



Roj: **STS 3771/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3771**

Id Cendoj: **28079130032018100404**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **05/11/2018**

Nº de Recurso: **3732/2017**

Nº de Resolución: **1581/2018**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1776/2017,**  
**ATS 9777/2017,**  
**STS 3771/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

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

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1.581/2018**

Fecha de sentencia: 05/11/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3732/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 8

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

Transcrito por: AVJ

Nota:

R. CASACION núm.: 3732/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

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

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1581/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

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

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 5 de noviembre de 2018.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 3732/2017, interpuesto por la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, contra la sentencia de 19 de abril de 2017 dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el Procedimiento Ordinario número 6481/2015, contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 23 de julio de 2015, por la que se resuelve la revisión de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas Terminales (ORLA) de Telefónica.

Ha intervenido como parte recurrida Telefónica de España, S.A.U., representada por la procuradora de los tribunales doña Carmen Ortiz Cornago y con asistencia de la letrada doña Elena Montero de Cózar Álvarez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** El Abogado del Estado interpone recurso de casación contra la sentencia de 19 de abril de 2017, dictada por la Sección Octava, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional en el procedimiento ordinario núm. 511/2015.

La sentencia recurrida resuelve el recurso interpuesto por Telefónica de España SAU contra la Resolución de la CNMC, de 23 de julio de 2015 por la que se resuelve la revisión de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas Terminales (ORLA) de Telefónica.

Dicha resolución aprueba como texto para la revisión de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas mayoristas de Telefónica de España., S.A.U. el resultante de incorporar nuevas obligaciones impuestas sin respetar, a juicio de Telefónica, el procedimiento administrativo ya que no se le dio audiencia previa a la misma sin que constase en los textos de la ORLA anteriores ni en la propuesta de resolución sometida a audiencia.

La sentencia impugnada estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Telefónica de España SAU, contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de julio de 2015 por la que se resuelve la revisión de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas Terminales (ORLA) de Telefónica y se anula la obligación consistente en proporcionar a los operadores que lo soliciten múltiples circuitos vinculados, al introducirse de forma novedosa en la resolución, sin constar en el ITA (Informe del Trámite de Alegaciones).

La sentencia de instancia estimó parcialmente el recurso. Concretamente, concluye:

"[...] Por el contrario, como puede apreciarse a los folios 29 y siguiente del ITA, nada se solicitó hasta ese momento y no se menciona en el Informe, referente a la vinculación de múltiples solicitudes de circuitos, que sí se incluyen al folio 35 de la resolución impugnada. En esta resolución se afirma:

"Para el caso de un conjunto de circuitos de un mismo cliente que estén vinculados, esta Comisión entiende que las solicitudes de los servicios mayoristas asociados deben poder agruparse de forma que en su provisión Telefónica actúe como si de un solo circuito se tratara, incluyendo una fecha vinculante de provisión única. El operador alternativo deberá poder indicar en sus solicitudes el conjunto de líneas vinculadas, y para las cuáles la fecha de entrega y de disponibilidad del servicio mayorista estará ligada a la disponibilidad completa de todas ellas. Telefónica deberá provisionarlas de forma conjunta, sin menoscabo de que deba facilitar la información de cada línea de forma independiente, permitiendo al operador tener el detalle de las posibles incidencias, así como la facturación detallada por línea".

Con esta argumentación, la CNMC añade la citada obligación para TESAU, pero dicha obligación -como indicamos- no constaba anteriormente. No se trata de comprobar, ex post, la razonabilidad e incluso conveniencia de la medida impuesta, sino que dicha medida debe imponerse sólo tras el correspondiente trámite de alegación de las partes interesadas y afectadas y, desde luego, constandingo en el IAT, que es el elemento más esencial para poder alegar y rebatir, para el operador PSM, como es el caso.



**SEGUNDO.** Mediante Auto de 18 de octubre de 2017 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consiste en determinar la interpretación que haya de darse a lo dispuesto en los 4.1, 5.1 y 2, 6 y 7.2 del Reglamento de Mercados con relación a los artículos 86 y 89.3 de la LRJPAC, en lo concerniente a la necesidad de tener que conceder o no un nuevo trámite de audiencia al operador con presencia significativa, cuando el Consejo de la CNMC, durante un procedimiento de modificación de la oferta de referencia y al hilo de las alegaciones de los operadores en la información pública, introduce una obligación no contemplada en la propuesta de resolución.

