



Roj: **SAN 3922/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:3922**

Id Cendoj: **28079230082017100413**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **02/10/2017**

Nº de Recurso: **649/2016**

Nº de Resolución: **433/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000649 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06796/2016

Demandante: TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU

Procurador: D^a. CARMEN ORTIZ CORNAGO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a dos de octubre de dos mil diecisiete.

Visto el presente recurso contencioso administrativo n^o **649/16**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por la Procuradora **D^a. Carmen Ortiz Cornago**, en nombre y representación de **TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU**, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 18 de octubre de 2016, sobre Revisión de la Oferta MARCO de Telefónica, en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el Abogado del Estado. Se ha personado como codemandada la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL), representada por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. **D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA**, Magistrada de la Sección.



AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU, (Telefónica), contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 18 de octubre de 2016, sobre revisión de la oferta MARCo de Telefónica.

SEGUNDO: Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de derecho y terminó por suplicar que, previos los tramites legales pertinentes, se dicte sentencia en la que, estimando el recurso, se declare la anulación de la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, adoptada en sesión celebrada el día 18 de octubre de 2016, en lo que respecta a:

El mandato consistente en modificar el texto de la Oferta MARCo, 1) de conformidad con su apartado 1.1, relativo a métodos de subconductación, y 2) de conformidad con su apartado 4.2. Proceso de replanteo, al objeto de limitar (iii) la supervisión de las instalaciones de los operadores.

El resuelve Tercero que dispone En el plazo máximo de cuatro meses a partir del día siguiente a la notificación de la presente Resolución, Telefónica deberá actualizar sus sistemas de provisión mayoristas para acomodar las nuevas especificaciones recogidas en la presente Resolución.

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

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

QUINTO: Habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento, se practicó la propuesta, con el resultado que obra en la causa, y, evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 27 de septiembre del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En la precitada resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 18 de octubre de 2016, sobre revisión de la oferta MARCo de Telefónica, se *RESUELVE*:

Primero.- Aprobar las modificaciones a la oferta de referencia para la prestación del servicio MARCo de acuerdo con lo indicado en el anexo 3 del presente escrito.

Segundo.- El texto de la oferta será publicado por la CNMC en su página web y Telefónica deberá publicarlo en su página web en el plazo máximo de 10 días a partir del día siguiente a la notificación de la presente Resolución.

Tercero.- En el plazo máximo de cuatro meses a partir del día siguiente a la notificación de la presente Resolución, Telefónica deberá actualizar sus sistemas de provisión mayoristas para acomodar las nuevas especificaciones recogidas en la presente Resolución.

Son antecedentes de dicha resolución los siguientes:

- Con fecha 11 de junio de 2015, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) requirió a Telefónica información relativa, entre otros aspectos, al uso de los métodos de subconductación que, de acuerdo con la oferta MARCo, han venido empleando tanto Telefónica como los operadores alternativos.

- Mediante escrito de fecha 23 de junio de 2015, Telefónica remitió la información solicitada, consistente en el volumen aproximado de subconductos de distintas características físicas -tanto en formato rígido de diversos tamaños como flexible- instalados hasta la fecha por los operadores que despliegan sus redes apoyándose en la oferta MARCo.

- Mediante escrito de fecha 22 de julio de 2015, Grupalia Internet S.A. (Grupalia) solicitó la revisión de la metodología de subconductación recogida en la oferta MARCo de Telefónica, al objeto de permitir el uso generalizado de las tecnologías de subconductación, como son los subconductos textiles, que dicha oferta actualmente restringe a situaciones de escasez de espacio en las canalizaciones.



- Mediante escrito de la DTSA de fecha 29 de septiembre de 2015, se notificó a Telefónica y al resto de operadores interesados la apertura de un procedimiento administrativo para la revisión de aspectos técnicos y operativos de la oferta de referencia MARCo.
- Iniciado el correspondiente procedimiento, presentaron escritos de alegaciones Telefónica, Orange, Vodafone, Jazz Telecom, (sociedad que se ha integrado en Orange), ASTEL, Grupalia, BT España, Masmóvil, Embou y Dragonet
- El 13 de junio de 2016 la DTSA emitió informe y se abrió el trámite de audiencia. Presentaron alegaciones Telefónica, Vodafone, Orange, Ufinet, Euskaltel, BT, ASTEL, Aire Networks y ASOTEM.

En los fundamentos de la resolución se razona, entre otras cuestiones, que la CNMC aprobó con fecha 24 de febrero de 2016 la Resolución por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas. En esa resolución, la Comisión concluyó que el mercado de referencia no es realmente competitivo e identificó a Telefónica como operador con PSM en el mismo, imponiéndole las correspondientes obligaciones, entre las que se encuentran las siguientes: (i) obligación de proporcionar acceso a los recursos asociados de infraestructuras de obra civil, a precios regulados en función de los costes (ii) obligación de transparencia en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil y, (iii) obligación de no discriminación en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil. En concreto, la obligación de transparencia se concretaba en la obligación de presentar una oferta de referencia para la prestación de los servicios mayoristas de acceso a sus infraestructuras de obra civil.

Tras describir el conjunto de servicios que componen la oferta MARCo y los procedimientos para la gestión de las solicitudes a través del sistema MARCo, se indica que actualmente el número de operadores con derecho a recurrir al servicio MARCo, por haber formalizado el correspondiente contrato con Telefónica, asciende a 209, de los cuales 77 han hecho o están haciendo un uso efectivo del servicio. Se valoran las alegaciones comunicadas por los distintos operadores en relación con una serie de aspectos de carácter principalmente técnico y procedimental.

