capacidades funcionales ofertadas a través de la interfaz.
- e) La información, en su caso, sobre los servicios o capacidades funcionales proporcionados a los usuarios finales por el operador obligado, para los que se requiera su interfuncionamiento en los puntos en los que se ofrece acceso.
- f) Las características y las condiciones para la selección de operador, y se incluirán, si procede, limitaciones o peculiaridades que afecten a determinados tipos de comunicaciones en función de sus características o de su origen o destino.
- g) Las características y las condiciones para la conservación de los números o, en su caso, nombres o direcciones.
- h) Los procedimientos y las condiciones para el acceso a la información para la prestación de los servicios y a los sistemas de operación relevantes.
- i) Las condiciones generales para la realización y el mantenimiento del acceso, en especial, las relativas a los métodos y las fases de las pruebas para su verificación y procedimientos para proceder a las actualizaciones o a las modificaciones en los puntos de acceso cuando no constituyan una modificación en la oferta.
- j) Los acuerdos de nivel de servicio.
- k) Las condiciones económicas, incluyendo los precios aplicables a cada una de las componentes de la oferta.

3. 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).

4. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, los operadores que de acuerdo con el artículo 10 estén obligados a facilitar el acceso desagregado a los bucles locales de abonado de pares metálicos deberán disponer de una oferta de acceso al bucle de abonado que deberá incluir, como mínimo, los elementos que se recogen en el anexo II de este reglamento."

Pues bien, a la vista de estas previsiones legales es preciso estimar el recurso del Abogado del Estado. En efecto, como vamos a ver en el siguiente fundamento de derecho, la obligación controvertida de proporcionar acceso al organismo regulador a los referidos servicios web tiene una sólida cobertura normativa (fundamento



sexto); no puede ser calificada de desproporcionada o excesivamente intrusiva (fundamento séptimo); y, en fin, al establecerla no se han vulnerado los principios de información pública y audiencia (fundamento octavo).

SEXTO .- Sobre la cobertura normativa de la obligación de proporcionar acceso a los servicios web NEBA.

El Abogado del Estado basa la conformidad a derecho de la obligación impuesta a Telefónica en las obligaciones de transparencia y no discriminación que Telefónica debe asumir en virtud de la regulación de los mercados mayoristas de banda ancha, así como en la función de supervisión de las obligaciones que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones. Apoya estas funciones tanto en la regulación nacional como en el derecho comunitario, en particular en la Directiva de Acceso 2002/19/CE, normativa toda ella reproducida *supra*.

Frente a ello la postura de Telefónica, asumida en sus rasgos básicos por la Sentencia recurrida, opone la falta de previsión de una medida semejante a la controvertida en la regulación aplicable, tanto en relación con su función de garantía de no discriminación en el mercado afectado como de sus funciones de supervisión del mismo. En particular se insiste en que la petición de información ha de ser requerida de manera específica y limitada en el tiempo cuando ello sea preciso, lo que no habilita para imponer la obligación de proporcionar un acceso genérico a la información de que se trata.

Hemos de dar la razón al Abogado del Estado y establecer que la regulación antes reproducida ofrece una cobertura clara para que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, hoy la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, pueda imponer una obligación como la que se discute. En efecto, la imposición de la obligación en cuestión se apoya sin problemas en las atribuciones que la normativa ya reproducida otorga al órgano regulador, en particular a la función de supervisión de que el mercado afectado funcione de manera competitiva y no discriminatoria, objetivo éste que constituye en último término la razón de ser del organismo, y en la capacidad para imponer obligaciones de transparencia.

Debemos rechazar en cambio, la interpretación efectuada por la Sala de instancia que excluye la medida por no estar contemplada de forma específica en la normativa aplicable, aunque admita que pudiera ser útil para el cumplimiento de las funciones que el artículo 48. de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 atribuía a la extinta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En efecto, el artículo 48.3 de la Ley General de Telecomunicaciones formulaba como objeto del organismo regulador "el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercado de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercado de los servicios audiovisuales", así como la resolución de conflictos y el arbitraje entre los operadores. Y en el apartado 4 se enumeran las funciones concretas del organismo, entre las que se incluyen la arbitral (a), la resolución de conflictos (d), la adopción de medidas para salvaguardia del pluralismo de oferta, el acceso y la interconexión (e), materias éstas sobre las que podía la Comisión dictar instrucciones vinculantes y, finalmente, ejercer cualesquiera otras funciones que se le atribuyan legal o reglamentariamente (m). Estas funciones se especifican también -con más claridad y mejor técnica normativa- en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y en el 70 de la nueva Ley General de Telecomunicaciones (Ley 9/2014).