**TERCERO.** El recurso de casación argumenta, en síntesis, que la sentencia recurrida ha infringido los artículos 4.1, 5.1 y 2, 6 y 7.2 del Reglamento de Mercados con relación a los artículos 86 y 89.3 de la LRJPAC.

Dicha infracción se produjo al considerar la sentencia impugnada que era necesario conceder un nuevo trámite de audiencia al operador afectado para imponerle una obligación planteada durante el trámite de información pública que fue incorporada por la CNMC, al considerarla razonable y conveniente, sin necesidad de oír de nuevo al operador afectado al no existir previsión de audiencia en el procedimiento administrativo y, además, del artículo 20 de la Ley de Creación de la CNMC.

El artículo 7.3 RM habilita a la CNMC para modificar las ofertas de referencia y por tanto la ORLA con la finalidad de hacer más efectivas las específicas obligaciones de acceso, control de precios, transparencia y no discriminación, entre otras, impuestas a Telefónica en los mercados, al objeto de fomentar la competencia garantizando las condiciones de *replicabilidad* de las ofertas minoristas de Telefónica al resto de operadores que operan en estos mercados.

La modificación de la ORLA se rige por un procedimiento administrativo específico, regulado en los preceptos del RM y supletoriamente en la LRJPAC. Dicho procedimiento no supone una modificación o ampliación de las obligaciones ex ante impuestas a Telefónica. Por eso, el procedimiento seguido para la modificación de la ORLA no ha establecido nuevas obligaciones. Concretamente respecto de la "obligación" anulada por la sentencia recurrida debe resaltarse que, tal como figura en el apartado III.4.3 de la Resolución de la CNMC, obra en dicha Resolución que la cuestión que dio lugar a la inclusión de dicha obligación se había planteado en el procedimiento habiendo alegado Telefónica sobre la misma (páginas 33 a 35 de la Resolución).

Concretamente la cuestión se refería al tiempo de entrega de circuitos Ethernet en los edificios en que Telefónica ya cuenta con algún circuito y partía de una obligación preexistente a la que se adiciona la anulada referida al caso de que un conjunto de circuitos de un mismo cliente deban agruparse de forma que, en su provisión, Telefónica actúe como de un solo circuito se tratara, incluyendo una fecha vinculante de provisión única.

La clave del problema era si dicha obligación que se adicionaba a una ya establecida previamente y contemplaba un caso específico, tenía que ser objeto de un nuevo trámite de audiencia concedido al operador con presencia significativa basado dicho trámite de audiencia en que la cuestión se había suscitado al hilo de las alegaciones presentadas en el trámite de información pública y no constaba en la propuesta de resolución.

Considera el Abogado del Estado que la sentencia no es correcta porque no existe un trámite específico que imponga ese trámite de audiencia específico; sin que, además, se haya ocasionado indefensión.

En primer lugar, ninguno de los preceptos específicos que rigen el procedimiento de revisión de la ORLA exige dicho trámite. Así, el artículo 7.3 del RM recoge las facultades de revisión de la CNMC y el artículo 4.1 delimita esas facultades permitiendo imponer obligaciones específicas apropiadas que sean exigibles a dichos operadores. En este caso, se dio trámite de información pública, se realizaron alegaciones y dentro de las mismas se alegó respecto de los tiempos de provisión, cuestión sobre la que ya existía una obligación vinculante para Telefónica en la ORLA vigente y respecto de la que se adicionó una obligación también de provisión a tiempo determinado vinculante con la singularidad de referirse a clientes con un conjunto de circuitos, por lo que no se trata de una nueva obligación sino una especificación de la obligación ya existente. El apartado III.4.3 de la Resolución no agrava la situación del operador, sino que delimita, respecto de una misma obligación ya existente -determinar fecha de provisión con carácter vinculante dentro de un plazo establecido- un supuesto singular obligando a tratar a un titular de un conjunto de circuitos como si fuera de uno y por tanto con asignación de una fecha de provisión.