Sobre los métodos de subconductación, se atiende a las solicitudes de varios operadores de que sea admitido el uso generalizado de la subconductación flexible, con independencia de si concurren los requisitos actualmente establecidos en la oferta (existencia de situaciones de escasez de espacio), para lograr un mayor grado de eficiencia en el uso del espacio en las canalizaciones. Y se valora la oposición de Telefónica, que alega dificultades técnicas y operativas de las que supuestamente adolece el uso de esas soluciones; concretamente, afirma que con frecuencia es imposible garantizar una correcta obturación del conducto, lo que conlleva riesgos intrínsecos en materia de prevención de riesgos laborales y, en cuanto a la supuesta reducción de los costes de despliegue que conlleva el uso de soluciones flexibles, Telefónica indica que debe tenerse en cuenta que el producto actualmente disponible es una solución propietaria y patentada, no existiendo la opción de que los operadores puedan recurrir a suministradores alternativos. Por otra parte indica Telefónica que la ocupación de un alto porcentaje de la superficie transversal útil de un conducto perjudica posteriormente las labores de mantenimiento, al no disponerse de espacio suficiente para la manipulación de los cables instalados, y que el uso de ductos de bajo diámetro (inferior a los 40mm) imposibilita el empleo de cables de gran capacidad, siendo estos los más eficientes en el uso de la canalización, con lo que la generalización del uso de estas soluciones puede impedir el despliegue masivo de las redes NGA.

Concluye la Comisión que, a la vista de lo establecido en las Recomendaciones de la Comisión Europea, de 20 de septiembre de 2010, relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación (Recomendación NGA), y de 11 de septiembre de 2013, relativa a la coherencia en las obligaciones de no discriminación y en las metodologías de costes para promover la competencia y potenciar el entorno de la inversión en banda ancha (Recomendación de no discriminación), cabe plantearse si es justificable que Telefónica ostente una posición preferencial a la hora de elegir e imponer procedimientos y técnicas específicas de instalación. Indicando que en el marco de las condiciones de uso del servicio mayorista MARCo, Telefónica está decidiendo de forma unilateral acerca de los recursos que otros operadores pueden instalar; pudiendo imponer a éstos soluciones específicas por ajustarse a sus propios requisitos de uso internos, así como bloquear cualquier iniciativa tecnológica por parte de los operadores, que de otro modo podrían optar por la implantación de otras soluciones de mayor eficacia o menor coste, siempre que estuviesen alineadas con los criterios generales establecidos en la oferta de referencia.

Se afirma que en la revisión anterior de la oferta MARCo en 2012 se adoptó un enfoque conservador ante la posibilidad de que el uso generalizado que solicitan los operadores originase algunas de las situaciones y peligros en materia de prevención de riesgos laborales (PRL) anunciados por Telefónica, lo que llevó a no



implantar entonces la medida en toda su amplitud. Sin embargo, ninguno de los problemas de seguridad que exponía Telefónica en la Resolución de 2012 se ha evidenciado. Por otra parte, el personal que lleva a cabo los trabajos de despliegue para Telefónica no ostenta un perfil profesional o formación exclusivos de los que carezcan los técnicos que realizan tareas análogas para el resto de operadores, más aun teniendo en cuenta que habitualmente estos trabajos son desarrollados por empresas subcontratadas de características muy similares, siendo a menudo comunes a varios operadores, por lo que no cabe suponerle a Telefónica una mayor capacidad de discernir, con respecto al resto de operadores, cuáles son las técnicas de subconductación más eficientes, seguras o económicas.

La modificación de la oferta se concreta en permitir la instalación de subconductos flexibles textiles, así como ductos y microductos rígidos de tamaño distinto a los de 40mm de diámetro (por ejemplo 25, 20, 18, 16 o 14mm), con carácter general, esto es, con independencia de si concurren circunstancias de alta ocupación en las canalizaciones de Telefónica. Cuando el operador entrante opte por emplear subconductos distintos a los de 40 mm en un conducto de Telefónica, deberá instalar, si el espacio disponible en el mismo es suficiente de acuerdo con el criterio de sección útil, un mínimo de 4 subconductos rígidos o bien 3 celdas flexibles. Únicamente si la falta de espacio disponible en el conducto no lo permite podrá justificarse la instalación de un número inferior de subconductos. Este criterio de ocupación será de aplicación a todos los conductos de Telefónica (con la salvedad de aquellos tramos donde se permite la instalación directa de cables) con independencia de si se encuentran totalmente vacíos o parcialmente ocupados. En conductos que se encuentren subconductados con 3 ductos de 40mm, estando dichos ductos ocupados por cables y por tanto en estado de saturación de acuerdo con las normas de ocupación vigentes hasta la fecha actual, el operador podrá incorporar nuevos subconductos flexibles o microductos, lo que permitirá la instalación de tendidos adicionales. (...)Telefónica podrá revisar las instalaciones efectuadas y, si no responden a un uso eficiente del espacio en los términos descritos, podrá comunicarlo al operador para que lo solvete. También los operadores que hagan uso del servicio MARCo podrán denunciar situaciones de uso ineficiente, ya sean causadas por otros operadores o Telefónica. Cuando concurren estas situaciones la CNMC podrá obligar al operador, si no justifica objetivamente las causas que puedan impedir llevar a cabo la instalación eficiente (por ejemplo por el mal estado de las canalizaciones), a modificar su instalación para adecuarla a dichos términos. Toda actuación llevada a cabo en el marco del servicio mayorista deberá ser acorde con las prescripciones técnicas recogidas en la oferta y con lo dispuesto en ella en materia de prevención de riesgos laborales. Cuando Telefónica detecte la violación de dichas prescripciones por parte de un operador tendrá la potestad de requerirle la restitución del estado anterior de la red, lo que podrá incluir, entre otras, tareas de retirada de cables, sustitución de conductos o subconductos y reparación de elementos de obra civil. Estas actuaciones de restitución o reparación también podrá exigir las Telefónica a aquellas entidades que lleven a cabo la ocupación de infraestructuras de Telefónica sin haber formalizado de forma previa su derecho de ocupación mediante la firma del correspondiente acuerdo de acceso MARCo. (...)