Al objeto y funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones previstas en el artículo 48 de la Ley General de Telecomunicaciones y que acabamos de mencionar se deben añadir las obligaciones aplicables a los operadores con poder significativo en el mercado de referencia -como lo es Telefónica- que contempla el artículo 13 del mismo texto legal, el artículo 7 del Reglamento de Mercados y el artículo 9 de la Directiva de Acceso. En el referido precepto de la Ley española se prevé expresamente que la Comisión podrá imponer en materia de transparencia y no discriminación (letras a y b). Aunque es cierto, como argumenta la Sala de instancia, que tales obligaciones están redactadas principalmente con referencia a los restantes operadores, no existe ninguna razón para entender que el órgano regulador pueda imponer a los operadores significativos "hacer público determinado tipo de información" y publicar una oferta de referencia, así como imponer obligaciones que garanticen la no discriminación respecto a los restantes operadores, y que no pueda requerir tal información para el propio regulador con la misma amplitud y carácter permanente que para los competidores.

Esto es, si el operador puede imponer la publicidad de ciertas informaciones técnicas del mercado de referencia para los competidores del operador relevante en el mercado mediante el acceso a determinadas plataformas web, precisamente para evitar abuso de dominio y eventuales tratos discriminatorios, parece evidente que el propio organismo regulador debe conocer en igual forma tal información, pues sólo así podrá determinar la necesidad, el alcance y las consecuencias de cualesquiera otras obligaciones sustantivas que pueda imponer a dicho operadores significativos al amparo de lo previsto en dicho precepto. En definitiva, se trata de una obligación instrumental para posibilitar que el órgano regulador pueda cumplir satisfactoriamente



tanto su objeto establecido en el artículo 48 de la Ley General de las Telecomunicaciones (establecimiento y supervisión de las obligaciones de los operadores) cuanto las propias obligaciones específicas respecto a los demás operadores a las que se refiere el artículo 13 que comentamos.

Es por ello de un formalismo extremado y contrario a una interpretación sistemática y razonable de los artículos comentados entender que, para cumplir con el referido objeto de la institución reguladora (establecimiento y supervisión de las obligaciones de los operadores) y para asegurar la transparencia y no discriminación en la actuación de los operadores con peso significativo, pueda el organismo regulador imponer a éstos que den acceso a una plataforma web con datos relevantes sobre el mercado a sus competidores y no pueda en cambio requerir que dicho acceso se otorgue también al propio regulador. Así pues consideramos que los citados preceptos, entendidos de manera finalista y sistemática, dan cobertura suficiente para la imposición de la obligación controvertida.

No constituyen objeciones capaces de invalidar la anterior conclusión determinados argumentos presentes en el recurso de instancia o en la Sentencia recurrida. Así, no es óbice bastante el que no se contemple de manera específica y concreta una medida semejante en el bloque normativo aplicable, desde la Directiva de Acceso a la Ley y Reglamento nacionales, pues resultaría en todo punto inadecuado para el cumplimiento de sus funciones que el organismo regulador sólo pudiese establecer medidas que estuviesen especificadas en concreto en la normativa, habida cuenta de la complejidad, carácter técnico y progresión técnica de la materia. El contenido obligado de una oferta de referencia, tanto en lo que se refiere a medidas técnicas como comerciales, no podría ser detallada normativamente, ni siquiera a nivel reglamentario, so riesgo de hacer inviable la función supervisora del organismo regulador. Antes al contrario, la posibilidad de exigir una oferta de referencia implica la habilitación para requerir medidas que el regulador considere imprescindibles o convenientes para la eficacia de la oferta de referencia cara a los operadores destinatarios de la misma por un lado y para el control de la aplicación y efectividad de la misma por otro. Así lo prevé expresamente el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados. Por otra parte, que la normativa especifique algunas medidas concretas no invalida la habilitación genérica, imprescindible para el cumplimiento de las funciones del regulador, de adoptar medidas y obligaciones no contempladas en concreto, siempre que resulten necesarias y sean proporcionadas al objetivo perseguido.