Además de lo expresado, la sentencia recurrida contradice la doctrina del Tribunal Supremo sobre la ausencia de fuerza vinculante de los informes o propuestas previas a los acuerdos del Consejo de la CNMC (o CMT) y sobre la inexistencia de trámites previos y específicos de audiencia en el marco de las revisiones de la ORLA, MARCO o NEBA. Concretamente, contradice la doctrina recogida en la sentencia de esa Sala y Sección 3ª, de 31 de mayo de 2005 (rec. 4652/2002, f.j 4) se confirma la posibilidad de que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cambie su criterio a lo largo de la tramitación de un procedimiento a la vista de las nuevas



alegaciones, datos y elementos de juicio que vayan apareciendo al avanzar en la instrucción de un asunto, o la doctrina fijada en la sentencia de esa Sala y Sección 3ª, de 29 de mayo de 2015 (rec. 2526/2012, f.j 6).

Alega también la infracción de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 3ª, de 5 de febrero de 2013 (rec. 4914/2009), que aborda una queja de incongruencia de la Resolución de la CMT impugnada al resolver un conflicto de interconexión.

Y su contradicción con la doctrina de la sentencia de 16 de noviembre de 2017 (rec. 685/2015), referida revisión de la oferta mayorista de acceso a registros y conductos (Resolución MARCo). La sentencia del Tribunal Supremo que casa la de instancia aplica la doctrina ya sentada en la sentencia de 3 de mayo de 2017 (recurso 2608/2014). Se discute en estos dos recursos si se ha ocasionado indefensión a la operadora con poder significativo que alegó que no había podido oponerse frente a la misma. La sentencia afirma:

" **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 pro-puesta 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."

Con mayor nitidez todavía en un asunto idéntico al que ahora se ha resuelto en la sentencia (Resolución del Consejo de la CMT sobre la propuesta de Oferta de Referencia del servicio indirecto de banda ancha (NEBA) remitida por Telefónica SAU (expediente DT 2011/738), en la sentencia de la Sección 3ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2017 (rec. 2608/2014).

A juicio del representante de la Administración, de esta jurisprudencia se desprende que las normas de procedimiento administrativo aplicables no prohíben los cambios de criterio durante la tramitación del procedimiento sometiéndolos exclusivamente al requisito de motivar dichos actos u obligaciones, de modo que, en este caso, es posible imponer la obligación con la sola exigencia de motivar las razones por las que la misma se establece y que dichas razones sean razonables y proporcionadas a la finalidad pretendida. Esta es una exigencia común tanto respecto de la LRJPAC, de aplicación en el procedimiento seguido por el Regulador que fue anulado parcialmente por la sentencia recurrida ( artículo 54.1.c) que se corresponde con la nueva regulación del procedimiento administrativo de la Ley 39/2015 (artículo 35.1.c) basadas ambas en limitar dichos cambios de criterio exclusivamente -desde el punto de vista procedimental- a que se motiven los actos o resoluciones que "se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos".

Y con mayor nitidez aun la sentencia de 3 de mayo de 2017 (rec. 2608/2014) que consideró que no era exigible un nuevo procedimiento con audiencia del operador afectado para incorporar una obligación en la resolución de la CMT. En dicha sentencia se afirma que:

"[...] [...] 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 ser objetada por razones sustantivas [...] pero no porque necesite de un procedimiento específico y autónomo". Añade la sentencia de casación que su inclusión en el seno del proceso de revisión de la oferta de referencia NEBA, en sí misma sometida a las exigencias procedimentales específicas a los operadores con poder significativo en el mercado, como lo es la publicidad del artículo 5 RM, cumple con el procedimiento legalmente establecido y añade "[...] Pero es que además, el artículo 7.3 prevé de forma específica la posibilidad de que la Comisión [...] 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".

Por todo ello entiende que el procedimiento que debe seguirse para revisar la ORLA no exige un trámite específico de audiencia ni siquiera cuando la obligación se establece al hilo de las alegaciones presentadas en la información pública pero no figura en la propuesta de resolución, porque, ni el procedimiento administrativo específico de revisión de la ORLA -diferente del de revisión de los mercados- exige dicho trámite específico, ni se trata realmente de una nueva obligación sino de una especificación sobre una obligación previamente existente, ni se causa indefensión puesto que sobre la reforma de dicha obligación -aunque no se vincule al supuesto específico- si se alegó por el operador con presencia significativa.