En relación con la supervisión de las instalaciones de los operadores, Telefónica propone el replanteo conjunto como la mejor manera de garantizar la calidad de las instalaciones, la asignación eficiente de los recursos y que ayuda de forma preventiva a mantener la calidad global de la red.

Sin embargo, entiende la Comisión que es más eficiente desarrollar otra de las líneas de trabajo apuntadas por Telefónica, consistente en garantizar un procedimiento sostenible de revisión de las ocupaciones. Pues un cierto nivel de supervisión de las ocupaciones efectuadas por los operadores se estima necesario para garantizar el correcto estado y ejecución de las mismas tanto a nivel técnico como de cumplimiento de la normativa de PRL, especialmente cuando se desarrollan en condiciones de replanteo autónomo. A estos efectos sería necesario garantizar ciertos recursos técnicos y económicos de forma que, aun cuando los operadores no debieran pagar a Telefónica cuotas por acompañamiento en el replanteo autónomo, sí se estableciese una compensación que permitiese a Telefónica revisar algunas de las instalaciones efectuadas por los operadores.

Frente a la propuesta de Telefónica de que se incluya en la facturación de cada solicitud, en concepto de revisión de la ocupación efectuada por el operador, un importe en el alta equivalente al que actualmente percibe por la realización de replanteos, y que las tareas de supervisión deben efectuarse en la totalidad de las instalaciones (o al menos en las efectuadas bajo la modalidad de replanteo autónomo), de forma que lo que no se factura por replanteo conjunto se facture por supervisión, la Comisión se plantea otra forma adecuada de remunerar las actividades de supervisión. Afirmando, en primer lugar, que cualquier importe que se admita en concepto de revisión de instalaciones únicamente se puede aplicar a solicitudes de uso correspondientes a replanteos autónomos. Y, por otra parte, que siendo cierto que las actuaciones de replanteo se llevan a cabo para todas y cada una de las solicitudes, no necesariamente debe trasladarse dicho criterio al proceso de supervisión de instalaciones, puesto que el desarrollo eficaz del mismo no requerirá el mismo nivel de presencia. Considerando excesivo que deba acudir a supervisar el 100% de las instalaciones que se



llevan a cabo, puesto que el procedimiento se limita a operadores previamente acreditados y el objeto de esta supervisión no debe ser la detección individual de cada intervención incorrecta, sino más bien la determinación de la predisposición al buen (o mal) uso por parte de los distintos operadores, ya que este conocimiento general es suficiente para la adopción de medidas correctoras con finalidad disuasoria.

Se concluye que un proceso de supervisión de tales características puede llevarse a cabo mediante un procedimiento de muestreo, siendo suficiente para extraer conclusiones acerca de la conducta de cada operador limitar el número de inspecciones al 20% del total de las ocupaciones en modalidad de replanteo autónomo. Teniendo en cuenta que el replanteo se factura en función del número de registros abiertos en cada actuación, por lo que puede remunerarse el coste de las inspecciones aplicando en cada solicitud el porcentaje citado al precio que resultaría de un replanteo con el número de registros de la solicitud y considerando los valores medios históricos del porcentaje de registros abiertos (75 % de cámaras y 61% de arquetas).

Con carácter excepcional, se asume la petición de Telefónica de que no se permita el replanteo autónomo por el operador, por motivos de seguridad que requieren que Telefónica acompañe al operador durante el replanteo, en aquellas solicitudes en las que se incluya el tendido de cable desde sala OBA (registro Tipo: SdO, SdT y SdTSM), cámara de registro de salida de central (registro con uso 0), postes o cámara multioperador (CRMO).

En consecuencia, la modificación de la oferta se orienta a que Telefónica adopte todas las medidas necesarias para que el acceso a sus infraestructuras se lleve a cabo en condiciones que eviten la discrecionalidad y las prácticas no competitivas. Con dicho objeto se modifica la oferta para reconocer la posibilidad de replanteo autónomo sin intervención de Telefónica, con la excepción de aquellas solicitudes en las que se incluya el Tendido de cable desde sala OBA, o bien incorporen cámara de registro de salida de central (registro con uso 0), postes o cámara multioperador (CRMO).

Se define un mecanismo de acreditación mediante el cual los operadores pueden solicitar la adhesión, sin coste alguno, a la modalidad de replanteo autónomo. El operador solicitante debe firmar el Acuerdo de Buenas Prácticas que figura en el anexo IV de la oferta, por el que se establece que el operador debe enviar a Telefónica documentación actualizada de acreditación de los trabajadores que van a realizar replanteos y trabajos en las infraestructuras. Este mecanismo de acreditación no será obligatorio para la realización de replanteos autónomos en la red de dispersión (acometidas).

Telefónica podrá incluir en la facturación de cada solicitud en modalidad de replanteo autónomo, en concepto de revisión de la ocupación efectuada por el operador, un importe en el alta equivalente al 20% del precio del replanteo. Dado que el replanteo se factura en función del número de registros abiertos en cada actuación, para el cálculo del precio de la revisión de ocupaciones se recurrirá a valores medios históricos del porcentaje de registros abiertos (75 % de cámaras y 61% de arquetas).

En cuanto al plazo de implantación, se expone que debe establecerse un plazo razonable para que Telefónica pueda llevar a cabo las adaptaciones necesarias en el sistema de provisión mayorista. Que para la implantación inicial de la oferta MARCO se estableció un plazo de 4 meses; a la vista de dicho precedente y para permitir a Telefónica que disponga de todos los recursos necesarios, se estableció en el informe de la DTSA que dichos procedimientos debían estar operativos en un plazo de dos meses. Sin embargo, ante las alegaciones de Telefónica, en disconformidad con dicho plazo, al considerarlo insuficiente dado el alcance de los desarrollos derivados de las modificaciones requeridas y la actual concurrencia de numerosos desarrollos correspondientes a distintos servicios mayoristas, se considera que es razonable la ampliación del plazo de dos meses inicialmente previsto a cuatro meses. Y ello sin perjuicio de que toda modificación del servicio MARCO para la que no resulte imprescindible la actualización de los sistemas de provisión, sea incorporada en la operativa normal del servicio con carácter inmediato, es decir, a partir del momento en que la nueva oferta sea publicada.