Tampoco el que la normativa se refiera preferentemente a las exigencias respecto a los restantes operadores constituye un argumento en contra de que se pueda imponer el acceso del regulador a una plataforma web. Lo más restrictivo para el operador significativo y lo que en todo caso requiere una previsión normativa más cuidadosa es precisamente el establecimiento de obligaciones referidas a los restantes operadores, que actúan en competencia con el dominante. La obligación de proporcionar acceso a la plataforma NEBE al regulador es, por el contrario, exclusivamente a efectos informativos y de supervisión, pero no supone nada contrario a los intereses empresariales del regulador significativo, salvo, evidentemente, que se considere así el proporcionar al citado organismo un mejor conocimiento del funcionamiento del mercado afectado.

Tampoco puede aceptarse la interpretación que reconduce la obligación de acceso a la plataforma NEBE a las facultades de adquisición de información del regulador mediante peticiones concretas y específicas de información mediante los oportunos requerimientos. El que la finalidad última de la medida de acceso a dicha plataforma sea la mejor información del regulador sobre el funcionamiento del mercado no hace equivalente esta obligación con los requerimientos de información contemplados en el artículo 9 de la Ley General de Telecomunicaciones. En efecto, el acceso a la citada plataforma es una obligación impuesta en aras de la transparencia del mercado, tanto en lo que se refiere a los restantes operadores, como en lo que respecta al regulador, obligado garante de dicha transparencia y ante el que el mercado no debe ser menos "transparente" que lo es respecto a los sujetos activos del mismo. Esto es, el regulador es el supervisor de un funcionamiento competitivo, transparente y no discriminatorio del mercado, y para ello ha impuesto una obligación de proporcionarle acceso a la misma plataforma operativa a la que acceden los operadores, si bien exclusivamente a efectos informativos. Dicha obligación debe ser sin duda calificada como una obligación de transparencia, aunque el sujeto destinatario sea el regulador, y precisamente porque, como reconoce la Sala de instancia, es un instrumento extremadamente útil para que dicho organismo cumpla con sus funciones supervisoras y garantes de la competitividad y transparencia entre los operadores.

SÉPTIMO .- Sobre la alegación relativa al carácter desproporcionado e invasivo de la obligación impuesta.

De la respuesta dada por esta Sala a la objeción sobre la supuesta falta de cobertura normativa de la obligación impuesta a TESAU de proporcionar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se puede deducir ya que la misma no es una medida exorbitante o excesivamente invasiva de la actuación empresarial de Telefónica, sino que es una obligación idónea y proporcionada para la finalidad perseguida.



En lo que respecta a los aspectos técnicos no resulta admisible calificar como excesiva las modificaciones técnicas que sean precisas para ampliar el acceso a un sujeto cuando dicha plataforma es ya de acceso múltiple, pues está configurada para que accedan el resto de operadores. Y en cuanto a la duración de la medida, es preciso recordar que no se trata de un requerimiento sino de un acceso automático que no requiere una respuesta por parte de Telefónica, por lo que no supone una carga excesiva para dicha mercantil. Por otra parte, en este caso no puede objetarse la obligación desde la perspectiva de su duración temporal, puesto que por su propia naturaleza es una medida de carácter permanente. A lo que es preciso añadir que la obligación consiste en habilitar un acceso pasivo a una plataforma web, esto es, un acceso a una determinada información sobre el mercado afectado, por lo que dicho carácter indefinido no tiene el significado de otras medidas u obligaciones que comportan restricciones u obligaciones positivas.

Finalmente, no puede dejar de insistirse en la racionalidad de la medida desde la perspectiva del correcto cumplimiento por parte del regulador de sus funciones, para lo que la propia Sentencia recurrida admite su enorme utilidad, aunque acabe considerándola falta de cobertura habilitante y desproporcionada. Pues bien, comprobado que la medida sí puede incardinarse en las facultades que ostentaba la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y ahora la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dicha utilidad abona que la obligación es adecuada y proporcionada, ya que favorece de manera clara la garantía de un funcionamiento competitivo y transparente del mercado al permitir cumplir al organismo regulador las funciones de garantía de dicho funcionamiento que le corresponden.

OCTAVO .- Sobre el respeto a los principios de información pública y audiencia.

En relación con la supuesta ausencia de sometimiento a los principios de información pública y contradicción previstos para la imposición de obligaciones, el Abogado del Estado recuerda que la medida aquí considerada fue incluida en la resolución de 10 de noviembre de 2011 sobre la propuesta de oferta de referencia del servicio NEBA (DT 2011/738), la cual fue sometida a trámite de audiencia y fue asimismo ampliamente debatida en el recurso de reposición interpuesto por Telefónica (y que dio lugar a la resolución de 11 de abril de 2012, en el expediente AJ 2011/2739).