**CUARTO.** La entidad Telefónica de España SAU se opone al recurso.

Dicha entidad sostuvo en la instancia que con motivos de la revisión de las líneas alquiladas terminales (en adelante ORLA) la CNMC impuso a Telefónica la contenida en el apartado III.4.3 de la resolución administrativa, consistente en proporcionar a los operadores que así lo soliciten múltiples circuitos vinculados. A juicio de Telefónica se trataba de una nueva obligación y no una mera modificación de una obligación ya existente, por lo que el operador, para poderla introducir, debería haber seguido el procedimiento legalmente establecido (realizar el oportuno análisis de mercado). Esta obligación no figuraba en la propuesta de resolución, sino que fue introducido de forma sorpresiva en la resolución de la CNMC sin que Telefónica pudiera alegar nada al respecto, generándole indefensión.



La sentencia de instancia consideró la obligación de provisionar múltiples circuitos vinculados no se mencionó en el informe del trámite de audiencia y al no haber existido un verdadero debate pudo generar indefensión a dicha entidad.

A su juicio el primer motivo de casación debe ser rechazado pues la sentencia no vulnera los preceptos invocadas del Reglamento de mercados.

Dicha entidad, al margen de otras consideraciones, rebate que la obligación impuesta (la provisión de múltiples circuitos vinculados) argumentando en una doble sentido: a) por un lado, afirmando que dicha obligación se introdujo en las alegaciones presentadas por los operadores en el trámite de información pública; b) por otro, al considerar que dicha obligación no debe considerarse como un añadido a una obligación previa o preexistente (la obligación que pesa sobre telefónica de tener que informar a los operadores que solicitan un circuito de la fecha vinculante de provisión).

a) Por lo que respecta a lo primero, lo cierto es que solo BT hizo referencia en sus alegaciones a la fecha vinculante de provisión pero sin la más mínima referencia a la necesidad de vincular múltiples solicitudes de circuitos, por lo que ningún operador alegó nada respecto a la nueva obligación introducida, por lo que telefónica no tenía posibilidad de rebatir esta alegación, sin que la propuesta de resolución tampoco contempló la nueva obligación sino que se incluyó directamente en la resolución de la CNMC. Es más, en el informe de trámite de audiencia tan solo se incluyó la alegación referida a la reducción del plazo de provisión actual pero ningún operador planteó la necesidad de vincular múltiples solicitudes de circuitos, por lo que telefónica no tenía posibilidad de formular alegaciones al respecto.

Se trata, a su juicio de una nueva obligación con importantes consecuencias, pues no se establece ningún tipo de limitación y la vinculación de circuitos afecta a la facturación conjunta o el retraso que pudiera producirse en la provisión de uno varios casos repercutiría directamente en todos los circuitos objeto de la solicitud, impidiendo la entrega de los demás circuitos.

b) También rebate que la obligación impuesta pueda ser considerada un añadido a otra previamente existente (informar a los operadores que solicitan un circuito cual será la fecha vinculante de provisión de dicho circuito) por cuanto ni existía previamente la obligación de atender como vinculadas múltiples solicitudes de circuitos ni esta obligación no guarda relación alguna con la fecha de provisión vinculante, pues ni siquiera establece que Telefónica tenga que dar una fecha de provisión vinculante para los múltiples circuitos solicitados sino que, por el contrario, establece que Telefónica deberá tratar dichas solicitudes, a efectos de la fecha de entrega de inicio de facturación (cuestión totalmente diferente de la fecha vinculante de provisión), como si de una sola se tratara.

Por otra parte, considera que la sentencia de instancia no contradice la doctrina del Tribunal Supremo sobre la ausencia de fuerza vinculante de los informes o propuestas previas a los acuerdos del Consejo o sobre la inexistencia de trámites específicos previos de audiencia en el marco de las revisiones de las ofertas de referencia. Y ello porque en este caso no nos encontramos ante un cambio de criterio ocurrido a lo largo de la tramitación del expediente de revisión de la ORLA, sino que la posibilidad de que un operador vincule múltiples solicitudes nunca fue objeto de debate en la tramitación del procedimiento administrativo y se introdujo inesperadamente y por primera vez en la resolución final.