SEGUNDO: En el escrito de demanda se articula la impugnación de la anterior resolución en lo que se refiere a la obligación impuesta a Telefónica de modificar el texto de la Oferta para incluir las siguientes obligaciones:

La obligación de Telefónica de admitir la instalación de subconductos flexibles textiles, de forma generalizada.

La obligación de Telefónica de admitir nuevas configuraciones de subconductación sobre instalaciones con cables en servicio.

La limitación del pago de inspecciones de instalaciones, al 20% del total de las ocupaciones en modalidad de replanteo autónomo.

Se opone también Telefónica a la obligación de actualizar, en el plazo máximo de cuatro meses, sus sistemas de provisión mayoristas para acomodar las nuevas especificaciones recogidas por la Resolución.

En relación con las técnicas de subconductación, alega que, contrariamente a lo puesto de manifiesto por la CNMC en la resolución impugnada, la instalación de malla textil, al igual que la instalación de los miniductos, en canalizaciones ya en servicio con 3 tubos de 40mm y tapones de anclaje, entraña el incumplimiento de la normativa técnica aplicable.

Denuncia la vulneración de la normativa aplicable a las técnicas de subconductación y del principio de igualdad. Y ello porque la normativa aplicable a las distintas técnicas de subconductación (**NO** RMA UNE 133100, que tiene por objeto definir las características generales de los sistemas de construcción de canalizaciones subterráneas para la instalación de redes de telecomunicaciones) señala que todos los conductos (tanto vacíos como ocupados e independientemente de las técnicas de subconductación empleadas) han de quedar obturados tras una intervención en los mismos. Que la única solución de malla textil que se comercializa (MAXCELL), sujeta a derechos de patente, prevé la obturación de los conductos usando un sistema de bolsas inflable que convierte dicha obturación en un proceso laborioso, de una complejidad extraordinaria en las situaciones de existencia de otros cables o subconductos, haciéndolo incompatible, en muchas ocasiones, con la solución de obturación previa instalada por Telefónica. Por ello, la utilización de este sistema de subconductación basado en malla textil bajo licencia de MAXCELL implica necesariamente, en los escenarios reales de planta, que se dejen sin obturar los conductos, comprometiendo la seguridad y el cumplimiento de los requerimientos mínimos fijados en la normativa de Prevención de Riesgos Laborales. Que Telefónica ha constatado en la auditoría llevada a cabo durante el mes de junio de 2016 (sobre una muestra de 12 instalaciones, en las que los operadores han declarado la utilización de mallas textiles como sistema de subconductación) el incumplimiento del requisito de obturación dispuesto por la normativa.

Concluye que la Resolución impugnada es contraria a Derecho, incurriendo en vicio de anulabilidad por aplicación del artículo 48 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común. Que no es admisible que la CNMC, en previsión de que se verifiquen los daños que se invocan, se limite a recordar que la responsabilidad corresponde a cada Operador interviniente, dejando de esta manera a Telefónica a expensas del grado de diligencia del resto de los operadores en la observancia de sus obligaciones, y por tanto, en situación de desamparo en orden al cumplimiento de las obligaciones que recaen sobre Telefónica, en su condición de garante de la integridad de la red, al desvincularse dicho cumplimiento de la autonomía de su voluntad.

Añade que la configuración mediante subconductos de 40 mm viene acompañada de un tapón de anclaje utilizado por Telefónica, el cual, además de la preceptiva obturación, permite la correcta fijación y manipulación de los citados subconductos. Y que la novedad introducida por la Resolución, que permite instalar nuevos tubos en conductos que ya se encuentran ocupados con tres subconductos de 40 mm, dará lugar a nuevas configuraciones, siendo de imposible cumplimiento y contrario a la normativa técnica de aplicación, debido a que supondría la retirada de dicho tapón de anclaje para dejarlo colgado sobre los cables en servicio, puesto que los cables no se pueden cortar para extraer el tapón de anclaje; además, la instalación posterior de miniductos de diferentes tipos conforman una configuración de subconductos sobre la que no hay disponibles tapones de anclaje en el mercado que resuelvan su anclaje.

En cuanto a la supervisión de las instalaciones de los Operadores, manifiesta que si bien la CNMC ha admitido la necesidad de supervisión de instalaciones, limita el número de inspecciones al 20% del total de ocupaciones en modalidad de replanteo autónomo. Entendiendo la recurrente que cualquier decisión que tenga por finalidad asegurar el cumplimiento de las obligaciones que recaen sobre Telefónica, en su condición de garante de la integridad de la red, excede de la competencia de la CNMC, debiendo adoptarse según el propio criterio de Telefónica.

Razona que la CNMC es competente para establecer obligaciones de acceso a Telefónica, en su condición de Operador con poder significativo de mercado, en relación con sus infraestructuras, pudiendo también vincular a dichas obligaciones determinadas condiciones en materia de equidad, racionalidad y oportunidad. Sin embargo, la supervisión de las instalaciones no es inherente a la obligación de acceso, lo que hubiese autorizado la intervención de la CNMC.

Denuncia la vulneración del artículo 44.2 LGTel. Alegando que, al no ser el control de las instalaciones inherente a las obligaciones de acceso, tampoco puede constituir una condición accesoria de dicha obligación de acceso, en materia de equidad, racionalidad u oportunidad. Por el contrario, la supervisión de las instalaciones es una facultad de la que dispone Telefónica, derivada de su responsabilidad como garante de la integridad de la red, a la que viene obligada por virtud del artículo 44.2 LGTel. Que Telefónica debería estar facultada, en orden al cumplimiento de sus deberes de garantía de la red, para poder cobrar por las intervenciones de inspección que realice, todas ellas, independientemente de que se trate de un replanteo autónomo o conjunto.