Por lo tanto, considera que dicha medida ha sido sometida a audiencia y ha sido objeto de un amplio debate que, contrariamente a lo que señala el fundamento de derecho décimo de la sentencia recurrida, satisface las exigencias legales.

Por su parte la sentencia de 26 de mayo de 2014, en su fundamento de derecho décimo, antes reproducido, considera que se trata de una obligación impuesta a TESAU como consecuencia de su declaración como operador con poder significativo en el mercado y critica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no abriese un periodo de información pública de conformidad con lo establecido en dicho artículo 5 del Reglamento de Mercados, en relación con el artículo 86 de la LRJPAC, y se limitase a iniciar un procedimiento de revisión de la oferta de referencia del servicio NEBA, en el seno del cual se ha impuesto tal medida.

Sin embargo, la obligación sobre la que se discute no es una medida aislada, sino que es uno de los contenidos que en el presente caso la Comisión ha incluido en la oferta de referencia para el mercado afectado. No es procedente por tanto, considerarla como una medida que requiera un procedimiento específico distinto al de la propia oferta de referencia para el servicio NEBA. Como tal medida concreta incluida en una oferta de referencia, su legalidad puede sin duda ser objetada por razones sustantivas -como también hace la mercantil recurrente- pero no porque necesite de un procedimiento específico y autónomo. Así pues, su inclusión en el seno del proceso de revisión de la susodicha oferta de referencia NEBA, en sí misma sometida a las exigencias procedimentales de la previsión de obligaciones específicas a los operadores con poder significativo en el mercado, como lo es la de publicidad contemplada en el artículo 5 del Reglamento de Mercados que se invoca (Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre), cumple con el procedimiento legal establecido. Pero es que además, el artículo 7.3 del propio Reglamento prevé de forma específica la posibilidad de la que Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones introduzca cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas obligaciones contenidas en ellas, sin que haga referencia a la necesidad de abrir procedimientos específicos a tal efecto. No resulta procedente, por el contrario, tratar una medida que el regulador considera de necesaria inclusión en una concreta oferta de referencia, como una obligación aislada que requiera un procedimiento autónomo y distinto.

Ha de tenerse en cuenta que la obligación de proporcionar acceso al regulador a los referidos servicios web no tiene por objeto la regulación de su actividad como mayorista o la imposición de obligaciones directamente encaminadas al mejor funcionamiento del mercado afectado (en este caso, el mercado 5 de banda ancha). Se trata más bien de una obligación impuesta al operador mayorista encaminada a asegurar la información



y transparencia hacia el organismo regulador, al objeto de permitir el control de la aplicación de la OBA y, en general, del funcionamiento del mercado afectado.

Una información que, por lo demás, no es reservada, puesto que tienen acceso a la misma los demás operadores, por lo que no dejaría de resultar llamativo que todos los operadores tuviesen acceso a dicha información en directo vía web menos el regulador, que tiene precisamente la función de asegurar el buen funcionamiento del mercado, el cumplimiento de sus obligaciones por parte del operador dominante y la de resolver los conflictos que puedan surgir entre los diversos operadores.

En definitiva, por tanto, tiene razón la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el Abogado del Estado en su defensa, cuando sostienen que la oferta de referencia del servicio NEBA fue sometida al preceptivo trámite de audiencia y que la medida en particular fue luego debatida por TESAU en el recurso de reposición, cumpliéndose así con las exigencias legales de carácter procedimental. Como tal obligación relativa a la información sobre la aplicación de la oferta de referencia el procedimiento seguido de incorporarla a la misma, en un procedimiento en el que Telefónica ha participado, alegado y recurrido en reposición, no puede objetarse la omisión de un trámite de audiencia ni indefensión de ningún tipo."

En resumen, la obligación cuestionada -proporcionar acceso a los servicios NEBA y, en concreto, la obligación de facilitar el acceso de la CMT mediante web services a los módulos de información, averías y solicitudes de NEON- goza de cobertura normativa; no tiene carácter desproporcionado e invasivo; y se han respetado los principios de información pública y audiencia.

Por las mismas razones -ahora respecto a la obligación de facilitar el alta con perfil de supervisor a los sistemas de servicios MARCo- debemos estimar el nuevo recurso de casación del Abogado del Estado y, en aplicación del artículo 95.2 de la entonces vigente LJCA, resolver el recurso contencioso-administrativo de TESAU tal y como hicimos en el precedente tantas veces invocado.