Telefónica entiende que la nueva obligación introducida en la resolución no guardaba relación con lo alegado por otros operadores en el curso del procedimiento y que esta nueva obligación (permitiré marcar como vinculadas múltiples solicitudes de circuitos para que Telefónica las trate como una sola solicitud a efectos de entrega y de inicio de facturación), requería un específico trámite de audiencia ya que agrava considerablemente la situación de Telefónica al tener que pasar de provisionar circuitos uno a uno a tener que agrupar múltiples solicitudes de circuitos y además tratarlos, a efectos de iniciar la facturación de los mismos como si de una sola solicitud se tratase.

**QUINTO.** Se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 23 de octubre de 2018, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** El Abogado del Estado interpone recurso de casación contra la sentencia de 19 de abril de 2017, dictada por la Sección Octava, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional en el procedimiento ordinario núm. 511/2015.



La sentencia recurrida resolvió el recurso interpuesto por Telefónica de España SAU contra la resolución de la CNMC, de 23 de julio de 2015 referido a la revisión de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas Terminales (ORLA) de Telefónica.

La CNMC en su resolución administrativa estableció como obligación de Telefónica que

"Para el caso de un conjunto de circuitos de un mismo cliente que estén vinculados, esta Comisión entiende que las solicitudes de los servicios mayoristas asociados deben poder agruparse de forma que en su provisión Telefónica actúe como si de un solo circuito se tratara, incluyendo una fecha vinculante de provisión única. El operador alternativo deberá poder indicar en sus solicitudes el conjunto de líneas vinculadas, y para las cuáles la fecha de entrega y de disponibilidad del servicio mayorista estará ligada a la disponibilidad completa de todas ellas. Telefónica deberá provisionarlas de forma conjunta, sin menoscabo de que deba facilitar la información de cada línea de forma independiente, permitiendo al operador tener el detalle de las posibles incidencias, así como la facturación detallada por línea".

Por lo que finalmente añadió como obligación la siguiente:

"El operador solicitante podrá marcar como vinculadas múltiples solicitudes de circuitos. En ese caso, Telefónica deberá tratar dichas solicitudes, a efectos de la fecha de entrega de inicio de facturación, como si de uno sólo se tratara de forma que la fecha de entrega e inicio de facturación de los circuitos se realice de forma conjunta. No obstante, el seguimiento y facturación debe ser accesible independientemente por cada línea".

La sentencia de la Audiencia Nacional consideró que dicha obligación ni se contenía en las alegaciones presentadas por los demás operadores ni en el informe del trámite de audiencia. Fue la CNMC la que añadió esa obligación que no constaba anteriormente, por lo que concluye que:

"No se trata de comprobar, ex post, la razonabilidad e incluso conveniencia de la medida impuesta, sino que dicha medida debe imponerse sólo tras el correspondiente trámite de alegación de las partes interesadas y afectadas y, desde luego, constanding en el IAT, que es el elemento más esencial para poder alegar y rebatir, para el operador PSM, como es el caso.

La ausencia de previa puesta en conocimiento de las partes de la vinculación de múltiples solicitudes de circuitos, ha impedido un verdadero debate sobre la cuestión, susceptible de generar indefensión en la recurrente, que es quien viene compelida por la decisión de la CNMC. La ausencia de planteamiento previo de la referida cuestión, implica -como sostiene la recurrente- la vulneración de normas que rigen los actos y garantías del procedimiento, pues nada pudo alegarse antes de la decisión impugnada, ni se pudo utilizar medio alguno de defensa pertinente al respecto".

Por todo ello estima parcialmente el recurso y anula la obligación impuesta a Telefónica.

Frente a ello, la Abogacía del Estado considera que la obligación fue introducida al hilo de las alegaciones efectuadas por las operadoras en el trámite de información pública, siendo posible la modificación de la propuesta de resolución al incluirse en el ámbito competencial de la CNMC, sin que esté previsto un procedimiento específico en estos casos.

**SEGUNDO.** Sobre las modificaciones producidas en el curso de un procedimiento y el trámite de audiencia.

El problema jurídico, desde una perspectiva más general, se centra en determinar si en el curso de un procedimiento administrativo, tras el trámite de información pública y/o de audiencia a los interesados, el órgano competente puede introducir una modificación en su resolución definitiva sin haber concedido un nuevo trámite de audiencia a los afectados.