Por todo lo anterior, alega que la Resolución debe anularse en aplicación del artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015, al haber sido dictada en lo que atañe a la supervisión de instalaciones, por un órgano manifiestamente



incompetente por razón de materia y por ser manifiestamente contraria al deber de garantía de la red que dispone el artículo 44.2 LGTel, en aplicación del artículo 48 de la misma Ley de Procedimiento Administrativo .

En relación con el establecimiento del plazo máximo de cuatro meses para la actualización de los sistemas de Telefónica para acomodar las nuevas especificaciones, alega que los procesos de implantación de desarrollos o modificaciones en los servicios de Telefónica exigen una duración mayor. Que vulnera el principio de proporcionalidad (artículo 13.4 de la Ley 9/2014 y 4.2 del Real Decreto 2296/2004). Que el nivel de complejidad, de grado medio, de los desarrollos derivados de la Resolución impugnada requiere un plazo de ejecución nunca inferior a 7 meses. Cualquier otro plazo inferior, es inexigible jurídicamente por cuanto atenta contra el principio de proporcionalidad, comprometiendo la seguridad y calidad de los sistemas, en cuanto que exige la aceleración (u omisión parcial) de unos procesos que tienen por finalidad garantizar la salvaguarda de aquéllas.

La entidad actora aporta, con el escrito de demanda un Informe sobre Subconductación añadida en instalaciones existentes con subconductación 3xØ40 mm, de fecha 13 de marzo de 2017, elaborado por servicios de la propia empresa.

TERCERO: El Abogado del Estado se opone al recurso, exponiendo que la oferta MARCO permite el acceso a las infraestructuras de obra civil de Telefónica y así hace posible que el resto de los operadores puedan implantar redes de fibra óptica en condiciones de igualdad con Telefónica, que controla esta infraestructura construida a lo largo de décadas, cuando ofrecía el servicio telefónico en régimen de monopolio. La oferta MARCO recoge un conjunto de servicios que Telefónica debe prestar para facilitar dicho acceso, sus condiciones técnicas, económicas y procedimientos asociados.

En respuesta a los aspectos de la resolución de la CNMC que son objeto de impugnación por Telefónica, alega:

1.- Instalación de subconductos flexibles de forma generalizada.

En la resolución recurrida se generalizó el uso de microductos o las mallas textiles a cualquier situación, lo que conlleva mejoras operativas y económicas a los operadores. El uso de mallas textiles no es incompatible con la obturación de los conductos, ya que al reintroducirse el material sobrante en el conducto, de ninguna manera puede interferir en el proceso de obturación. Una vez retirada la malla hacia el interior del conducto, tal como debe hacerse de acuerdo con la operativa recomendada por el fabricante, la tarea necesaria para la obturación es equivalente a la que se debe llevar a cabo cuando se introduce un cable sin malla. Pudiendo ser cierto, como afirma Telefónica, que los trabajos de obturación sean más laboriosos, pero ello no justifica que deba prohibirse su uso, especialmente dado que el resto de los operadores están interesados en dicho material. La oferta MARCO establece claramente que los operadores deben actuar de forma responsable, en todo caso siempre de acuerdo con los requisitos recogidos en la oferta y en cumplimiento de las previsiones técnicas y de prevención de riesgos laborales, y que los operadores deben asumir la responsabilidad derivada de cualquier incidencia que sus intervenciones puedan causar. Para la detección de actuaciones irresponsables, o en general desacordes con la oferta, se prevé que Telefónica pueda llevar a cabo intervenciones de supervisión tras los trabajos de instalación de los operadores, pudiendo recurrir a la CNMC si detecta que algún operador incurre en dichas prácticas.

2.- Nuevas configuraciones de subconductación sobre cables en servicio.

Se opone a los argumentos de la recurrente, en cuanto que la instalación de nuevos ductos en conductos que ya se encuentren ocupados con 3 subconductos, impide cumplir con el requisito de anclaje de los subconductos. Razonando que no debe suponerse, tal como hace Telefónica, que los operadores no puedan disponer de medios técnicos para la instalación de nuevos ductos en conductos que ya se encuentren ocupados con 3 subconductos sin incurrir en el incumplimiento de la normativa de PRL. Siendo suficiente la indicación recogida en la actual oferta de que los subconductos deban quedar anclados al conducto (de ella se desprende que los operadores no pueden retirar el anclaje a menos que dispongan de medios técnicos para reponerlo), y no se considera necesaria la prohibición explícita que solicita Telefónica (en tanto que supone un freno a la posible incorporación de nuevas tecnologías).

3.- Limitación del pago al 20% de las instalaciones.

La supervisión de las instalaciones está directamente relacionada con las condiciones mediante las que se presta el acceso a los operadores, puesto que implica un coste que se repercute a los mismos. La CNMC limita en la Resolución recurrida el porcentaje de supervisiones cuyo coste puede repercutirse a los operadores, pero no restringe el derecho de Telefónica a llevar a cabo cuantas supervisiones considere oportuno.

No se cuestiona que Telefónica deba garantizar la integridad de la red. Sin embargo, no puede permitirse que esa obligación pueda derivar por exceso de celo en una sobrecarga económica innecesaria para los



operadores. La CNMC justificó que para garantizar la calidad de las instalaciones no es necesaria la total supervisión de las mismas, considerando que el procedimiento se limita a operadores previamente acreditados y el objeto de esta supervisión no debe ser la detección individual de cada intervención incorrecta sino más bien la determinación de la predisposición al buen (o mal) uso por parte de los distintos operadores, ya que este conocimiento general es suficiente para la adopción de las medidas correctoras con finalidad disuasoria. El propio procedimiento definido por Telefónica y aplicado desde 2008 contempla una visita de replanteo conjunto pero no una fase de supervisión posterior.