CUARTO.- Conclusiones y costas.

Al declararse haber lugar al recurso de casación, no procede hacer imposición de las costas procesales del recurso de casación, según el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción. En cuanto a las costas de la instancia, no se imponen por las dudas de derecho que concurren en el caso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1. Declarar que ha lugar y, por lo tanto, estimar el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de fecha 24 de noviembre de 2014, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo núm. 31/2013. 2. Casar y anular la sentencia objeto de recurso. 3. Desestimar el mencionado recurso contencioso-administrativo, interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 22 de noviembre de 2012, por la que desestimó el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España. SAU contra la resolución de 5 de julio de 2012 sobre revisión de la oferta mayorista de acceso a registros y conductos (Resolución MARCo). 4. No imponer las costas del recurso contencioso-administrativo ni las del recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech Jose Maria del Riego Valledor Angel Ramon Arozamena Laso

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON Angel Ramon Arozamena Laso FRENTE A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 685/2015.

Con el mayor respeto hacia el criterio mayoritariamente adoptado en este recurso de casación, lamento disentir del fallo que, a mi juicio, debió ser desestimatorio del recurso de casación, en los mismos términos y por idénticas razones que las que expuse en el voto emitido en el recurso de casación núm. 2608/2014, a la sentencia de fecha 3 de mayo de 2017, también en un conflicto que enfrentaba a Telefónica frente a una resolución de la CMT, entonces sobre la propuesta de oferta de referencia del servicio NEBA y en concreto sobre la obligación de facilitar el acceso de la CMT mediante web services a los módulos de información, averías y solicitudes de NEON.

Allí expuse mi discrepancia con los fundamentos de derecho sexto (sobre la cobertura normativa de la obligación de proporcionar acceso a los servicios web NEBA), séptimo (sobre la alegación relativa al carácter desproporcionado e invasivo de la obligación impuesta) y octavo (sobre el respeto a los principios de información pública y audiencia).

En la medida que ahora nuestra sentencia reitera lo que allí se dijo, me limito a remitirme a dicho voto particular y a las consideraciones que hice -compartiendo la posición de la sentencia recurrida y de Telefónica-, en el apartado 5 del voto particular.

Así, resumiendo la que extensamente allí se recogió en los subapartados:

A) Sobre el carácter desproporcionado e invasivo de la obligación impuesta.

«En definitiva, el ejercicio de las competencias de la CMT está sometido 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, pero debiendo ser su intervención proporcionada. Y, como dice la sentencia recurrida, 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».

B) Sobre la falta de cobertura normativa que permita dicho acceso.

«En conclusión, para rechazar este segundo submotivo del recurso, a la vista de la normativa de aplicación, ampliamente invocada por las partes, consideramos que la obligación cuestionada no está amparada en el ejercicio de las facultades de supervisión de la CMT. No se contempla la obligación de que el operador 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. Y no concurren circunstancias excepcionales y debidamente justificadas para ello. Y por muy útil que sea para el regulador poder acceder en las mismas condiciones 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 y carece de la debida justificación - más allá de criterios de utilidad y comodidad-».

C) Sobre el respeto a los principios de información pública y audiencia.

«De este modo, la sentencia no se refiere al trámite de audiencia del procedimiento DT 2011/738 o al, en palabras de la recurrente, "*amplio debate*" que se suscitó en el expediente AJ 2011/739, sino que, teniendo en cuenta que se trata de una obligación impuesta a TESAU como consecuencia de su declaración como operador con poder significativo en el mercado, critica que la CMT no abriese un periodo de información pública de conformidad con lo establecido en dicho artículo 5 del Reglamento de Mercados, en relación con el artículo 86 de la LRJPAC, y se limitase a iniciar un procedimiento de revisión de la oferta de referencia del servicio NEBA, en el seno del cual se ha impuesto tal medida a mi mandante.

Por tanto, acierta, a mi juicio, la sentencia recurrida al considerar que esta obligación se ha establecido sin respetar el procedimiento establecido legalmente para imponer tales medidas a TESAU, que no es otro que la apertura de un periodo de información pública».

Y, en consecuencia, entiendo que el recurso del Abogado del Estado debió ser desestimado.

En Madrid, en la misma fecha que la sentencia de la que se discrepa.

Angel Ramon Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, junto con su voto particular, por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.