Cuestión esta que, desde una perspectiva más particular, enlaza con el interés casacional apreciado en el Auto de admisión referido a la interpretación que haya de darse a lo dispuesto en los 4.1, 5.1 y 2, 6 y 7.2 del Reglamento de Mercados con relación a los artículos 86 y 89.3 de la LRJPAC, en lo concerniente a la necesidad de tener que conceder o no un nuevo trámite de audiencia al operador con presencia significativa, cuando el Consejo de la CNMC, durante un procedimiento de modificación de la oferta de referencia y al hilo de las alegaciones de los operadores en la información pública, introduce una obligación no contemplada en la propuesta de resolución.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que las modificaciones introducidas tras el trámite de información pública y/o de audiencia solo exigen volver a repetir el trámite de audiencia cuando se trate de modificaciones de carácter sustancial que no sean consecuencia de las alegaciones formuladas en el curso del procedimiento.

Resulta significativo lo afirmado en la STS de 25 de marzo de 2010 (rec. 1385/2006):



"Es clásica y tradicional la interpretación que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo viene realizando del expresado concepto de "modificación substancial", señalando, por todas, la STS de 10 de marzo de 1992 que los expresados trámites de nueva información pública y audiencia "únicamente es exigida cuando las modificaciones a introducir en la aprobación provisional supongan un cambio sustancial en los criterios y soluciones inicialmente aprobados, sustancialidad que ha de entenderse en el sentido de que los cambios supongan una alteración del modelo de planeamiento elegido y aprobado inicialmente, al extremo de hacerlo distinto y no diferente en aspectos puntuales y accesorios".

Y en similares términos, aunque referidas a otros supuestos, la sentencia de esta Sala de 24 de noviembre de 2009 (RCA 189/2007), refiriéndose al alcance de la previsión contenida en el artículo 24.1 c) de la Ley del Gobierno 50/1997, de 27 de noviembre ("elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley que los agrupen o los represente, y cuyos fines guarden relación con el objeto de la disposición") daba respuesta a la objeción de que con posterioridad al trámite de audiencia el texto de la norma fue modificado en un aspecto esencial, con lo que dicha modificación no fue sometida al trámite de audiencia. Dicha sentencia afirmaba:

"En numerosas ocasiones hemos tenido la oportunidad de subrayar que para que una alegación semejante pueda fructificar es preciso que la modificación del texto finalmente aprobado respecto del sometido a información pública sea fundamental y no accesorio, así como que la misma no pueda entenderse que es precisamente una modificación consecuencia de las alegaciones y observaciones formuladas en dicho trámite. Un supuesto de esa naturaleza y que fue estimado recientemente por esta Sala se produjo con ocasión del recurso de la ahora actora contra el Real Decreto 1767/2007, de 28 de diciembre ( Sentencia de 21 de octubre de 2.009, RO 13/2008). [...]"

La STS de 3 de junio de 2008 (rec. 67/2006), por lo que respecta a la necesidad de reiterar el trámite de informe ante el Consejo de Estado, recogiendo una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha señalado que "no procede apreciar la infracción del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en relación con la impugnación de disposiciones generales, por el hecho de que se hayan introducido, al aprobar definitivamente la norma, modificaciones sobre el texto del proyecto inicial, cuando son consecuencia lógica de la tramitación del procedimiento de elaboración del Reglamento, que corresponden a propuestas realizadas en el trámite de audiencia o a observaciones sugeridas por los Organismos Consultivos en los informes o dictámenes que emitan." ( STS de 9 de mayo de 2017).

Y respecto a la reiteración del trámite de información pública, en los supuestos de introducción de modificaciones sustanciales en el trámite de elaboración de los Planes de Urbanismo, la STS de 7 de julio de 2011 (RC 868/2008), recuerda la noción de modificaciones sustanciales señalando "los cambios introducidos durante la tramitación han de suponer la alteración del modelo de planeamiento elegido, al extremo de hacerlo distinto y no solamente diferente en aspectos puntuales y accesorios, que constituya una alteración de la estructura fundamental del planeamiento elaborado, o un nuevo esquema que altere de manera importante y esencial sus líneas y criterios básicos y su propia estructura, pero no, como aquí ocurría, cuando las modificaciones afectan a aspectos concretos del plan y no quede afectado el modelo territorial dibujado en él". También, en sentido análogo, podría citarse la sentencia de 14 de febrero de 2011 (R C 225/06), que a su vez cita la precedente STS de 9 de diciembre de 2008 (R.C 7459/04), en la que se hacen diversas consideraciones sobre la vinculación del trámite de información pública con el derecho de audiencia y participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten ex artículo 105.a) CE.