La solicitud de Telefónica de que se estableciesen mecanismos que le permitiesen actuar de forma autónoma -sin solicitarlo a la CNMC-, retirando cables de los operadores o rescindiendo sus contratos y su capacidad de acceder al servicio MARCO, no tiene cabida en el marco de un servicio regulado con motivo de la posición de dominio de Telefónica, pero se remarcó que ésta podía denunciar situaciones de incumplimiento de los operadores, para que la CNMC las valorase caso a caso, y de ser necesario resolviese a favor de ejecutar medidas correctoras.

La solicitud de Telefónica de poder facturar a los operadores por el 100% de las intervenciones de inspección que realice, y no solo por las realizadas bajo la modalidad de replanteo autónomo, sino también por las efectuadas mediante replanteo conjunto, es una petición nueva que no consta en el expediente, no ha sido estudiada hasta el momento por la CNMC y no puede ser objeto de la demanda contra la modificación aprobada. Y ello porque antes de la aprobación de la Resolución recurrida no existía la previsión de que Telefónica pudiese cobrar a los operadores por ninguna actuación de supervisión. Tras la aprobación de la Resolución vienen a coexistir las dos modalidades de replanteo, autónomo y conjunto, y se establece el derecho de Telefónica a repercutir a los operadores el coste de la actividad de supervisión, limitando dicho coste a un porcentaje del 20% de las supervisiones de instalaciones llevadas a cabo en modalidad de replanteo autónomo, pero no se modifica el porcentaje de las supervisiones facturables de instalaciones efectuadas tras replanteos autónomos, que era del 0%.

Por tanto, Telefónica puede recurrir en todo caso acerca del 20% introducido en la Resolución, pero no podrá recurrir el 0%, puesto que ni ha sido tratado en la Resolución ni mucho menos ha sido objeto de modificación en la misma.

4.- Actualización de los sistemas en el plazo de 4 meses

Se rechaza la alegación de Telefónica de que, atendiendo al nivel de complejidad, de grado medio, de los desarrollos derivados de la Resolución impugnada, se requiere un plazo de ejecución no inferior a 7 meses, y que cualquier otro plazo inferior es inexigible jurídicamente por cuanto atenta contra el principio de proporcionalidad, comprometiendo la seguridad y calidad de los sistemas.

Razona la Abogacía del Estado que las modificaciones que con motivo de la resolución recurrida es necesario implementar en los sistemas de provisión tienen por objeto incorporar mejoras operativas a un servicio que ya existe, y que por tanto se viene provisionando mediante procesos y flujogramas perfectamente asentados en los sistemas de información de Telefónica. Estas nuevas modificaciones se limitan casi siempre a la adaptación de procesos ya incluidos en los sistemas, y en muy pocas ocasiones requieren la incorporación de nuevas funcionalidades, que en cualquier caso son de escasa complejidad. El plazo de 7 meses que solicita Telefónica sería más apropiado para el desarrollo de un nuevo servicio que requiera procesos y flujogramas de nueva creación, pero en ningún caso es el adecuado para la adaptación de un servicio ya existente.

Por otra parte, para la implantación inicial de la oferta MARCO en 2008 se estableció un plazo también de 4 meses, y las modificaciones previstas en la resolución de 2016 son adaptaciones de alcance limitado que no alcanzan la complejidad de la implantación global de un nuevo servicio.

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

Sobre la obligación de TESAU de facilitar la instalación de subconductos flexibles textiles, expone que antes de que la CNMC haya permitido su uso de manera generalizada, la subconductación textil ha demostrado ser muy eficaz en el uso del espacio de las canalizaciones, aportando mayor flexibilidad y contribuyendo a un consumo más eficiente de recursos limitados. Por otra parte, las características de esta subconductación, que antes se permitía solo en circunstancias excepcionales y ahora se generaliza, no habían sido antes cuestionadas ni recurridas por TESAU. Que dado el tiempo transcurrido desde la anterior revisión, era necesaria su adecuación y actualización.

Añade que en la Resolución MARCO impugnada, la CNMC motiva claramente la adopción de la medida al indicar que, en la anterior revisión general de la oferta MARCO de 2012, se condicionó la implantación de nuevas técnicas de subconductación a situaciones de escasez de espacio, dejándose para un momento posterior la



evaluación de la conveniencia de establecer su uso generalizado. Que no ha existido ninguno de los problemas de seguridad que exponía Telefónica ni ha habido ningún incumplimiento denunciado por Telefónica ante la CNMC, demostrándose que la medida fue adoptada razonablemente y es completamente proporcionada.

Concluye afirmando que la subconductación flexible es perfectamente válida, como atestigua su uso durante cinco años sin incidencia alguna; es compatible con la obturación de los conductos y es una práctica generalizada en países de nuestro entorno y no conlleva riesgo alguno.

Sobre la configuración de subconductación cuanto ya existen tres conductos ocupados, en respuesta a los argumentos de la actora, razona que:

(a) el tapón de anclaje puede ser perfectamente cortado y retirado de la instalación, sin que sea necesario dejarlo por tanto colgado y

(b) el que TESAU desconozca la existencia de tales tapones, no implica ni que no existan ni que no se puedan fabricar ad hoc para el operador que quiera utilizar este tipo de soluciones técnicas.

La oferta MARCo permite dicha técnica de subconductación exigiendo que, de ser empleada, ha de cumplir con la normativa aplicable.

En caso de que existan los incumplimientos que TESAU alega, dicho operador puede acudir a la CNMC denunciando al operador en el caso que verifique dicho incumplimiento.

Sobre la supervisión de las instalaciones de los operadores, alega que lo que se ha aprobado no es una limitación en la capacidad de Telefónica de revisar sus instalaciones, sino lo que debe pagar el operador a Telefónica por tal supervisión.

La CNMC limita el coste que se puede repercutir/cobrar a los operadores, dado que no puede existir un sobrecoste innecesario.