Partiendo de esta jurisprudencia corresponde abordar el análisis de las previsiones específicas contenidas en los artículos 4.1, 5.1 y 2, 6 y 7.2 del Reglamento de Mercados, con el fin de establecer los cambios que la CNMC puede realizar en su resolución final sin acudir a un nuevo trámite de audiencia en el seno del procedimiento de revisión de la oferta de referencia relativa a redes y servicios de comunicaciones electrónicas; en concreto para determinar si dicho organismo puede imponer al operador obligaciones específicas que no figuraban en la propuesta de resolución.

Tal y como señala el Auto de admisión, la cuestión planteada exige interpretar los artículos 4.1, 5.1 y 2, 6 y 7.2 del Reglamento de mercados en relación con los artículos 86 y 89.3 de la LRJPAC.

El artículo 4.1 del Reglamento de Mercados parte de que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, tras el análisis de mercado, cuando considere que un mercado no se desarrolla en un entorno de competencia efectiva puede determinar obligaciones específicas para el operador u operadores con poder significativo en dicho mercado y a tal efecto "[...] podrá imponer, mantener o modificar estarán, respecto de los mercados al por mayor, entre las relacionadas en el capítulo III y, respecto de los mercados al por menor, entre las relacionadas



en el capítulo IV de este título [...]". Lo que, en definitiva, permite (art. 6 del Reglamento) que: "De acuerdo con lo establecido en el artículo 4, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones impondrá obligaciones en materia de acceso e interconexión."

Y es el artículo 5 del Reglamento de mercados el que con relación al procedimiento a seguir señala que:

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

Y finalmente el artículo 7.2 y 3 del mismo reglamento dispone que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá determinar la información concreta que deberán contener dichas ofertas y que las ofertas incluyan, entre otros, las condiciones de acceso y las obligaciones asumidas, estableciendo el apartado tercero de dicho precepto que:

"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) [...]".

De este contexto normativo se desprende que la doctrina jurisprudencial antes referida resulta trasladable a los procedimientos en esta materia. Así, dando respuesta la cuestión de interés casacional planteada en el Auto de admisión, debe afirmarse que si bien la Comisión puede fijar las obligaciones e introducir cambios en la oferta de referencia ello no implica que tales cambios se produzcan al margen del procedimiento establecido y prescindiendo del trámite de audiencia al operador afectado. Por ello, cuando los cambios introducidos se producen tras el trámite de audiencia e inciden sobre aspectos sustanciales debe concederse un nuevo trámite de audiencia con la finalidad de que el afectado pueda presentar sus alegaciones y formular las objeciones que estime convenientes. Cuestión distinta es que, de conformidad con lo señalado por la jurisprudencia antes reseñada, dichos cambios no tengan la consideración de sustanciales y, por tanto, no requieran ni un nuevo trámite de audiencia ni la necesidad de que se siga un procedimiento específico y autónomo.

**TERCERO.** Sobre el alcance de la obligación impuesta y la necesidad de un nuevo trámite de audiencia.

Por ello, lo relevante para determinar si se incumplió o no el procedimiento legalmente establecido y se generó indefensión a la entidad afectada, exige establecer si la Comisión, después del trámite de audiencia, introdujo un cambio sustancial, una nueva obligación, o se trataba tan solo de una previsión accesorias, un añadido a una obligación ya existente, que surgió en trámite de alegaciones, para establecer finalmente si Telefónica tuvo la posibilidad de alegar sobre estos cambios.

La determinación de cuando nos encontramos ante una nueva obligación (un cambio sustancial) o una mera previsión accesorias a las obligaciones ya existentes es una cuestión casuística que exige valorar las circunstancias concretas de cada caso, sin que sea posible fijar criterios generales extrapolables a otros supuestos.

El Abogado del Estado sostiene que la resolución no agrava la situación del operador sino que delimita una obligación ya existente (determinar la fecha de provisión con carácter vinculante dentro de un plazo establecido) un caso singular obligando a tratar a un titular de un conjunto de circuitos como si de uno solo se trata y, por tanto con asignación de una única fecha de provisión.

No compartimos la conclusión alcanzada por el Abogado del Estado.