Por otro lado, la Oferta MARCo es una oferta orientada a costes y los costes a cobrar han de ser lo que razonablemente se requiera. TESAU siempre tiene la posibilidad de solicitar al operador que revierta las instalaciones al estado inicial si comprueba que un operador incumple sistemáticamente las instalaciones, así como denunciarlo ante la CNMC.

Sobre el plazo de los 4 meses para implantar cambios que requieran desarrollos en sistemas, manifiesta que desde la fecha de la resolución, octubre de 2016 ya han pasado más de 6 meses, por lo que si Telefónica no podía cumplir con el plazo, tendría que haber solicitado una medida cautelar, ya que si TESAU no ha actualizado los sistemas con las nuevas especificaciones en el plazo establecido, TESAU ha incumplido manifiestamente la resolución. Por otro lado, las modificaciones que TESAU tiene que implementar se tratan de mejoras operativas de un servicio existente que no son especialmente complejas, por lo que el plazo de 7 meses solicitado por TESAU es del todo improcedente. En cualquier caso, TESAU no aporta información adicional a lo ya alegado en el expediente administrativo, debiendo prevalecer el criterio técnico de la CNMC a la hora de valorar el esfuerzo que tiene que realizar.

QUINTO: Los dos primeros motivos de impugnación de la resolución de la CNMC vienen referidos a la autorización a los operadores para la instalación de subconductos flexibles textiles, de forma generalizada, aceptando nuevas configuraciones de subconductación sobre cables en servicio.

Se tacha de anulable tal disposición, con base en el artículo 48 de la Ley 39/2015, entendiéndose que vulnera la normativa de aplicación sobre técnicas de subconductación, el principio de igualdad y la normativa de prevención de riesgos laborales.

El artículo 48 de la Ley 39/2015 regula la anulabilidad de los actos administrativos, en los siguientes términos:

1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.
2. *No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.*
3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.

Habríamos de incardinar, pues, la denuncia de anulabilidad en el apartado 1 del citado precepto legal.

Sin embargo, de lo obrante en el expediente y en las actuaciones de este recurso, no cabe inferir infracción de las normas que menciona la parte actora ni, desde luego, que la CNMC haya incurrido en desviación de poder.



Por una parte, la Comisión ha actuado en ejercicio de sus facultades en el marco regulatorio de los mercados, tomando en consideración las alegaciones de TESAU y de los operadores autorizados que han intervenido en el procedimiento, valorando de forma especial y razonada la experiencia desde la aprobación inicial de la Oferta MARCO de Telefónica y posterior revisión, concluyendo que no se puede sostener que el uso generalizado de los subconductos flexibles y textiles comporte los riesgos sobre los que alertaba Telefónica. Sin que tal criterio se haya visto desvirtuado en forma alguna en este procedimiento.

Por lo que no se evidencia que la medida sea desproporcionada e injustificada. Por el contrario, en la resolución recurrida se hace una precisa y razonada fundamentación al respecto.

Por otra parte, la modificación de la Oferta de referencia ha sido establecida en un procedimiento en el que no cabe apreciar vicio procedimental invalidante, habiéndose observado los derechos de audiencia y contradicción de los intervinientes.

Hemos de recordar que esta Sala y Sección dictó sentencia, de 24/11/14, en el recurso 31/13 , contra Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 22 de noviembre de 2012, que desestima recurso de reposición interpuesto por TESAU 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), en el que Telefónica mostraba disconformidad con la correcta obturación de los conductos en relación al uso de soluciones de subconductación alternativas no homologadas por TESAU. En ella, se indica 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.

Parece claro que la recurrente no acepta la intervención y decisiones de la Comisión en aquello que no avale su particular criterio, oponiéndose sistemáticamente a cualquier modificación de su oferta con genéricas y, podemos decir a la vista de lo actuado, infundadas denuncias de infracción normativa que no se justifican. Resultando especialmente llamativo que se denuncie infracción del principio de igualdad, para pretender el reconocimiento de una clara posición predominante de Telefónica sobre los operadores alternativos autorizados, de manera que prevalezcan los criterios e intereses empresariales de la recurrente sobre los demás operadores, cuestionando injustificadamente su capacidad técnica y anticipándose a un eventual incumplimiento de las condiciones y medidas de seguridad impuestas a dichos operadores. Sin tener en cuenta que a Telefónica se le ofrecen medidas adecuadas para hacer frente a esos posibles incumplimientos y para acudir a la CNMC, ante actuaciones incorrectas o que comprometan la seguridad de las instalaciones.

SEXTO: Im pugna Telefónica la resolución de la CNMC en cuanto a la supervisión de las instalaciones de los Operadores, en lo que respecta a lo que la recurrente entiende como limitación del número de inspecciones al 20% del total de ocupaciones en modalidad de replanteo autónomo, alegando que cualquier decisión que tenga por finalidad asegurar el cumplimiento de las obligaciones que recaen sobre Telefónica, en su condición de garante de la integridad de la red, excede de la competencia de la CNMC, debiendo adoptarse según el propio criterio de Telefónica. Denuncia la vulneración del artículo 44.2 LGTel, entendiéndolo que el control de las instalaciones no es inherente a las obligaciones de acceso, por lo que tampoco puede constituir una condición accesorio de dicha obligación de acceso, en materia de equidad, racionalidad u oportunidad. Y que Telefónica debería estar facultada, en orden al cumplimiento de sus deberes de garantía de la red, para poder cobrar por las intervenciones de inspección que realice, todas ellas, independientemente de que se trate de un replanteo autónomo o conjunto.

Por todo lo anterior, alega que la Resolución debe anularse en aplicación del artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015 , al haber sido dictada por un órgano manifiestamente incompetente por razón de materia y por ser manifiestamente contraria al deber de garantía de la red que dispone el artículo 44.2 LGTel, en aplicación del artículo 48 de la misma Ley de Procedimiento Administrativo .