Tiene razón Telefónica cuando afirma que la obligación introducida ("El operador solicitante podrá marcar como vinculadas múltiples solicitudes de circuitos. En ese caso, Telefónica deberá tratar dichas solicitudes, a efectos de la fecha de entrega de inicio de facturación, como si de uno sólo se tratara de forma que la fecha de entrega e inicio del de facturación de los circuitos se realice de forma conjunta...") implica que el operador solicitante pueda definir como vinculadas diferentes solicitudes de circuitos y que el operador con poder significativo en dicho mercado deba atender estas solicitudes como vinculadas tanto a efectos de provisión como de inicio de la facturación. Esta obligación es nueva, pues hasta ese momento la provisión de circuitos se realizaba de forma individual, uno a uno, sin que la provisión de los circuitos pudieran agruparse o vincularse entre sí. Esta obligación, por otra parte, no guarda relación alguna con la fecha de provisión vinculante, pues ni siquiera establece que Telefónica tenga que dar una fecha de provisión vinculante para los múltiples circuitos



solicitados sino que, por el contrario, establece que Telefónica deberá tratar dichas solicitudes, a efectos de la fecha de entrega de inicio de facturación (cuestión totalmente diferente de la fecha vinculante de provisión), como si de una sola se tratara.

También le asiste la razón a Telefónica cuando afirma que la obligación introducida en la resolución administrativa no guardaba relación con lo alegado por otros operadores en el curso del procedimiento. Las alegaciones realizadas por ASTEL y BT, según se refleja en la resolución de la Comisión, tenía por objeto que se redujese el plazo de entrega de circuitos ethernet cuando se entreguen en edificios en los que Telefónica ya disponía de algún circuito minorista, reduciendo el plazo de 60 días a 15 cuando se dispusiera de acometida en el domicilio de cliente final. Petición que no guarda relación con tratar como si de un solo circuito se tratase todas las solicitudes de circuitos que el operador solicitante marque como vinculadas a los efectos de "fecha de entrega e inicio de facturación de los circuitos se realice de forma conjunta".

Por ello, la sentencia de instancia acertó al afirmar que se trataba de una nueva obligación, que introducía cambios sustanciales en las prestaciones contempladas hasta ese momento en el procedimiento de revisión de la oferta de referencia, por lo que su incorporación exigía conceder un nuevo trámite de audiencia al afectado. Estas conclusiones no se apartan de la jurisprudencia existente, pues el supuesto enjuiciado no plantea un problema relacionado con el carácter no vinculante de los informes y propuestas previas. Por el contrario, la posibilidad de que un operador vincule múltiples solicitudes y deban de recibir un tratamiento común a efectos de facturación nunca fue objeto de debate en la tramitación del procedimiento administrativo y se introdujo inesperadamente y por primera vez en la resolución final.

Tampoco nos encontramos en el caso contemplado en la STS de 29 de mayo de 2015 rec. 2526/2012. f.j 6) en el que la comisión se aparta de un informe técnico previo.

Tampoco es asimilable al supuesto contemplado en la STS de 16 de noviembre de 2017 (rec. 685/2015, f.j 8) pues no se trata de una medida introducida en la tramitación, que posteriormente se someta a trámite de audiencia. Tampoco resulta aplicable la doctrina contenida en dicha sentencia en el sentido de que el art. 7.3 del Reglamento de mercado permite a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones introducir cambios en las ofertas de referencia "para hacer efectivas obligaciones contenidas en ellas" sin necesidad de abrir procedimientos específicos a tal efecto, pues en este caso no se introducen cambios para hacer efectiva una obligación ya existente.

En muchas de las sentencias invocadas por el Abogado del Estado, este es el caso de la STS de 30 de julio de 2005 (f.j 3) se parte de que la omisión del trámite de audiencia no generó una indefensión sustancial del derecho de defensa y contradicción puesto que durante la tramitación del expediente tuvo la posibilidad real de expresar su opinión y defender sus intereses. Circunstancia que no concurre en el caso analizado.

Por todo ello procede desestimar el recurso de casación planteado por el Abogado del Estado.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico segundo:

1º Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de 19 de abril de 2017, dictada por la Sección Octava, Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el procedimiento ordinario núm. 511/2015.

2º No hacer expresa condena en costas.

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

Así se acuerda y firma.

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

Dª. Maria Isabel Perello Domenech D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D.Diego Cordoba Castroverde**, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.