La Ley 9/14, General de Telecomunicaciones, establece en su artículo 14.4 :

En aquellos mercados en que se constate la inexistencia de un entorno de competencia efectiva, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, previo informe del Ministerio de Industria, Energía y Turismo



y del Ministerio de Economía y Competitividad, impondrá las obligaciones específicas apropiadas que sean exigibles a los operadores que hayan sido identificados como operadores con poder significativo en dichos mercados. Podrá a estos efectos mantener o modificar obligaciones específicas que tuvieran impuestas. En la determinación de dichas obligaciones específicas se otorgará preferencia a las medidas en mercados al por mayor frente a las actuaciones en los mercados al por menor correspondientes.

Las obligaciones específicas a que se refieren los párrafos anteriores se basarán en la naturaleza del problema identificado, serán proporcionadas y estarán justificadas en el cumplimiento de los objetivos del artículo 3 de esta Ley. Dichas obligaciones se mantendrán en vigor durante el tiempo estrictamente imprescindible.

Por su parte, el artículo 44 de dicha ley Integridad y seguridad de las redes y de los servicios de comunicaciones electrónicas, dispone:

2. Asimismo, los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas garantizarán la integridad de las mismas a fin de asegurar la continuidad en la prestación de los servicios que utilizan dichas redes.

Tal como razona el Abogado del Estado y la entidad codemandada, no se está limitando la facultad de Telefónica de realizar revisiones e inspecciones de las ocupaciones realizadas por los operadores autorizados, lo que se hace es limitar al 20% del precio del replanteo la cantidad a facturar -en cada solicitud en modalidad de replanteo autónomo- en concepto de revisión de la ocupación efectuada por el operador.

Por una parte, no se modifica la oferta en cuanto al replanteo conjunto, que no tenía prevista la facturación por costes de revisión, sino únicamente en relación con el replanteo autónomo que se autoriza. Razonando la Comisión las razones que llevan a tal limitación, en el ejercicio de sus competencias, pues no olvidemos que no son únicamente los intereses de Telefónica los que están en juego, sino los del resto de operadores implicados y su acceso al Servicio MARCO en condiciones no discriminatorias.

Así pues, las objeciones de Telefónica solo encuentran justificación desde la perspectiva de la defensa de sus intereses empresariales, pero no evidencian la infracción de precepto normativo alguno ni, desde luego, una actuación arbitraria por parte de la CNMC, a quien competen las funciones que le atribuye el artículo 6 de la Ley 3/2013, en los siguientes términos:

«La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas. En particular, ejercerá las siguientes funciones:

1. Definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas, en los términos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo.

2. Identificar el operador u operadores que poseen un poder significativo en el mercado cuando del análisis de los mercados de referencia se constate que no se desarrollan en un entorno de competencia efectiva.

3. Establecer, cuando proceda, las obligaciones específicas que correspondan a los operadores con poder significativo en mercados de referencia, en los términos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo.

4. Resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 12.1.a) de la presente Ley.

5. Realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo.

6. Realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por Ley o por Real Decreto.»

Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones establece en el citado artículo 14 :

1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en la forma y en las condiciones que se determinen en desarrollo del apartado 5 de este artículo, podrá imponer a los operadores que, de conformidad con dicho artículo, hayan sido declarados con poder significativo en el mercado obligaciones específicas en materia de:

a) (...)

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.*

(...)



Por su parte, el artículo 7.2 y 3 del Reglamento MAN otorga a la CNMC la facultad introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones.

Y la Directiva de Acceso (Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002) en su artículo 9.2 , establece que las autoridades nacionales de reglamentación podrán introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones impuestas por la Directiva.

En todo caso, ni se justifica por Telefónica la necesidad de realizar la supervisión de la totalidad de ocupaciones de su infraestructura, en la modalidad de replanteo autónomo, ni se limita tal posibilidad. En un juicio de ponderación de los intereses de todos los operadores, debidamente justificado, la Comisión limita la facturación por tal servicio. Sin que la actora acredite la irracionalidad de tal medida ni que vulnere norma alguna de aplicación.

SÉPTIMO: A igual criterio desestimatorio hemos de llegar en cuanto al plazo de cuatro meses establecido para que Telefónica actualice sus sistemas de provisión mayoristas para acomodar las nuevas especificaciones recogidas por la Resolución.

En la resolución impugnada se justifica el establecimiento de dicho plazo, exponiendo que para la implantación inicial de la oferta MARCo se estableció un plazo de 4 meses; que en el informe de la DTSA se decía que los procedimientos debían estar operativos en un plazo de dos meses, no obstante los cual, para permitir a Telefónica que disponga de todos los recursos necesarios, se duplica ese plazo.

No aporta la actora prueba válida y apta para acreditar la imposibilidad de implementar el sistema, adecuándolo a las nuevas especificaciones establecidas, en dicho plazo. Por otra parte, ese mismo plazo de cuatro meses fue el establecido, entre otras, en resolución de septiembre de 2006 para la implementación en el SGO de los procedimientos administrativos de la OBA y el sistema de información de planificación y seguimiento, que fue confirmado por esta Sala en sentencia de 19/04/2010 y por el Tribunal Supremo en sentencia de 06/11/2013 .

Igualmente fue de cuatro meses el plazo concedido a Telefónica para desarrollar y poner en marcha el servicio mayorista de Naked ADSL, confirmado por esta Sala (St. 27/10/2010) y por el tribunal Supremo (STS 18/02/2014).

La afirmación de Telefónica de que se trata de un plazo insuficiente resulta desprovista de la mínima justificación objetiva, por lo que no puede ser estimada la pretensión anulatoria al respecto.

Se impone, en consecuencia, la íntegra desestimación del presente recurso.

OCTAVO: A tenor de lo establecido en el artículo 139.1 LJCA , procede la condena en costas a la entidad recurrente.

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

FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora **D^a. Carmen Ortiz Cornago** , en nombre y representación de **TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU** , contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 18 de octubre de 2016, a la que la demanda se contrae, la cual confirmamos.

Con condena en costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción , justificando el interés casacional objetivo que presenta.